

ORGAO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIENCIAS PENAS DO RIO DE JANEIRO

# DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

REVISTA DE

**VOLUME**



ORINSE

# REVISTA DE DIREITO PENAL E CRIMINOLOGIA

ÓRGÃO OFICIAL DO INSTITUTO DE CIÊNCIAS PENAIS  
DO RIO DE JANEIRO  
CONJUNTO UNIVERSITÁRIO CÂNDIDO MENDES

Diretor: Prof. Heleno Cláudio Fragoso  
Redator-Chefe: Prof. Nilo Batista  
Secretário: Prof. Arthur Lavigne

FORENSE / RIO DE JANEIRO

33

## Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro

Rua Paulino Fernandes, n.º 32, 1.º andar — Botafogo  
22270 Rio de Janeiro - RJ

Revista de direito penal e criminologia, v. 1  
n. 1 1971

Rio de Janeiro: Forense: Instituto de  
Ciências Penais do Rio de Janeiro, 19

v.

1. Direito Penal — Periódicos I. Instituto de  
Ciências Penais do Rio de Janeiro

CDU J 343 (05)

N.º 163 /P

Reservados os direitos de edição e distribuição deste número pela  
COMPANHIA EDITORA FORENSE  
Av. Erasmo Braga, 299 - 1.º e 2.º andares - 20020 - Rio de Janeiro - RJ  
Largo de São Francisco, 20 - Loja - 01005 - São Paulo - SP

Impresso no Brasil

Printed in Brazil

## EDITORIAL

O Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal e o Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro celebraram, no Rio de Janeiro, no período de 20 a 23 de outubro de 1982, um colóquio nacional, preparatório ao XII Congresso Internacional de Direito Penal, que se realizará no Cairo, em 1984. O colóquio tratou de dois dos temas do congresso: os crimes de omissão e direito penal econômico.

Foram especialmente convidados os professores Eduardo Novoa Monreal, hoje exilado na Venezuela, e Eugênio Raul Zaffaroni, de Buenos Aires. A sessão de abertura foi presidida pelo professor Cândido Mendes, e nela o professor Zaffaroni proferiu uma conferência. As sessões de trabalho desenvolveram-se nos dias seguintes, com a participação de inúmeros professores convidados. O professor Novoa proferiu conferência sobre o direito penal econômico. O colóquio foi presidido pelo professor Heleno C. Fragoso, que também proferiu conferência sobre os crimes de omissão e direito penal econômico, na experiência brasileira.

Este número da revista é inteiramente dedicado ao colóquio. Ele se abre com o notável relatório geral do professor Alcides Munhoz Netto, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná ("Os crimes omissivos no Brasil"), seguindo-se as contribuições de Eugênio Raul Zaffaroni ("Panorama atual da problemática da omissão"), Heleno C. Fragoso ("Crimes omissivos no Direito Brasileiro"), Everardo da Cunha Luna, da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pernambuco ("O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão"), Heitor Costa Júnior, da Faculdade de Direito Cândido Mendes ("Teorias acerca da omissão"), Ricardo Antunes Andreucci, da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, e David Teixeira de Azevedo ("Omissão e Política criminal").

A parte referente ao direito penal econômico abre-se com o relatório geral do professor Nilo Batista ("Concepção e princípios do Direito Penal Econômico, inclusive a proteção aos consumidores, no Brasil"), seguindo-se o estudo do professor Eduardo Novoa Monreal ("Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico") e as contribuições de Heleno C. Fragoso ("Direito Penal Econômico e direito penal dos negócios"), René Ariei Dotti, da Faculdade de Direito da Universidade Federal do Paraná ("O direito penal econô-

OS CRIMES OMISSIVOS NO BRASIL<sup>1</sup>

Alcidez Munhoz Netto

## § 1.º — INTRODUÇÃO

## I — Os grupos de crimes omissivos

1. No direito brasileiro, a omissão é incriminada de três formas: ora pune-se a simples inobservância do dever de atuar criado pela própria norma incriminadora (ex.: omissão de socorro, art. 135);<sup>2</sup> ora a pena deriva de igualdade típica entre a ação que produz o resultado e a omissão em evitá-lo (ex.: dano, por introdução ou abandono de animais em propriedade alheia, art. 164);<sup>3</sup> ora aplica-se ao omitente pena só cominada à produção comissiva do resultado, em vista da equiparação legal entre ação e omissão como causas (art. 11). Nesta última hipótese, a doutrina e a jurisprudência condicionam a responsabilidade à infração de um dever jurídico de evitar o resultado (ex.: homicídio por infração pela mãe do dever de alimentar o próprio filho, CP, art. 121, e Código Civil, art. 384).<sup>4</sup> O que distingue estas formas de crimes omissivos, é que, na primeira, a punição independe da produção de qualquer resultado, enquanto que, nos demais, a superveniência real ou potencial do resultado é elemento caracterizador do crime consumado ou de sua tentativa.

<sup>1</sup> A comunicação incorpora ao Relatório originário do autor as contribuições dos Professores Everardo da Cunha Luna, Heitor Costa Júnior, Helene Cláudio Fragoso, Miguel Reale Júnior, Ricardo Antunes Andreucci e do advogado David Teixeira de Azevedo. Abrange também a conferência do Prof. Eugênio Raul Zaffaroni (Argentina), sobre a problemática atual da omissão. Todos os trabalhos foram apresentados ao Colóquio de Direito Penal, reunido no Rio de Janeiro (20 a 23 de outubro de 1982), com a presença do Prof. Eduardo Novoa Monreal (Chile — Venezuela), relator do tema no Congresso da AIDP em 1984.

<sup>2</sup> Como nota de Miguel Reale Júnior, o dever de socorrer não deriva da norma extrapenal, mas é disposição deduzida da própria norma penal. *Tipicidade e Crimes Omissivos por Omissão* (comunicação ao Colóquio).

<sup>3</sup> Eugênio Raul Zaffaroni classifica esta espécie de infrações como delitos de omissão impróprios legalmente tipificados, que tem um tipo ativo como equivalente aproximado (conferência citada).

<sup>4</sup> Sobre espécies de crimes omissivos, ver Hanz Welzel, *Derecho Penal Alemán, Parte General*, 11.ª ed., trad. de Juan Bastos Ramirez e Sérgio Yáñez Pérez, Chile, 1970, § 26, II.

mico e a proteção do consumidor”), Miguel Reale Jr., da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo (“Concorrência desleal e interesse difuso no direito brasileiro”), Virgílio Luiz Donnici, da Faculdade de Direito Cândido Mendes (“Brasil, um país invadido pela violência, pela impunidade e pelos abusos do poder econômico”), João Mestieri, da Faculdade de Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro (“Direito Penal Econômico”), Juarez Cirino dos Santos, da Faculdade de Direito da Universidade de Londrina (“Direito Penal Econômico”), João Marcelo de Araújo Júnior, da Faculdade de Direito da Universidade do Estado do Rio de Janeiro (“Criminalidade econômica e o crime de gestão fraudulenta”) e Raul Chaves (“Conceito e princípios do direito penal econômico”).

A ciência do direito penal brasileira, que se ombeira com a dos países de mais refinada cultura jurídica, dá assim, de forma expressiva, a sua contribuição ao importante Congresso Internacional que se realizará em 1984, tendo podido contar com a participação do professor Eduardo Novoa Monreal, que será um dos relatores gerais do Congresso. Ao grande mestre e ao professor Eugênio Raul Zaffaroni, dois grandes amigos do Brasil, consignamos a nossa satisfação pela honra de sua presença e nosso agradecimento por sua contribuição formidável.

H. C. F.

A rigor, portanto, a omissão é punida de duas maneiras: ou em si mesma, ou por não ter o omitente evitado a lesão ao bem jurídico que podia e devia evitar. Podem-se assim reduzir as infrações omisivas aos dois grupos em que tradicionalmente são classificadas: o grupo dos crimes omissores próprios e o grupo dos crimes omissores impróprios (de comissão por omissão). Traço comum entre os dois é que a constatação da ocorrência de qualquer deles se baseia em que o comportamento verificado não foi o comportamento esperado e imposto pela ordem jurídica.<sup>6</sup>

## II — Evolução doutrinária no Brasil

2. Ao tempo do Brasil Colônia<sup>6</sup> já reconhecia Pereira de Souza que “debaixo da denominação fato se subentende também o não fato ou omissão”.<sup>7</sup> Mas nenhum desenvolvimento doutrinário foi dado à omissão, sendo inteiramente desconhecidos os crimes omissores impróprios.

3. Também os primeiros comentadores do Código Imperial de 1830 pouco trataram da matéria. Quando o fizeram, silenciaram sobre os delitos omissores por omissão.<sup>8</sup> Só em 1879, é que Tobias Barreto versou seriamente o assunto. Com base na doutrina alemã de Von Bar, Schwartz, Feuerbach, Glaser e Von Buri, distinguiu entre crimes omissores e omissores, conforme a natureza proibitiva ou preceptiva do mandato infringido. Subdividiu os omissores em próprios e impróprios e acentuou a limitação da autoria dos omissores próprios às pessoas a quem a lei impõe certas normas de proceder. Relativamente aos omissores impróprios, Tobias Barreto fundou a responsabilidade exclusivamente na causalidade da omissão, repelin-do a idéia de limitá-la através da exigência do dever de agir.<sup>9</sup>

4. Na vigência do Código Penal Republicano, de 1890, a doutrina, aceitando ainda a causalidade física nos delitos de omissão imprópria, passou a condicionar a responsabilidade do omitente à possibilidade de agir e ao dever jurídico de agir. Como fontes deste dever, Costa e Silva apontou o preceito positivo da ordem jurídica, a convenção expressa e o ato anterior capaz de produzir o resultado.<sup>10</sup>

<sup>6</sup> V. Luiz Luisl, *O tipo penal e a teoria da ação finalista*, Porto Alegre, s/d, p. 51.

<sup>7</sup> Enquanto colônia portuguesa, o Brasil foi regido pelas Ordenações do Reino (Filipinas). Com a independência elaborou-se o Código Criminal de 1830. Proclamada a República, sobreveio o Código Penal de 1890, substituído pelo Código Penal de 1940, ainda em vigor.

<sup>8</sup> V. Frederico Marques, *Curso de Direito Penal*, São Paulo, 1954, vol. II, § 60.

<sup>9</sup> *Idem*.

<sup>10</sup> Tobias Barreto, “Delictos por omissão”, in *Obras Completas*, vol. VI, *Estudos de Direito*, ed. 1923, p. 214 e ss.

<sup>11</sup> Antonio José da Costa e Silva, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, S. Paulo, 1930, p. 6 e ss.

Como assinala Helene Cláudio Fragoso, nossa antiga doutrina concebida a omissão naturalisticamente.<sup>11</sup>

5. Autor intelectual do Código Penal de 1940 e seu principal comentador, Nelson Hungria afirmou a causalidade da omissão apenas sob o aspecto lógico e a negou sob o aspecto mecânico. Para ele, tentar demonstrar que a omissão é mecanicamente causal, equivaleria ao esforço de provar a quadratura do círculo, posto que o problema só comportaria a solução lógica de considerar também como condição do resultado, “a não interferência de forças que podem impedir seu advento”. Paralelamente, Hungria condicionou a relevância da omissão ao descumprimento de um dever jurídico, resultante de um mandamento expresso ou tácito da ordem jurídica; de uma relação contratual ou de uma situação de perigo precedentemente criada, ainda que sem culpa.<sup>12</sup>

6. Antes dos movimentos de reforma do ainda vigente Código Penal brasileiro,<sup>13</sup> a doutrina de um modo geral seguiu o pensamento de Nelson Hungria, embora alguns continuassem a aceitar a causalidade naturalística da omissão.<sup>14</sup> Quanto às fontes do dever de agir, especial destaque merece a posição de Aníbal Bruno. Substituiu ele a referência expressa ao contrato pela *particular aceitação* do dever de evitar o resultado, na qual incluiu situações que decorrem de pertencer o indivíduo a certas associações ou agrupamentos especiais, que criam, embora transitóriamente, uma comunidade de vida e de perigo e um regime de mútua confiança, como acontece com os membros de expedições arriscadas, tripulantes de barcos, grupos de alpinistas, no que se refere a perigo para vida ou para o corpo.<sup>15</sup>

7. Com os esforços para a elaboração de um novo e mais aperfeiçoado Código Penal, a doutrina brasileira dos anos 60 e 70, em relação aos crimes omissores impróprios, experimentou sensíveis modificações. A preocupação com a causalidade naturalística da omissão cedeu lugar à negação desta causalidade e sua substituição por

<sup>11</sup> Helene Cláudio Fragoso, *Crimes Omissivos no Direito Brasileiro* (comunicação ao Colóquio).

<sup>12</sup> Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1949, vol. II, p. 242.

<sup>13</sup> A partir de 1963, houve várias tentativas de elaborar novo Código Penal para o Brasil. Com base no Anteprojeto do próprio Ministro Nelson Hungria, chegou a ser decretado o Código Penal de 1969, revogado durante o período de *vacatio legis*. Atualmente, discute-se novo Anteprojeto de Parte Geral de Código Penal, elaborado em 1981.

<sup>14</sup> Basileu Garcia, *Instituições de Direito Penal*, São Paulo, 1954, vol. I, tomo I, p. 218 e ss.; José Frederico Marques, ob. cit. p. 62; Salgado Marinho, *Sistema de Direito Penal*, Porto Alegre, 1957, p. 165 e ss.; Magalhães Noronha, *Direito Penal*, São Paulo, 1959, vol. I, p. 150; João Bernardino Gonzaga, “Crimes Comissivos por Omissão”, in *Estudos de Direito e Processo Penal*, em homenagem a Nelson Hungria, Rio de Janeiro, 1962, p. 255.

<sup>15</sup> Aníbal Bruno, *Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1956, vol. I, tomo I, p. 305.

9. De um modo geral, os crimes omissivos apresentam inúmeras dificuldades doutrinárias e acarretam sérias preocupações políticas, ligadas estas às exigências do Estado de Direito.

As dificuldades doutrinárias decorrem da impossibilidade de se lhes aplicar as regras e conceitos dos delitos de comissão. Embora constituam formas de aparição do crime, subsumíveis no conceito superior de comportamento, os crimes omissivos requerem adaptações dogmáticas especiais à vista de sua peculiar estrutura ontológica.<sup>20</sup>

Os problemas políticos cifram-se nas necessidades de evitar o arbítrio judicial e de limitar a faculdade do legislador na criação de figuras delituosas desta espécie. Nas democracias, a função preponderante do Direito Penal é a de garantir as liberdades humanas fundamentais, assegurando ao indivíduo larga faixa de ação para o desenvolvimento de sua própria personalidade. Por isso, além de coibir-se o arbítrio judicial, é necessário que também se limite o arbítrio legislativo. Crime só deve haver quando se lesione ou se coloque em perigo "bens inerentes e primaciais do homem, ou bens instrumentais indispensáveis à sua realização social".<sup>21</sup> Principalmente nos países em que o Estado de Direito frequentemente se alterna com o Estado de Polícia, mediante a sucessão entre governos legítimos e ditaduras mais ou menos ferrenhas, é importante preservar a função de garantia do Direito Penal. Afigura-se-nos extremamente perigoso considerá-lo como simples instrumento de política social, porque isto implica em dar cobertura ao poder para toda sorte de abusos na criação e no julgamento de crimes. E o uso indiscriminado da tipificação omissiva pode redundar, como assinala E. R. Zaffaroni, num autoritarismo penal muito restritivo do âmbito ou espaço da liberdade das pessoas e em abertas violações a direitos fundamentais do homem.<sup>22</sup>

10. Ora, se os crimes omissivos próprios continuarem a ser considerados como modalidades de crimes de mera desobediência, que se perfazem pela simples inobservância do comando jurídico-penal de agir,<sup>23</sup> abre-se a oportunidade a que o Estado-todo-poderoso se utilize da criação de delitos de omissão própria para a defesa de interesses indignos da tutela penal, ou seja, para a defesa de meras conveniências políticas, econômicas ou administrativas conjunturais.

<sup>20</sup> Hanz Heinrich Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de Mir Puig e F. Muñoz Conde, Barcelona, 1981, vol. II, §§ 55 a 60.

<sup>21</sup> Luis Luisi, *A função de garantia do direito penal moderno*, Porto Alegre, 1973, p. 11.

<sup>22</sup> E. Raul Zaffaroni, Conferência citada. Também Ricardo A. Andreucci afirma que é preciso impedir que o Direito Penal se transforme em instrumento de dominação pela indevida manipulação das omissões.

<sup>23</sup> Pietro Nuvoione, *Il sistema del Diritto Penale*, Pádua, 1975, p. 154; Heleno Cláudio Fragoso, *Lições*, n.º 218; João Bernardino Gonzaga, ob. cit., p. 250.

uma causalidade normativa ou por um juízo hipotético de causalidade.<sup>16</sup> Passou-se a questionar acerca da compatibilidade entre o princípio da legalidade e a punição dos crimes omissivos por omissão sem que a lei penal especifique as hipóteses em que há o dever de evitar o resultado.<sup>17</sup> Acentuou-se que o dever de agir surge da posição de garantidor do sujeito, que deve estar em estreita relação com o bem tutelado e observou-se que tal posição, além de ter como fontes a lei e a anterior atividade causadora do perigo, pode originar-se, independentemente de relação contratual, da assunção, de fato, da responsabilidade de evitar o resultado.<sup>18</sup>

8. Evoluiu, destarte, a doutrina brasileira da amplitude na imputação da omissão imprópria enquanto baseada tão-só numa causalidade omissiva naturalística, para a idéia de limitar a equiparação da omissão à comissão produtora do resultado, através da exigência da infração de um dever de agir, cujas fontes a doutrina procurou especificar de forma, cada vez mais minuciosa. Tende-se, ultimamente, a que os casos do dever de agir sejam legislativamente explicitados no próprio Código Penal, sistema dos Anteprojetos de 1963 e 1981 e também do revogado Código Penal de 1969.<sup>19</sup>

<sup>16</sup> Paulo José da Costa Júnior, *Do Nexo Causal*, São Paulo, 1964, p. 128; Alcides Munhoz Neto, "Os títulos I a IV do Código Penal de 1969", in *Rev. do Ministério Público do Pr.*, 1977, vol. VII, p. 71; "O Crime", in *Rev. Inst. Advogados do Paraná*, vol. IV, p. 120 e ss.; "O Título II do Anteprojeto do Código Penal", in *Rev. Jurídica Lemé*, 1981, vol. 165, p. 28; Heleno Cláudio Fragoso, *Lições de Direito Penal*, São Paulo, 1976, vol. I, p. 224; Damásio de Jesus, *Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, 1977, p. 282; Alvaro Mayrink da Costa, *Direito Penal*, Rio de Janeiro, 1982, p. 589. Dissentem: Everardo da Cunha Luna, *Estrutura Jurídica do Crime*, Recife, 1969, p. 70; Roque de Brito Alves, *Direito Penal, Parte Geral*, Recife, 1976, p. 401; James Tubenschlag (parcialmente), *Teoria do Crime (O estudo através de suas divisões)*, Rio de Janeiro, 1978, p. 101.

<sup>17</sup> Admitia a compatibilidade, Everardo da Cunha Luna, "A Causalidade na Omissão", in *Ciclo de Conferências sobre o Anteprojeto de Código Penal*, São Paulo, 1965, p. 330, ponto de vista abandonado pelo autor que agora defende a tipificação completa dos crimes omissivos impróprios, *O crime por omissão e a responsabilidade por omissão* (comunicação ao Colóquio). Pela incompatibilidade manifestaram-se J. Bernardino Gonzaga, ob. cit., p. 256, e Heleno Cláudio Fragoso, *Lições*, n.º 221.

<sup>18</sup> Paulo José da Costa Júnior, ob. cit., p. 145, e Heleno Cláudio Fragoso, *Lições*, n.º 222.

<sup>19</sup> O Anteprojeto de 1963 dispunha: "A omissão é relevante como causa quando quem omite devia e podia agir para evitar o resultado, decorrente este dever seja da lei, seja da relação contratual ou de perigosa situação de fato criada pelo próprio omitente, ainda que sem culpa" (art. 14, § 1.º). O Código Penal de 1969, repetiu: "A omissão é relevante como causa quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância, a quem, de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e a quem com seu comportamento anterior criou o risco de sua superveniência" (art. 13, § 2.º). O atual Anteprojeto de Parte Geral de Código Penal repete a fórmula do Código de 1969 (art. 13, § 2.º).

tudo em detrimento do *ius libertatis*. Mister se faz, assim, fixar doutrinariamente limites à punibilidade da omissão própria, substituindo a concepção de crimes de desobediência, característica dos sistemas totalitários,<sup>24</sup> por outras construções que permitam sujeitar os crimes omissivos próprios ao princípio democrático da objetividade jurídica (*infra*, § 3.º, 16 a 18).

11. Sob outro prisma, para os crimes omissivos impróprios, enquanto permanecer o critério de não limitar sua punibilidade na Parte Especial, nem definir legislativamente as situações de que surge o dever de evitar o resultado,<sup>25</sup> tais delitos continuarão previstos em tipos abertos, que necessitam de complementação judicial, para que neles possam ser subsumidas determinadas inações.<sup>26</sup>

A segurança do direito impõe que não se deixe ao livre critério dos juízes o equiparar a omissão à comissão, para castigá-la como se também esta fosse causadora do resultado. Sem limites obrigatórios, quanto ao dever do omitente em evitar a lesão, e quanto à punibilidade do comportamento, enfraquece-se a garantia do *nullum crimen sine lege*, mediante a qual se afirma a função limitadora do Direito Penal.<sup>27</sup> Importante, pois, o esforço de condensar, em fórmulas legislativas precisas, as hipóteses em que alguém possa ser responsabilizado por um resultado que não causou, mas que poderia e deveria evitar. Importante, igualmente, estudar a maneira de criar tipos fechados de crimes omissivos impróprios.

## § 2.º — CONCEITO GERAL DE OMISSÃO

### I — Aspectos naturalísticos e normativos da omissão

12. Em essência, ação e omissão são conceitos antagônicos. Segundo Welzel, a omissão não é em si mesmo uma ação, já que é a falta de uma ação. Tratam-se de duas classes independentes de comportamento suscetível de ser dirigido pela vontade final. Necessariamente referida à uma ação, a omissão não existe em si: o que existe é a omissão de uma ação determinada. O conceito de ação, assim, não é negativo e sim limitativo.<sup>28</sup>

<sup>24</sup> Giuseppe Bettiol, *Instituições de Direito e Processo Penal*, trad. de Manoel da Costa Andrade, Coimbra, 1974, p. 76 e 80.

<sup>25</sup> Argui-se a dificuldade em precisar todas as hipóteses que podem criar o dever de evitar o resultado: Hanz Welzel, ob. cit., § 28.

<sup>26</sup> H. Jescheck, ob. cit., § 58; Welzel, ob. cit., § 28; Heleno Cláudio Fragoso, *Lições*, n.º 226.

<sup>27</sup> No mesmo sentido, E. R. Zaffaroni, para quem os delitos omissivos impróprios põem em sério perigo o princípio da legalidade, porque a valorização da entidade do delito é subjetiva e porque nem sequer se acham descartados os deveres morais: conferência citada. Também Andreucci pensa que os crimes omissivos não se sujeitam ao princípio da legalidade, porque repousam sob a posição de garante, comunicação citada.

<sup>28</sup> H. Welzel, ob. cit., § 26, I; Heleno Cláudio Fragoso, *Lições*, n.º 217. Para Zaffaroni a omissão não é uma variável pré-típica da ação, mas problema da tipicidade, comunicação citada.

13. É impossível conceber a omissão de um ponto de vista puramente naturalístico. O comportamento só assume a qualificação de omissão em relação a uma norma que impõe a alguém o dever de agir.<sup>29</sup> Frágoso chega a afirmar que, no plano ontológico, existem apenas ações, sendo a omissão o não fato, imperceptível se contemplada apenas a realidade fenomênica.<sup>30</sup> Mas, apesar de ser uma realidade normativa, a omissão existe objetivamente: é produto da vontade não realizar a ação esperada ou da vontade de não impedir o resultado e reveste-se da evidência de um acontecer. Este acontecer é que constitui o ponto de apoio do juízo de valor.<sup>31</sup> Daí a observação de Heitor Costa Júnior de que o conceito não é meramente normativo, pois tem um conteúdo ontológico: não é um juízo sobre um juízo.<sup>32</sup> Na verdade, um comportamento real é pressuposto necessário ao juízo de valor que o qualifica como omissão.

A existência normativa da omissão deriva do caráter preceptivo do mandamento violado pelo omitente. Da mesma forma que os delitos de comissão infringem normas proibitivas, todos os delitos de omissão constituem infrações de normas preceptivas ou imperativas.<sup>33</sup>

### II — Omissão e causalidade

14. O problema da causalidade da omissão se apresenta sempre que se tem de verificar se determinado resultado é objetivamente imputável ao omitente. Em nosso direito positivo, isto ocorre, quer em relação aos crimes omissivos impróprios, quer, excepcionalmente, quanto aos omissivos próprios nos casos em que as respectivas penas são agravadas por lesões corporais ou morte da vítima (exs.: abandonado de incapaz, art. 133, §§ 1.º e 2.º; omissão de socorro, art. 135, §§ 1.º e 2.º; maus-tratos por privação de alimentos, art. 136, §§ 1.º e 2.º). O resultado consumativo, nos delitos de omissão imprópria, e o resultado agravante, nos de omissão própria, só produzem tais consequências se a ação esperada pudesse evitar-lhe a superveniência.<sup>34</sup>

15. A princípio admitida pela doutrina brasileira, a causalidade na omissão vem encontrando crescente número de opositores (*supra*,

<sup>29</sup> Giuseppe Bettiol, *Diritto Penale*, 7.ª ed., Pádua, 1969, p. 255; P. Nuvo-lone, ob. cit., p. 153; Heleno Frágoso, *Lições*, n.º 217; Paulo José da Costa Júnior, ob. cit., p. 37; Everardo Luna, *A Estrutura*, cit., p. 65; Juarez E. Xavier Tavares, *Teorias dos delitos*, Rio de Janeiro, 1980, p. 31.

<sup>30</sup> Heleno C. Frágoso, comunicação citada.

<sup>31</sup> L. Luisi, *O tipo penal*, p. 108; Aníbal Bruno, ob. cit., p. 203; J. B. Gonzaga, ob. cit., p. 249; José Frederico Marques, ob. cit., p. 59; E. Luna, comunicação cit.; Reale Jr., comunicação cit.; Andreucci, com. cit.

<sup>32</sup> Heitor Costa Júnior, *Teorias Acerca da Omissão* (comunicação ao Colóquio).

<sup>33</sup> Hans Jescheck, ob. cit., § 828.

<sup>34</sup> O Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo excluiu a majorante do § 2.º do art. 135 (morte por omissão de socorro), por julgar inexistente a relação causal (RT 459/384).

§ 1.º, II). Argúi-se que do nada, nada pode provir, sendo o resultado consequência das forças que o determinaram e não da falta de seu impedimento. A omissão não oferece nenhuma contribuição ao efeito, que é produzido tão-somente pelas forças que atuam paralelamente a ela.<sup>35</sup> Quando muito, poder-se-ia falar em causalidade normativa, como querem Andreucci e Everardo da Cunha Luna.<sup>36</sup>

Mecanicamente a omissão jamais é causal. Como categoria do ser, a causalidade requer uma fonte real de energia, capaz de acarretar um desencadeamento de forças. Isto falta na omissão: "et nihil nihil fit". A omissão, como não execução da ação, não causa absolutamente nada. Consiste, ao contrário, em não interromper uma série causal *in itinere*.<sup>37</sup> Daí observar Reale Júnior que o processo causal é estranho ao omitente, o qual não corta o curso.<sup>38</sup>

Mas, se não há causalidade física na omissão nada impede que a lei pressuponha uma relação entre a omissão e o resultado, partindo de um juízo de probabilidade sobre se a ação, possível para o omitente, o teria evitado. Trata-se, portanto, de um juízo de causalidade quanto à ação esperada e não quanto à omissão, isto é, de um "juízo causal hipotético". Para que o não evitar o resultado se equi-pare à respectiva produção, é preciso que se possa predirer "com um grau de probabilidade que limita com a certeza", que o resultado teria sido evitado com a ação omitida.<sup>39</sup> A indagação a ser feita é apenas esta: a ação omitida teria evitado o resultado?<sup>40</sup>

### § 3.º — CRIMES OMISSIVOS PRÓPRIOS

#### I — *Natureza jurídica*

16. Tem-se sustentado que os delitos omissivos próprios se esgotam na não realização de uma ação exigida por lei: tal como nos crimes de mera atividade, a punição independe da produção do resultado, cuja superveniência somente pode determinar uma especial agravação da pena (*supra*, § 1.º, III, 10 e § 2.º, II, 15). À vista destas peculiaridades, doutrina que remonta a Binding considera os crimes omissivos próprios como crimes de desobediência, cuja conduta típica se integra com a mera inobservância ao comando de agir.<sup>41</sup>

Nos sistemas democráticos, não é, porém, conveniente admitir que o comportamento delituoso possa ser constituído por puro ato

<sup>35</sup> Alcides Munhoz Netto, "O crime", in *Rev. do Instituto dos Advogados do Pr.*, 1982, vol. IV, p. 120; Helene Cláudio Fragoso, *Lições*, n.º 224; Paulo José da Costa Jr., *ob. cit.*, p. 128.

<sup>36</sup> R. A. Andreucci, *com. cit.*, e Everardo C. Luna, *com. cit.*

<sup>37</sup> H. Jescheck, *ob. cit.*, § 59, III; H. Welzel, *ob. cit.*, § 28; P. Nuvolone, *ob. cit.*, p. 169.

<sup>38</sup> M. Reale Jr., *com. cit.*

<sup>39</sup> Afirma Helene C. Fragoso que uma alta probabilidade é o máximo que se pode alcançar com um juízo hipotético, *com. cit.*

<sup>40</sup> Helene C. Fragoso: *Lições*, n.º 224.

<sup>41</sup> *Idem*, n.º 218.

de rebelião ou desobediência, como afirmaram os teóricos do totalitarismo penal. O crime é agressão a determinado valor. A identificação deste valor é que dá conteúdo à esfera de autonomia ao indivíduo. O Direito Penal democrático é o direito penal da vontade (*Erfolgsstrafrecht*), que se contrapõe ao direito penal da vontade (*Willensstrafrecht*) do nacional socialismo. Este considerava o crime como mera infidelidade à orientação política, ou seja, à vontade da *Führung*.<sup>42</sup> Tal entendimento assume particular gravidade em relação aos crimes omissivos, pois, consoante E. R. Zaffaroni, se o tipo comissivo assinala corretamente uma conduta proibida, mediante a qual atua o sistema penal, o tipo omissivo determina a conduta devida e, por conseguinte, eleva à categoria de delito qualquer conduta diferente da devida.<sup>43</sup>

Nem se compatibiliza a idéia de crimes de simples desobediência com o caráter subsidiário do Direito Penal. Segundo Klaus Roxin,<sup>44</sup> nas democracias, como o poder procede do povo, a função do Direito Penal é a de assegurar ao grupo reunido no Estado condições de existência que lhe satisfaçam as necessidades vitais, ou seja, proteger os bens jurídicos, de sorte a permitir o livre desenvolvimento da personalidade de cada indivíduo. A cominação de penas, por conseguinte, não deve visar a realização de fins transcendentes. Não se duvida que há certos deveres fundamentais de solidariedade humana, cuja violação pode e deve ser erigida a delito, quando com ela se afete um bem jurídico. Daí, porém, não se segue possa o Estado, a seu gosto, elevar o nível fundamental de exigências baseadas na solidariedade humana a limites intoleráveis em que a violação de qualquer dever para com a comunidade passe a constituir crime.<sup>45</sup> Nem é aceitável a utilização da pena criminal para impor preconceitos morais ou comportamentos, política ou administrativamente convenientes ao grupo dominante. É preciso que a criação de figuras delituosas fique sempre subordinada à lesão efetiva ou iminente de um bem jurídico essencial à vida coletiva, sem que se coloque em risco os direitos humanos. A política criminológica tem de cuidar para que exasperações alucinatórias das necessidades do Estado não conduzam à utilização do sistema penal como meio de transformar qualquer cidadão em funcionário policial obrigado a garantir o poder político.<sup>46</sup> Não é de aceitar-se, portanto, a idéia de que seja lícito ao Estado, mediante a criação de tipos omissivos, impor a todos os seus súditos o dever legal de delação de planos subversivos ou mesmo de crimes políticos.

17. Nada obsta que os crimes omissivos próprios sejam submetidos ao princípio da objetividade jurídica relevante. Embora inde-

<sup>42</sup> G. Bettiol: *Instituições*, p. 80 e 118.

<sup>43</sup> E. R. Zaffaroni, *conf. cit.*

<sup>44</sup> Klaus Roxin, *Problemas Básicos del Derecho Penal*, tradução de Diego Manuel Luzón Peña, Madrid, 1976, p. 20 e 22.

<sup>45</sup> E. R. Zaffaroni, *conf. cit.*

<sup>46</sup> *Idem*.



19. Aos delitos de omissão falta um atuar positivo dirigido por uma vontade final. Neles, portanto, o dolo não pode consistir na consciência e vontade de *realizar* o tipo. Para adaptar o dolo à estrutura dos delitos omissivos puros, deve-se considerar a consciência e a vontade de adotar o comportamento típico, mediante a *não realização* da ação exigida. O dolo consiste, pois, na vontade de omitir-se, tendo representação da necessidade e da possibilidade de agir, ou, como quer Fragoço, na vontade de abster-se da ação comandada, com a consciência da situação fática de que surge o dever de atuar-se.<sup>41</sup>

20. A vontade de omitir-se não equivale à vontade de permitir a superveniência da efetiva lesão ao bem tutelado. Basta a vontade de não executar a ação esperada, ainda que confiando que a lesão não sobrevenha.

Se a omissão for informada pela vontade de que o resultado se produza, há que distinguir entre duas situações: a situação em que o dever de agir decorre apenas da norma incriminadora (ex.: o dever genérico de omissão de socorro, art. 135); e a situação em que, além desse dever geral, há um dever jurídico especial de evitar o resultado (ex.: o dever legal dos pais, tutores ou curadores de prevenir danos à saúde ou à vida dos filhos menores e dos pupilos; o semelhante dever contratual do guia de montanha, em relação aos excursionistas, sob seus cuidados). Havendo apenas o dever genérico, a vontade de que sobrevenha o resultado não altera a classificação jurídica do crime (ex.: quem omite socorro porque quer a lesão do que é encontrado ferido, em quem reconhece fidalgal inimigo, responderá sempre por omissão de socorro e não por lesões corporais ou homicídio, tentado ou consumado). Nestas hipóteses, a superveniência do resultado constituirá causa de aumento da pena (art. 135, parág. único), à vista, não da vontade de contribuir para o resultado, mas da previsibilidade de sua superveniência, previsibilidade esta que tornava mais intenso o dever de agir. Concorrendo com o dever genérico, um dever especial de garante, a vontade ou a aquiescência em permitir a superveniência do dano para a saúde ou para a vida do sujeito passivo altera a classificação jurídica do fato para o crime comissivo por omissão (ex.: o pai que não socorre o filho menor porque lhe quer a morte, responde por homicídio tentado ou consumado; o preceptor que priva de alimentos o educando sob sua responsabilidade, para que este pereça de inanição, não responde por maus-tratos, mas também por homicídio tentado ou consumado). Se o resultado for imputável apenas a título de culpa, nos crimes em que há previsão de conseqüente agravamento de pena, o omitente responde pela infração qualificada pelo resultado (crime preterdoloso) por força do princípio da especialidade (exs.: arts. 135, parág. único, e 136, §§ 1.º e 2.º).

<sup>51</sup> H. C. Fragoço, com. cit.

pendam da configuração de um resultado, são eles erigidos à categoria de ilícitos penais à vista da periclitación do bem ou interesse jurídico protegido, cuja lesão se quer prevenir. Não é em função da mera desobediência à vontade estatal que certas omissões são penalmente sancionadas; são incriminadas à vista da preocupação da ordem jurídica em conjugar situações de que possa advir o sacrifício de determinados valores. Em princípio, a omissão só incide em pena criminal quando objetivamente se reúnam condições de alta probabilidade de lesão ao bem jurídico merecedor de tutela penal. Tal situação de perigo é que legitima a imposição do dever de agir. Com efeito, a impossibilidade do incapaz, quando exposto à própria sorte, de defender-se dos riscos para sua saúde, é que determina o dever de não abandoná-lo, da parte de quem sobre o mesmo exerce autoridade ou está incumbido de sua guarda ou cuidado, (art. 133); o encontrar-se a criança abandonada, a criança extraviada, a pessoa inválida ou a pessoa ferida, ao desamparo ou em grave ou iminente perigo, é que acarreta o dever de prestar-lhes assistência (art. 135). Portanto, a tipicidade dos crimes omissivos próprios requer a ocorrência de fatos de que deflua o dever de agir. Tal dever é, assim, imposto em função do perigo ao bem jurídico. Tanto isto é certo, que a omissão só é típica se o omitente possui o poder de fato de atuar, *evitando a lesão*. Se faltar a possibilidade de realizar uma ação que impeça a lesão, não haverá omissão adequada ao tipo penal.<sup>47</sup>

18. Não são, por conseguinte, de simples desobediência, os crimes omissivos próprios. Constituem-se antes, em crimes de perigo,<sup>48</sup> incriminados em função do objetivo de preservar bens jurídicos fundamentais.

Nestas condições, tal como sucede com a criação legislativa dos crimes comissivos, o Estado, ao incriminar a omissão própria, tem de se ater aos limites próprios aos sistemas que querem dar efetividade às declarações universais dos direitos do homem. Também aqui, "importa que o legislador tome verdadeiramente a sério a imposição de só colocar sob a ameaça de pena aquelas condutas que impedem ou põem em perigo, de forma intolerável, a livre realização da personalidade ética do homem na comunidade em que vive".<sup>49</sup> Não se exclui a possibilidade de incriminar novas formas de omissão anti-sociais, desde que não se despreze a função protetora dos bens jurídicos, que incumbe ao Direito Penal, para atribuir-lhe papel meramente instrumental.<sup>50</sup>

<sup>47</sup> Heleno Cláudio Fragoço, *Lições*, n.º 218; Enrique Bacigalupo, *Lineamentos de la teoría del delito*, Buenos Aires, 1978, p. 152.

<sup>48</sup> No mesmo sentido, Miguel Reale Jr., com. cit.; Pietro Nuvolone classifica-os como os verdadeiros crimes formais sem evento, ob. cit., p. 154.

<sup>49</sup> Jorge Figueiredo Dias, *A Reforma do Direito Penal Português*, Coimbra, 1972, p. 39.

<sup>50</sup> E. C. Luna, com. cit.

21. A representação da necessidade e da possibilidade de agir pressupõe: a) o conhecimento da existência da situação típica, ou seja, a consciência do perigo; <sup>52</sup> b) a consciência do poder de fato quanto à execução da ação omitida; e, c) a consciência da possibilidade real física de levar a efeito a ação ordenada. <sup>53</sup>

22. O erro sobre os pressupostos acima é erro de tipo, exclui o dolo. Não assim o erro sobre o dever de agir, que é erro de mandamento, equivalente ao erro de proibição nos delitos comissivos, a ser tratado como espécie de ignorância da antijuridicidade, pois traduz desconhecimento da norma preceptiva (*infra*, n.º 26).

### III — A culpa nos crimes omissivos próprios

23. Segundo Helene Cláudio Fragozo, nossa lei não prevê crimes omissivos próprios na forma culposa. <sup>54</sup> Entretanto, há várias infrações em que a culpa basta para a punibilidade (exs.: a facilitação de fuga de pessoa legalmente presa, por omissão culposa do funcionário, CP, art. 351, § 4.º), as omissões falimentares, nas quais há equiparação entre o dolo e a culpa <sup>55</sup> e, em geral, as omissões impunitáveis aos militares (CFM, arts. 196, § 3.º; 198, pará. único; 200, pará. único).

24. A culpa não é incompatível com os delitos omissivos próprios, em relação aos quais pode recair o desvalor pela infração de deveres de cuidado, seja na previsão da situação típica ou da própria capacidade de agir, seja na execução defeituosa da ação de salvamento.

### IV — A culpabilidade nos crimes omissivos próprios

25. Integra-se a culpabilidade na omissão própria pela potencial consciência do dever de agir e pela exigibilidade do cumprimento de tal dever. Aliados à imputabilidade, tais elementos fundamentam juízo de censura pessoal ao omitente.

26. A consciência do injusto refere-se ao mandamento jurídico de executar determinada ação: “o omitente deve saber que o direito não lhe permite omitir a ação correspondente”. <sup>56</sup>

O erro sobre o dever de agir (erro de mandamento) é irrelevante para os que o consideram erro de direito, à vista do art. 16 do Có-

<sup>52</sup> Os tribunais brasileiros têm exigido, para o dolo na omissão de socorro, a “consciência de que a pessoa em perigo iminente não seja salva”, RT 486/293; “a segura consciência do perigo” (Adcoas, 1975, n.º 36.684); “o saber que a pessoa em perigo não poderá ser salva” (RT 517/361).

<sup>53</sup> H. Welzel, ob. cit., § 27, II.

<sup>54</sup> Helene C. Fragozo, *Lições*, n.º 250.

<sup>55</sup> O Tribunal de Justiça de São Paulo condenou falido por omissão em apresentar balanços à rubrica judicial, sob o fundamento de que a conduta pode ser informada pela culpa (RT 508/356).

<sup>56</sup> H. Jescheck, ob. cit., § 60, I.

digo Penal. <sup>57</sup> Atribuem-lhe, porém, efeitos eximentes os que distinguem entre erro de direito (incidente sobre a lei em seus aspectos técnicos) e erro de proibição ou ignorância da antijuridicidade (significando o desconhecimento do injusto) capaz de excluir a culpabilidade. <sup>58</sup>

27. A inexigibilidade do dever de comportamento conforme a norma, em alguns delitos de omissão própria, faz desaparecer o próprio dever de atuar e com isto a tipicidade da conduta (ex.: omissão de socorro, só incriminada quando este possa ser prestado *sem risco pessoal*, art. 135).

Em outros casos, a inexigibilidade pode excluir a culpabilidade pela colisão de deveres, ante a qual o omitente não pode agir sem violar um dever de abster-se (ex.: o sacerdote, ao testemunhar, cala sobre fatos conhecidos em comissão sobre a qual deve manter sigilo, art. 342).

É necessário que o dever de abster-se seja de hierarquia superior ou igual ao dever de agir. Se idênticos os valores, o mais próximo prevalece o mais remoto <sup>59</sup> (ex.: se duas pessoas necessitam de socorro urgente, atende-se primeiro a quem está em estado mais grave; se ambas estiverem em igual estado, atende-se aquele que estiver mais próximo). Especificamente quanto à prestação de socorro, tem-se julgado que não excluem a exigibilidade motivos inferiores, como o estar o médico de folga; não efetuar o paciente o depósito prévio para internação hospitalar; não possuir o hospital convênio com o empregador do periclitante. <sup>60</sup>

### V — A tentativa nos crimes omissivos próprios

28. Nos delitos omissivos próprios, todo atraso na ação exigida implica na respectiva consumação. Desta forma não há um *iter criminis* fracionável. Ou ocorre a abstenção da ação ordenada e o delito está consumado, ou a ação é prestada e inexistente crime (*cogitationis poenam nemo patitur*). Fundamentada a punibilidade da omissão, pela infração ao dever de agir, o crime já estará consumado. Enquanto existir possibilidade de praticar o ato devido, pode existir simples intenção de delinquir, nunca parcial configuração do tipo; vencido o prazo peremptório, a omissão ter-se-á irremediavelmente

<sup>57</sup> É a orientação tradicional, acolhida por Helene C. Fragozo, ob. cit., p. 218.

<sup>58</sup> Souza Neto, *O motivo e o dolo*, Rio de Janeiro, 1949, p. 113; Francisco de Assis Toledo, *O erro no Direito Penal*, São Paulo, 1977, p. 71 e 131, e Alcides Munhoz Netto, *A ignorância da antijuridicidade em matéria penal*, Rio de Janeiro, 1978, p. 125 e ss.

<sup>59</sup> Paulo José da Costa Jr., ob. cit., p. 149.

<sup>60</sup> Neste sentido, têm se pronunciado os tribunais (RT 516/347; Adcoas, 1978, n.º 58.846; RT 511/427; RT 511/427). Há divergências quanto a não possuir o hospital condições técnicas para o não atendimento; acolhendo a escusa: RT 514/386, repelindo-a: Adcoas, 1977, n.º 49.611).

verificado.<sup>61</sup> Nossa jurisprudência tem proclamado o caráter unissub-sistente dos crimes omissivos próprios, afirmando que a retenção de autos se consuma pelo não atendimento à intimação para restituí-los, que a omissão de socorro é crime instantâneo; que o abandono material se consuma no momento em que o devedor deixa de efetuar o pagamento convencionado no desquite; que a prevaricação se configura pela omissão do delegado de baixar a portaria de instauração de inquérito policial.<sup>62</sup>

Mesmo nas formas agravadas pela superveniência do resultado, não há possibilidade de tentativa, posto que a agravação decorre de culpa, com a qual é incompatível a idéia de *conatus*.<sup>63</sup>

#### § 4.º — CRIMES OMISSIVOS IMPRÓPRIOS

##### I — Características

29. Os crimes omissivos impróprios decorrem do dever de evitar o resultado, ou, pelo menos, de tentar evitá-lo. Tal dever incumbe ao garantidor, isto é, a quem reúne características especiais que o tornam responsável pela preservação do bem de interesse jurídico.

30. Os delitos omissivos por omissão situam-se, pois, na categoria genérica dos crimes que só podem ser cometidos por determinadas pessoas (delitos especiais, próprios). A simples possibilidade ou poder de fato de evitar o resultado não converte o omitente em autor. Isto só ocorre quanto a quem, de antemão, o Direito obriga a zelar pela incolumidade do bem jurídico.<sup>64</sup>

31. A antijuridicidade nos delitos omissivos impróprios não reside, por conseguinte, em causar o resultado lesivo, posto que a omissão não é causal (*supra* n.º 14). A antijuridicidade destes comportamentos reside em descumprir o dever de garantidor. Este dever cria, em verdade, normas preceptivas, ao lado das normas proibitivas, ambas estatuídas para a preservação de bem jurídico comum. Ao mandamento de não causar o resultado, junta-se o comando de evitá-lo.<sup>65</sup>

32. Estas infrações constituem-se em delitos omissivos, embora denominadas delitos comissivos por omissão. Não é possível submetê-las dogmaticamente às regras dos delitos comissivos, por isso que não violam a proibição de produzir o resultado. Trata-se de autênticos crimes omissivos, dos quais apresentam todas as características.

<sup>61</sup> Alcides Munhoz Netto: *Da tentativa no Código Penal Brasileiro*, 1958, p. 84. No mesmo sentido, N. Hungria, ob. cit., p. 259, e H. Cláudio Fragozo, ob. cit., p. 219.

<sup>62</sup> *Adcoas*, 1981, n.ºs 79.058, 70.743; *RT* 551/417; 550/382; *RTJ* 96/662; *Adcoas*, 1975, n.º 38.097; 1972, n.º 14.097; *RT* 460/336; 446/405.

<sup>63</sup> Alcides Munhoz Netto, *Da tentativa*, cit., p. 67 e ss.

<sup>64</sup> H. Jescheck, ob. cit., § 58, III, e H. Welzel, ob. cit., § 28, I.

<sup>65</sup> Heleno C. Fragozo, *Lições*, n.º 221.

Analisando a hipótese da mãe que não impede a morte do filho por inanição, nota Everardo da Cunha Luna que "o omitir que é a ação, o próprio fato material do crime juntamente com o resultado morte, não pode ser explicado como um meio de matar, equivalente a qual-quer outro instrumento homicida". Mesmo, portanto, para os que admitem a causalidade da omissão (*supra* n.º 6), estas infrações são autenticamente omissivas.<sup>66</sup>

##### II — Estrutura e elementos dos crimes omissivos impróprios

33. A estrutura dos crimes omissivos impróprios é basicamente a mesma dos crimes omissivos próprios (*supra* n.º 16), com o acréscimo do dever de garantir e da superveniência, efetiva ou potencial, do resultado. Daí a afirmação de João Bernardino Gonzaga de que "esses crimes se exteriorizam da mesma forma que os omissivos puros, porque em ambos o sujeito se abstém de praticar certo ato. Mas em seguida deles se distinguem, para irem equiparar-se aos de ação, dado que acarretam como estes a responsabilidade pela produção de um evento positivo".<sup>67</sup> A produção do resultado pertence ao tipo, da mesma forma que o dever de agir fundamenta a antijuridicidade: o garantidor responde pelo resultado típico porque vulnerou o dever de evitá-lo.

34. A nossa doutrina considera elementos dos crimes comissivos por omissão: a) a abstenção da atividade que a norma impõe; b) a superveniência do resultado típico em vista da omissão; c) a ocorrência da situação de fato de que deflui o dever de agir.<sup>68</sup>

35. Só há abstenção da atividade devida quando o ordenamento jurídico impõe a obrigação de evitar o resultado. Não são tomadas em consideração as obrigações meramente morais, nem os deveres genéricos de agir resultantes da incriminação de comportamentos omissivos próprios (ex.: o dever de prestar socorro não transforma o omitente em garantidor da não superveniência do resultado). Só de deveres jurídicos específicos de salvaguardar o bem surge a condição de garantidor, característica da autoria nos crimes omissivos impróprios (*supra* n.º 30).

36. A superveniência do resultado só acarreta responsabilidade penal se o garantidor não se esforçou seriamente em impedi-lo. Não há omissão imputável se, apesar de todos os esforços, o resultado não pode ser evitado. Se o fracasso da ação impeditiva era evitável, pode subsistir responsabilidade a título de culpa (*infra* n.º 55).

37. A situação de fato de que se origina o dever de agir é o estado de perigo iminente e evitável em que se encontra o bem

<sup>66</sup> Everardo C. Luna, *A Estrutura*, cit., p. 68.

<sup>67</sup> J. Bernardino Gonzaga, ob. cit., p. 252.

<sup>68</sup> Heleno C. Fragozo, *Lições*, p. 233.

jurídico cuja incolumidade deve ser garantida pelo autor. É necessária a conjurabilidade do dano, isto é, a real possibilidade física de evitá-lo, com emprego dos meios ao alcance do omitente.

### III — Critérios normativos e princípio da legalidade

38. De três maneiras as leis penais do Brasil e seus projetos têm disciplinado a responsabilidade pela omissão imprópria: a) pela simples referência de que a norma pode ser violada pela omissão; b) pela expressa declaração da equivalência entre o causar e o não evitar o resultado; c) pelo acréscimo, a tal equiparação causal, das específicas situações em que há o dever de evitar o resultado.

39. Os Códigos Penais de 1830 e de 1890 limitaram-se a declarar consistir crime toda ação ou omissão *contrária* ou *violadora* das leis penais.

40. O Projeto Alcântara Machado<sup>69</sup> dispôs, originariamente, que “não impedir o resultado que se tem o dever jurídico de evitar equivale a causá-lo”. A sua edição revista consignou que “faltar à obrigação jurídica de impedir o evento equivale a causá-lo”.

41. Em lugar de aludir à equivalência entre o causar e o não evitar o resultado, o Código Penal de 1940 preferiu considerar a omissão causal: “considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido” (art. 11, segunda parte).

A vista desta equiparação causal entre ação e omissão, a doutrina, a princípio, julgou superflua a referência legislativa ao dever jurídico de evitar o resultado,<sup>70</sup> evoluindo, depois, ao reconhecimento de sua utilidade, para promover a omissão à categoria de causa.<sup>71</sup>

42. O Anteprojeto de 1963, refletindo esta evolução, declarou ser a omissão “relevante como causa quando quem omite devia e podia agir para evitar o resultado” (art. 14, § 1.º), fórmula repetida no Código Penal de 1969, (art. 13, § 2.º) e no Anteprojeto de 1981 (art. 13, § 2.º). Além disso, estes três diplomas contêm previsão expressa das hipóteses de que surge o dever jurídico de evitar o resultado: lei, contrato, assunção de responsabilidade de impedir-lo ou criação anterior do perigo (vide nota n.º 19).

43. Enquanto a expressa previsão das hipóteses de dever de evitar o resultado não for incorporada ao nosso direito positivo, persistirá o problema de compatibilizar os crimes de omissão imprópria com o princípio da anterioridade da lei penal.

Esta dificuldade não é peculiar ao direito brasileiro, posto que a maioria dos códigos penais contemporâneos omite a especificação

<sup>69</sup> O Projeto Alcântara Machado data de 15 de maio de 1938. Revisito por Costa e Silva, Vieira Braga, Nelson Hungria, Narcélio de Queiroz e Roberto Lyra, serviu de base ao Código Penal de 1940, ainda em vigor.

<sup>70</sup> Nelson Hungria, ob. cit., p. 243.

<sup>71</sup> Paulo José da Costa Júnior, ob. cit., p. 138.

das fontes do dever de evitar o resultado. É geral, em consequência, o reconhecimento de que compete à doutrina e à jurisprudência determinar as posições de garantidor, das quais se deduz aquele dever. Com isso, o princípio do *nulla poena sine lege* experimenta profunda limitação, já que a conduta não está inteiramente determinada. A lei só comina a pena para a produção comissiva do resultado e estende a mesma responsabilidade a quem não o evita, sem especificar, contudo, quando ocorre tal dever de impedi-lo. Assim, só uma parte do tipo está legalmente descrita; a outra tem de ser construída pelo juiz, a quem fica a tarefa de complementá-lo. Quanto à segurança do direito, o atual sistema de disciplina legislativa dos crimes omissivos impróprios comporta, destarte, todos os reparos opostos aos tipos penais abertos.<sup>72</sup>

44. Não têm logrado êxito os esforços para harmonizar o princípio da legalidade com a punição da omissão própria sem disciplina legislativa do dever de evitar o resultado. Para tanto, afirma-se que o direito consuetudinário fornece base para a validade de tais delitos.<sup>73</sup> Argui-se também que o sistema jurídico oferece ao juiz pontos de apoio para a elaboração das características típicas da omissão, pois tanto nos delitos de omissão próprios, como nos delitos especiais, só entram em consideração pessoas que, pela estreita relação jurídica com o bem ameaçado, devam cuidar do mesmo.<sup>74</sup> Entre nós, já se sustentou que a tipificação de um fato criminoso não é necessariamente expressa de maneira literal, pelo que o fato pode, à primeira vista, fugir à descrição legal e, no entanto, estar implicitamente contido nela como o que a lei descreve expressamente.<sup>75</sup>

Estas construções não resolvem o problema dogmático e do Estado de Direito dos delitos de omissão imprópria; apenas a atenuam, como reconhece Welzel.<sup>76</sup> Na verdade: a única fonte das normas incriminadoras é a lei, que não pode ser substituída pelo direito consuetudinário; a estreita relação entre o omitente e o bem jurídico não constitui critério seguro para prevenir o arbítrio judicial, porque permanece sempre a incerteza sobre quando exista esta relação próxima; nem a existência de crimes comissivos de tipos abertos resolve a dificuldade, posto que o princípio da legalidade não se limita à exigência da anterioridade da lei incriminadora, mas, como observa Aníbal Bruno, impõe também ao legislador o dever de não formular

<sup>72</sup> H. Jescheck, ob. cit., § 58, IV; H. Welzel, ob. cit., § 26, II, e § 28; Heleno C. Fragoso, *Lições*, n.º 226; J. Bernardino Gonzaga, ob. cit., p. 254, 256 e 262; Damásio E. de Jesus, *Direito Penal, Parte Geral*, São Paulo, 1977, p. 221, e James Tubenschlag, ob. cit., p. 102.

<sup>73</sup> H. Jescheck, ob. cit., § 58, IV.

<sup>74</sup> H. Welzel, ob. cit., § 28.

<sup>75</sup> Everardo C. Luna, ob. cit., p. 338, posição revista por ele na comunicação ao Colóquio, em que propõe a tipificação dos delitos omissivos impróprios.

<sup>76</sup> H. Welzel, ob. cit., § 28.

tipos abertos, em que o enunciado da conduta deixa margens a incertezas, trazendo consigo o germe da imprecisão.<sup>77</sup>

No Estado de Direito, as relações entre a autoridade e a liberdade devem estar claramente definidas. A indeterminação do conteúdo do crime pode suscitar verdadeiras formas de arbítrio por parte do magistrado, causando graves problemas jurídico-políticos que se podem sintetizar no problema da discricionariedade: "pela elasticidade da configuração, ensaja-se a elasticidade da repressão".<sup>78</sup> Num ordenamento jurídico-penal que pretenda tutelar a liberdade do indivíduo, os elementos descritivos devem prevalecer sobre os normativos, a fim de que nem tudo seja remetido à concreta decisão do magistrado.<sup>79</sup>

45. Não há motivos para não definir legislativamente as fontes do dever de evitar o resultado e para não limitar a punibilidade da omissão imprópria a determinados crimes. Não vale argumentar com a impossibilidade de circunscrever exaustivamente em tipos legais a imensa variedade de possíveis situações de dever de agir. Semelhante dificuldade também existe quanto à definição de todos os comportamentos comissivos capazes de ofender bens jurídicos fundamentais à coexistência entre os homens. E nem por isso se pensa em substituir o princípio da legalidade, que fundamenta o direito penal democrático, pelos sistemas de direito livre ou de permissão à analogia ampliadora das incriminações, próprios dos Estados de Polícia. O afã de alcançar uma legislação sem lacunas pode conduzir a excessos intoleráveis.<sup>80</sup>

#### IV — As fontes do dever de evitar o resultado no Anteprojeto de 1981

46. Se convertido em lei o Anteprojeto de 1981, o dever de agir incumbirá a quem: a) tenha por lei a obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; b) de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado; c) com seu comportamento anterior criou o risco de sua superveniência (art. 13, § 2.º).

47. O dever legal de garantidor é tanto o resultante de preceito expresso de lei, como o derivado de decretos com força de lei, ordem hierárquica ou sentença judicial.<sup>81</sup> O essencial é que exista um vínculo de natureza jurídica; ainda que deduzível do sistema.<sup>82</sup> O direito consuetudinário só será fonte do dever quando consolidado juridicamente, isto é, quando puder ser confirmado pela lei. A consolidação

<sup>77</sup> A. Bruno, ob. cit., tomo IV, p. 41.

<sup>78</sup> M. Seabra Fagundes, *Direitos do Homem, a Ordem Pública e a Segurança Nacional*, 1974, p. 4.

<sup>79</sup> G. Bettiol, *Instituições*, p. 116.

<sup>80</sup> E. R. Zaffaroni, com. cit.

<sup>81</sup> Everardo da Cunha Luna, ob. cit., p. 340, e Paulo José da Costa Jr., ob. cit., p. 143.

<sup>82</sup> G. Bettiol, ob. cit., p. 253, e P. Nuvoletti, ob. cit., p. 179.

jurídica é indispensável, a fim de que se evite perigosa ampliação dos deveres, através de fórmulas vagas, como a da estreita comunhão de vida.<sup>83</sup>

Fontes dos deveres legais de cuidado, proteção ou vigilância serão as instituições do matrimônio, da família, do pátrio poder, tutela ou curatela.<sup>84</sup> Estes deveres específicos também incumbem a quem é legal e funcionalmente responsável pela vigilância de bens jurídicos de terceiros, como os agentes policiais. Não basta, entretanto, o dever geral de ajuda, imposto a qualquer partícipe da comunidade jurídica. Como assinala Zaffaroni, este dever geral só poderá fundamentar um delito de omissão própria (o que vale para a hipótese do que encontra um inimigo ferido e não lhe presta socorro).<sup>85</sup> Paralelamente, não há obrigação de evitar crimes pela circunstância de a lei atribuir responsabilidades genéricas a todos os cidadãos. Por isso, nenhum dever de evitar crimes políticos alheios decorre do preceito da Constituição brasileira, de que toda pessoa é responsável pela Segurança Nacional (art. 86). Esta diluída responsabilidade programática não transforma cada cidadão em garante da ordem político-social, posto que isto implicaria convertê-lo em agente de organizações policiais, com infração à liberdade de não ser obrigado a fazer parte de qualquer associação, consagrada na declaração universal dos direitos do homem (art. XX, 1).

48. A assunção da responsabilidade de impedir o resultado decorre de contrato ou da aceitação fática de dever correspondente ao derivado do contrato. Em qualquer dos casos deve-se estabelecer uma particular confiança na execução da ação esperada. Assim, a ama contratada para cuidar da criança, que não assume o seu posto, não responde pelas lesões corporais que esta venha a sofrer por falta de vigilância, apesar da infração ao dever contratual; ao inverso, entrando em serviço, haverá a responsabilidade pela omissão, ainda que o contrato seja nulo.<sup>86</sup>

A relação de dependência com confiança recíproca, de que se origina o dever de evitar o resultado, pode-se prolongar além do tempo do contrato (ex.: mesmo que cumprido o seu turno, a enfermeira deve permanecer no posto até ser substituída); pode ainda resultar da inicial prestação de um favor (ex.: quem começa a ajudar um cego a cruzar uma rua, não pode largá-lo a meio caminho).

O dever de evitar o resultado não se cinge aos danos à pessoa confiada à vigilância. Implica também na obrigação de dominar o

<sup>83</sup> H. Welzel, ob. cit., § 28; Heleno Cláudio Fragozo diz serem morais os deveres decorrentes da comunidade de vida, com. cit.; M. Reale Jr., condena as fórmulas amplas, observando que o Direito Penal pode ser programático, ampliando os deveres de solidariedade humana, mas sem desprezar a reserva legal.

<sup>84</sup> Negou este dever específico o Tribunal de Alcáida de São Paulo, ao decidir que o pai não está obrigado a impedir o suicídio da filha (RT 491/336).

<sup>85</sup> Eugênio Raul Zaffaroni, *Teoria del delito*, Buenos Aires, 1973, p. 377.

<sup>86</sup> H. Welzel, ob. cit., § 28; Paulo José da Costa Jr., ob. cit., p. 145.

perigo que as pessoas submetidas a controle possam criar a terceiros (ex.: o mestre da escola tem de evitar que seus alunos causem lesões a outrem).

49. Decorre do *nemine lateat* a obrigação de ingerência, ou seja, a obrigação de impedir o resultado que possa derivar do anterior atuar perigoso: quem cria o perigo, deve cuidar para que este não se converta em dano.

Não é necessário que o comportamento anterior seja antijurídico, mas o perigo causado por ação defensiva legítima não cria o dever de impedir o resultado, porque decorre da própria atuação do agressor,<sup>87</sup> sendo o agredido passível de eventual responsabilidade apenas a título de omissão de socorro. Também é dispensável que o perigo seja próximo,<sup>88</sup> pois, como observa Stratenwerth, citado por Zaffaroni, no caso de um fabricante de automóveis com falhas que ponham em perigo a segurança do tráfego, pouco importa que a probabilidade seja de dois por cento ou de cinquenta por cento, já que, de qualquer modo, sua conduta precedente o obriga, como garante a corrigir tais defeitos.<sup>89</sup> Nem é de se exigir a previsibilidade do perigo no momento em que se realiza a conduta, como sustentamos anteriormente,<sup>90</sup> porquanto o dever de evitar o dano apresenta-se no momento em que o autor toma conhecimento do risco decorrente de seu comportamento anterior (ex.: ao fechar a loja, o comerciante cuidadoso não percebe que, em seu interior, escondeu-se uma criança, a quem está obrigado a soltar, apesar de imprevisível a involuntária retenção, tão logo tome ciência do sucedido).

50. Talvez a fórmula legislativa do Anteprojeto não seja a mais perfeita, constituindo-se em simples indicação genérica orientadora ou em "mera frase programática".<sup>91</sup> Forçoso, entretanto, é convir que atende melhor às exigências de segurança do direito realizar tais indicações na lei, do que deixá-las ao livre curso da doutrina, sem qualquer poder vinculatório ao juiz.

51. A idéia central, implícita nas três modalidades do dever de evitar o resultado previstas no Anteprojeto, é a de que a proteção de bem jurídico em perigo depende de uma prestação positiva por determinada pessoa e de que os ameaçados confiam na intervenção ativa da mesma. Tal idéia permite a aplicação daqueles pressupostos à quase todos os delitos de resultado. Excetuem-se apenas os crimes

<sup>87</sup> *Idem*.

<sup>88</sup> H. Jescheck, ob. cit., § 59, IV; H. Weizel, ob. cit., § 28.

<sup>89</sup> E. R. Zaffaroni, ob. cit., p. 380.

<sup>90</sup> Alcides Munhoz Netto, *O crime*, loc. cit., p. 120; *O Título II do Anteprojeto*, loc. cit., p. 27. No mesmo sentido, Enrique Bacigalupo, *Lineamentos de la Teoría del delito*, Buenos Aires, 1978, p. 159; João Bernardino Gonzaga, ob. cit., p. 211; O Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro decidiu que, no atropelamento sem culpa, o motorista só responde por omissão de socorro (*Adcoas*, n.º 50.786).

<sup>91</sup> E. R. Zaffaroni, ob. cit., p. 376.

em que a produção do resultado por si só não é típica, pois deve decorrer de determinada forma de execução (ex.: estelionato). Excetuem-se, ainda, os delitos que requerem certa maneira de vida (ex.: rufianismo), ou que são de mão própria (ex.: bigamia), posto que nestes só pode ser autor quem viva da forma incriminada ou cometa o fato pessoalmente.<sup>92</sup>

A quase totalidade dos crimes comissivos de resultado comporta, portanto, cometimento por omissão. Consoante Zaffaroni, pode-se, até, conceber um estupro ou um furto por omissão: estupro, no caso do médico encarregado da guarda de um manicômio de alienadas que, enquanto toma banho de sol despido, deixa que uma doente pratique com ele o coito, sem fazer nenhum movimento; furto, na hipótese do encarregado de vigiar a correia transportadora de jóias de uma fábrica, que deixa o seu trabalho, levando, conscientemente, jóia, por acidente caída e enroscada em suas calças.<sup>93</sup>

A possibilidade de imaginar-se formas omissivas em quase todos os crimes de comissão, não corresponde qualquer necessidade social de punir sempre as infrações ao dever de evitar o resultado, porque, em muitos casos será de menor importância o bem jurídico ofendido. A jurisprudência e a doutrina, cada vez que se referem aos delitos impróprios de omissão, têm em mente bens jurídicos de considerável valor, como a vida e a integridade física. Quanto aos demais, é raro apelar-se à mesma construção, sempre que seja possível enquadrar-se a conduta em outra tipicidade.<sup>94</sup>

Em termos de segurança jurídica, muito se lucraria limitando-se, legislativamente, a punibilidade das omissões impróprias, mediante a introdução, na Parte Geral, dos códigos penais, de cláusula de que a omissão imprópria só será punida em casos expressos e, mediante ainda a cominação, na Parte Especial, de pena destinada à hipótese de ser o crime comissivo praticado por omissão. Trata-se de adotar para as infrações omissivas impróprias, critério análogo ao preconizado para os delitos culposos. Com efeito, da mesma forma que, a respeito dos crimes culposos, a tendência é de estabelecer um número determinado ou fechado de tipos, eliminando-se, assim, a antiga figura do *crimen culpaee* e a idéia da culpa jurídica, também em relação aos crimes omissivos impróprios será possível, como reconhece Zaffaroni, fechar o catálogo dos respectivos tipos, através de previsões na Parte Especial, particularmente quanto às condutas que afetam a vida e a integridade física. Impedir-se-á, desta forma, que a não tipificação minudente das omissões impróprias que esgotem os exemplos doutrinários e jurisprudenciais, concorra para a quebra do princípio da legalidade. Se acaso restar algum vazio de punibilidade importante, ali estará o legislador para remediá-lo. Não é tolerável que, para prevenir tal eventualidade, os limites da proibição penalmente

<sup>92</sup> H. Jescheck, ob. cit., § 58, VI, e Heleno C. Fragoso.

<sup>93</sup> E. R. Zaffaroni, com. cit.

<sup>94</sup> *Idem*.

relevante fiquem confiados a valorações subjetivas altamente variáveis.<sup>95</sup>

#### V — O dolo e a culpa nos crimes omissivos impróprios

52. Assinala Assis Toledo que os crimes omissivos impróprios são crimes de resultado, nos quais a omissão constitui meio para a obtenção do resultado perseguido.<sup>96</sup> A conceituação não é das mais felizes porque limita o tipo subjetivo ao dolo direto, com exclusão do dolo eventual e da culpa em sentido estrito.

Ora, os crimes omissivos impróprios podem ser informados por qualquer destas modalidades subjetivas. Tanto comete crime omissivo por omissão o garantidor que se abstém de evitar o resultado por desejar a sua superveniência, quanto o que, embora não o querendo, aquiesce em seu advento, ou o que, simplesmente, omite deveres de cuidado, conhecendo ou podendo conhecer o resultado que lhe cumpria evitar.<sup>97</sup>

53. Como nos delitos omissivos próprios (*supra* n.º 19), o dolo na omissão imprópria requer a representação da possibilidade e da necessidade de agir, isto é, a consciência da situação perigosa para o bem jurídico, a consciência do poder de fato quanto à ação omitida,<sup>98</sup> e a consciência da possibilidade física real de levar a efeito a ação ordenada (*supra*, n.º 21). A estes elementos intelectivos, entretanto, têm de ser acrescidas a representação da probabilidade de evitar o resultado típico e a representação de encontrar-se o autor em posição de garante.

Será erro de tipo o que incidir sobre qualquer destes componentes psicológicos, com o efeito de excluir o dolo, deixando ou não subsistente a culpa, conforme seja invencível ou vencível o erro. Não há que confundir o erro sobre a posição de garantidor com o erro sobre o dever jurídico de evitar o resultado: no primeiro, o omitente desconhece que se encontra revestido da condição que o faz responsável pela preservação do bem jurídico alheio (exs.: ignora que é pai; que foi nomeado para cargo público; que assumiu as funções de guarda-vidas ou de ama-seca; que executou ação anterior perigosa),<sup>99</sup> no segundo (erro de mandamento), embora não desconhecendo a sua real posição, supõe que a ordem jurídica o dispensa do dever de evitar o resultado (ex.: a enfermeira julga-se exonerada de administrar medicamentos ao doente porque deveria ter sido substituída

<sup>95</sup> *Idem*.

<sup>96</sup> Francisco de Assis Toledo, *Princípios de Direito Penal*, São Paulo, 1982, p. 195.

<sup>97</sup> Héleno Cláudio Fragoso, *ob. cit.*, p. 225.

<sup>98</sup> Dissentem da necessidade da consciência do poder de fato, H. Welzel e Zaifaroni, afirmando este que, pelo óbvio de querer o resultado, o omitente pode nem sequer imaginar a possibilidade de evitá-lo, *ob. cit.*, p. 386. Pondera-se, entretanto, que, se o omitente julga impossível evitar o resultado desejado, incide em erro de tipo, excludente do dolo.

<sup>99</sup> H. Welzel, *ob. cit.*, § 28, B.

ao fim de seu turno de trabalho). Como já assinalamos, este último é modalidade de erro de proibição e como tal deve ser tratado (*supra*, n.º 26).

54. Quanto ao elemento volitivo, ao dolo não basta a vontade de omitir-se com consciência da probabilidade do resultado. É preciso que o omitente deseje a sua superveniência (dolo direto) ou conforme-se com ela, isto é, consinta no advento do resultado típico (dolo eventual). A necessidade da vontade ou da aquiescência decorre dos termos do art. 15 do Código Penal, que considera crime doloso “quando o agente quis o resultado ou assumiu o risco de produzi-lo”, o que, adaptado à estrutura dos crimes omissivos impróprios, significa que há dolo quando o omitente quer que o resultado se produza ou assume o risco de seu advento. Se o omitente confia na não superveniência do resultado, por, *v.g.*, supor que, no último momento, a série causal será interrompida por outrem, ocorrerá tão-só culpa consciente.

55. Sempre que o correspondente tipo de comissão admitta a forma culposa, os delitos de omissão imprópria podem ser cometidos com culpa.<sup>100</sup>

A infração aos deveres de cuidado assemelha-se à que caracteriza os delitos omissivos próprios culposos (*supra*, n.º 24). A culpa pode decorrer ainda de várias formas de imprevisão referentes: a) à iminência da produção do resultado típico (ex.: a mãe deixa sem cuidados o recém-nascido sem pensar que isto pode lhe produzir danos à saúde); b) à posição de garante (ex.: a professora vê meninos brincando perigosamente, um dos quais sofreria acidente mortal, mas levemente não se dá conta que são seus próprios alunos, aos quais deve proibir a brincadeira);<sup>101</sup> c) à planificação ou execução da ação para impedir o resultado (ex.: o guarda-vidas lança a bóia muito longe e não se apercebe que ele próprio deveria atirar-se à água para intervir eficazmente); d) à avaliação da situação típica (ex.: o guarda-vidas desatento não ouve os gritos de socorro, ou ouvindo-os, não crê na produção do resultado, por supor que a pessoa está em águas rasas, das quais pode se safar facilmente).<sup>102</sup>

56. A culpa nos crimes omissivos por omissão também pode decorrer do esquecimento (ex.: o guarda ferroviário esquece de acionar os binários para dar passagem livre a comboio, vindo este a colidir com outro). Consoante Nelson Hungria, há no esquecimento falta de devida atenção que é governada pela vontade: “não lhe faltou a possibilidade de estar atento e não ignorava que sua desatenção poderia ocasionar o desastre; de modo que sua desatenção resultou em não ter querido estar atento.”<sup>103</sup>

<sup>100</sup> H. Jescheck, *ob. cit.*, § 59, VII.

<sup>101</sup> *Idem*.

<sup>102</sup> Hans Welzel, *ob. cit.*, § 28, VI, B.

<sup>103</sup> Nelson Hungria, *ob. cit.*, vol. I, p. 365.

Este não ter querido estar atento equivale a não querer a atividade final socialmente desejada, de sorte que não é necessário recorrer à teoria do *aliud agere* para solucionar o problema dos delitos de esquecimento.<sup>104</sup> É indiferente que o sujeito que olvida pratique ação distinta (ex.: sair a passeio) ou permaneça completamente inerte (ex.: a contemplar as estrelas): em qualquer dos casos há "o não fazer a ação possível subordinada ao poder final de fato de uma pessoa concreta".<sup>105</sup>

#### VI — A culpabilidade nos crimes omissivos impróprios

57. O juízo de censura pessoal, que incide sobre o autor de um delito omissivo impróprio, é, geralmente, menor do que a reprovação sobre o autor do correspondente crime comissivo. Isto porque o proferir o resultado através de um comportamento ativo requer maior energia e resolução do que contemplar passivamente o curso de um acontecimento que conduz a um resultado típico, ainda que contrariando o dever de evitá-lo.<sup>106</sup> Excetuam-se os casos em que há uma relação particularmente íntima entre o garantidor e o lesado (ex.: mãe e filho menor),<sup>107</sup> circunstância capaz de aumentar a censura.

Este genérico menor grau de reprovação sobre o autor do crime omissivo próprio (em cotejo com o autor do correspondente crime comissivo) deve-se refletir na medida da pena. Nossa legislação, embora não preveja especificamente uma atenuante facultativa para a espécie,<sup>108</sup> comporta tal solução. É que entre as atenuantes genéricas inscreve-se a de ter sido de somenos importância a cooperação do autor no crime (art. 48, II). Tendo-se em vista que o resultado nos crimes omissivos puros é produzido pelas forças que o desencadeiam, limitando-se o omitente a não impedir o seu livre curso, cremos que este dispositivo pode ser analogicamente aplicado, não obstante originariamente dirigido a disciplinar hipóteses de participação.<sup>109</sup>

58. Também nos delitos de omissão imprópria, a potencial consciência do injusto relaciona-se ao mandamento jurídico de executar determinada ação (*supra*, n.º 40). Só que tal dever não mais decorre de norma incriminadora especificamente destinada a comportamentos omissivos; decorre, sim, da conjugação da norma que proíbe o re-

<sup>104</sup> Utiliza o critério do *aliud facere*, E. Zaffaroni, ob. cit., p. 391.

<sup>105</sup> H. Welzel, ob. cit., § 26, I.

<sup>106</sup> H. Jescheck, ob. cit., § 58, V. Para Zaffaroni, a atenuação decorre também da menor intensidade do injusto (com. cit.).

<sup>107</sup> H. Welzel, ob. cit., § 28, VI.

<sup>108</sup> A facultativa atenuação figura no Cód. Penal da Alemanha, § 13, II, e no projeto de Código Penal Italiano de 1949, art. 20.

<sup>109</sup> Solução semelhante adotou H. Welzel em vista do C. Penal Alemão, antes da reforma de 69/70. Reconheceu a facultativa atenuação por aplicação analógica dos §§ 49 e 44, notando que diferentemente dos delitos de comissão nos quais se distingue, de acordo com o domínio final do fato, entre autoria e participação, não existe nos delitos omissivos impróprios uma separação correspondente, posto que as omissões são caracterizadas conceitualmente pela existência de um poder final potencial de fato, ob. cit., § 28, VI.

sultado com a norma que obriga a intervir mediante um fazer positivo para proteger o bem jurídico em perigo. Conseqüência disto é que o erro do omitente tanto pode incidir sobre a norma proibitiva jurídico-penal, como sobre o dever de garantir.<sup>110</sup> Ambos serão erro de proibição (ou de mandamento) (*supra*, n.º 26).

59. Para o garantidor, a exclusão da culpabilidade, por ser-lhe inexistente o comportamento adequado à norma, pode se apresentar em hipóteses de estado de necessidade exculpante (ex.: em incêndio provocado pelo autor, omite ele a salvação de estranho para salvar parente próximo), bem como nos casos de conflitos de deveres (*supra*, n.º 27).

#### VII — A tentativa e a desistência nos delitos de omissão imprópria

60. Delitos de resultado, os omissivos próprios sempre compoem a tentativa. Neles o não fazer não importa necessariamente em consumação (*supra*, n.º 28). Entre a omissão e o *summatum opus*, pode surgir circunstância imprevisível que impeça o advento do resultado (ex.: a inesperada atuação de terceiro impede a morte do filho, não aleitado pela mãe).

O limite mínimo de tentativa punível não pode, entretanto, ser fixado pelo começo de execução a que alude o Código Penal (art. 12, II). No comportamento omissivo não há nada comparável ao início da comissão ativa. Deve-se recorrer, portanto, ao critério da exposição do bem tutelado a perigo. A tentativa começa no momento em que a demora da ação salvadora faz surgir ou aumenta o perigo imediato.<sup>111</sup>

61. Também a desistência voluntária é possível, mediante uma atividade positiva. Pelos resultados menos graves não impedidos por esta atividade responde o omitente (ex.: retrocedendo no propósito de matar de inanição o filho recém-nascido, a mãe volta a alimentá-lo e, assim, impede-lhe a morte, mas não o já verificado dano à saúde, pelo qual deve responder). Everardo da Cunha Luna prefere classificar a atividade positiva que sucede à inação como arrependimento eficaz. Diz que a situação do que age para impedir o resultado equivale à do envenenador que depois ministra antídoto à vítima.<sup>112</sup> A conseqüência é a mesma em face do direito brasileiro que equipara o arrependimento eficaz à desistência voluntária (CP, art. 13). Não há negar, porém, o rigor científico da última colocação.

<sup>110</sup> H. Jescheck, ob. cit., § 60, I.

<sup>111</sup> H. Jescheck, ob. cit., § 60, II, e Heleno C. Fragoso, ob. cit., n.º 228.

<sup>112</sup> E. C. Luna, com. cit.



## PANORAMA ATUAL DA PROBLEMATICA DA OMISSÃO \*

Eugenio Raúl Zaffaroni

### I — Delimitação

Entendo que não é tarefa deste seminário expor por completo os conhecimentos atuais acerca da omissão, devendo-nos limitar ao exame de seus principais núcleos problemáticos, o que se deduz do alto nível técnico de seus participantes e do enfoque que supponho adequado para seu tratamento por ocasião do próximo congresso da Associação Internacional de Direito Penal.

Creio que na atualidade é impossível tratar qualquer problema dogmático-jurídico prescindindo de sua perspectiva político-criminológica, mas também é certo que não se pode analisar nenhuma questão político-criminológica sem pensar nas formas de instrumentar as soluções de modo técnico-legislativo adequado, que vede qualquer tortuoso caminho interpretativo. No caso concreto da omissão, o que nos salta aos olhos em primeiríssimo lugar é um problema político-criminológico, ou, melhor dizendo, uma complexidade de problemas desta natureza.

a) *De lege lata*, a principal dificuldade parece ser a admissão dos chamados delitos impróprios de omissão nos casos em que não há tipos escritos. As afirmações de que estes se constroem "esgotando o conteúdo proibitivo do tipo escrito ativo", ou que operam como "falsete" deste, não podem ocultar o sério detrimento que sofre a garantia de legalidade. Corresponde aqui analisar as soluções dogmáticas atuais e estabelecer se as mesmas são idôneas para custodiar suficientemente a legalidade ou, dizendo-se de outro modo, para proporcionar certeza jurídica acerca do âmbito do proibido.

b) *De lege ferenda* (e também desde um ponto de vista crítico a respeito da legislação positiva), faz-se a cada dia mais necessário estabelecer, relativamente aos delitos próprios como aos impróprios de omissão, até que ponto pode o Estado impor deveres cuja violação constitua delito, pois o uso indiscriminado da tipicidade omissiva pode redundar em um autoritarismo penal muito restritivo do âmbito ou espaço de liberdade das pessoas e em abertas violações dos direitos fundamentais do homem.

Segundo este enfoque, ao qual nos limitamos, vamos separar as duas ordens de dificuldades.

### II — Os delitos impróprios de omissão não escritos

a) *A tradição jurídica anglo-saxônica*. Começaremos enfrentando o problema nos termos em que se desenvolve na tradição jurídica anglo-saxônica, porque acreditamos que nesta matéria, dada a maior simplicidade de seus princípios, permite ver também com maior clareza as dificuldades.

Há muito tempo os autores admitem que os delitos podem consistir em ações ou omissões. Assim, Blackstone ensaiava a definição formal, tantas vezes repetida nos códigos de tradição continental e especialmente nos tributários do espanhol, segundo a qual "um crime ou delito consiste em cometer ou omitir, em violação a uma lei pública, uma ação que esta lei proíbe ou ordena". Bentham, fundado na regra da "beneficência", considerava que se poderia erigir em delito a violação do dever de salvar uma pessoa em perigo, quando disto não pudesse derivar nenhum prejuízo para o salvador. Até aqui permanecemos no terreno do que a doutrina continental chama "delito próprio de omissão", mas Livingstone, em seu último projeto, foi quem localizou o problema do delito impróprio, ao exagerar a tese de Bentham, convertendo em homicídio a ação daquele que omite salvar a vida de uma pessoa quando pode fazê-lo sem perigo pessoal e sem perda pecuniária.

Tal era o estado da doutrina quando Macaulay, em suas *Notes on the Indian Penal Code*, colocou em dúvida estes critérios, exercendo ampla influência sobre o curso posterior da jurisprudência. A tese de Macaulay se assenta em que a omissão criminal só é possível quando constitui a violação de um dever legal, mas não quando se trata de um mero dever moral. Todavia, a jurisprudência, em seu curso posterior até a atualidade, duvidou muito acerca do dever moral como fundamento suficiente de uma omissão penal, sendo ele aceito na Inglaterra para os deveres derivados das relações de família (que nos Estados Unidos foram considerados deveres legais), chegando-se a assinalar em certo momento que nem mesmo qualquer dever legal poderia fundar uma omissão criminal. Alguns autores mais contemporâneos negaram importância à distinção entre dever moral e legal, assinalando que o determinante era a natureza da relação entre as partes, como pode ser a de uma criança com seu pai e a da mesma criança com um estranho.

Em definitivo, a doutrina anglo-saxônica chegou à conclusão de que a intensidade do vínculo gerador do dever e, conseqüentemente, a magnitude deste mesmo dever, é o que determina a idoneidade deste dever para fundar uma responsabilidade penal por via de omissão.

No entanto, disto resultou muito pouco: ficam de pé as perguntas de Macaulay e de outros autores posteriores. Até que ponto se pode exigir o esforço de um terceiro? O que se quer dizer com a natureza da relação entre as partes? Pode-se argumentar sobre a base do

dever ético, recolocando a moral no lugar dos costumes ou "as atitudes públicas devidas às respectivas partes" (como propõe J. Hall)? Em conclusão, conforme a esta doutrina resultaria que há deveres de certa intensidade cuja violação pode erigir-se em delito, seja porque derivem de normas de convivência muito elementares ou porque sua violação seja equiparável à comissão ou causação do resultado. Todavia, não proporciona nenhuma pauta certa para nos assinalar com eficácia os limites da magnitude do dever cuja inobservância pode erigir-se em delito por omissão.<sup>1</sup>

b) *A doutrina alemã.* Em nossa tradição jurídica é a doutrina alemã a que maior influência exerce na área latino-americana, pelo que nos ocuparemos de esboçar o estado atual da mesma a respeito deste problema.

Nos últimos anos firmaram-se duas tendências principais a respeito da ação ou conduta humana no delito: (a) uma que considera que a ação é totalmente independente da tipificação, e que, então, é o gênero da espécie "delito"; e (b) outra que considera que a única ação que interessa ao direito penal é a típica, e, então, o conceito de ação dependeria sempre do tipo, isto é, da medida de seus requisitos.

A primeira é a de Welzel — hoje em minoria na Alemanha, apesar de aceitar-se quase com unanimidade a estrutura do tipo por ele proposta —, ao passo que a segunda, que talvez possa remontar-se a Feuerbach, foi modernamente exposta por Hellmuth von Weber, podendo-se considerar quase todas as exposições mais recentes como variáveis daquela. Ainda que não queiramos insistir em terminologias discutíveis, como o qualificativo de "realista" para a primeira e de "idealista" para a segunda, nos parece inquestionável a vocação idealista do pensamento alemão e a conseqüente filiação da segunda posição, ao menos em termos de teoria do conhecimento.

Seja como for, já não se pretende que a omissão seja uma forma pré-típica de conduta ou ato, senão que, em geral, considera-se que é um problema de tipicidade penal. E neste plano em que se situa atualmente o problema: (a) para os seguidores do conceito pré-típico e ontológico de ação, a omissão é uma estrutura típica que proíbe ações distintas da devida, que é a descrita pelo tipo (*o agere aliud*); (b) para os partidários da ação realizadora do tipo, é uma forma de ação que realiza o tipo nos casos de estruturas típicas omissivas.

De qualquer maneira, as duas posições debatem-se com idênticas dificuldades: como se resolve o problema quando não há tipo escrito? A doutrina mais generalizada, qualquer que seja a posição a respeito da ação, nos diz que há casos em que aparece um tipo omis-

<sup>1</sup> Sobre a doutrina anglo-saxônica, em particular: Blackstone, *W., Commentaries sur les lois anglaises*, Paris, 1823, T. V., p. 196-7; Hall, Jerome, *The General Principles of Criminal Law*, Nova York, 1960, p. 210; Basstoun, Cherif, *Substantive-Criminal Law*, Illinois, 1978, p. 197; Paulsen-Kadish, *Criminal Law and its Processes*, Boston, 1962, p. 223.

sivo não escrito que se desprende do tipo escrito, posto que não faça mais que "esgotar" o conteúdo de proibição do mesmo, porque em tais circunstâncias não interromper o nexo causal equivale a causar o resultado. Esta equivalência não pode derivar-se de outra fonte que do dever de interromper o nexo causal, e este dever não pode surgir de outro modo que de uma especial vinculação do autor com o bem jurídico, que é dado chamar-se "posição de garantidor" (*Garantenstellung*).

Tem-se caracterizado a posição de garantidor por suas fontes, assinalando-se tradicionalmente como tais a lei, o contrato e a conduta precedente do sujeito. Também se tem caracterizado por seu conteúdo (pelo dever que dela se deriva) como um dever de defesa de certos bens jurídicos ou como um dever de vigilância de certa fonte de perigo. Apesar de ter-se chamado as primeiras de "fontes formais" e as segundas de "materiais", o certo é que nem uma nem outra caracterização é suficiente para afastar as dúvidas a respeito de seus limites, posto que não se trata de uma questão que possa ser resolvida com base nas fontes ou na direção dos deveres que dela emergem. Com efeito: seja o dever de interromper o curso causal *proveniente* da lei, do contrato ou da conduta precedente do sujeito, seja ele *consistente* em defender certos bens jurídicos ou em custodiar certas fontes de perigo, o certo é que não será qualquer violação de um dever desta natureza o que se poderá equiparar sem mais à violação da proibição de causar um resultado. Daí a necessidade de apelar a outro requisito, recolhido nas fórmulas legais, como o do código alemão de 1975, que é o da *equivocância* ou *corresponsabilidade*: "e se a omissão corresponde à realização do tipo legal mediante um fazer" (§ 13 StGB 1975). Na segunda oração do mesmo parágrafo estabelece-se a possibilidade de atenuação, que cabe interpretar como existente em casos em que a correspondência não seja totalmente equivalente.

Em rigor, a verdade — em que pese a elaboração muito mais fina dos conceitos por parte da dogmática alemã — é que se enfrenta os mesmos problemas da doutrina anglo-saxônica, e *tampouco chega-se a uma solução satisfatória*. Os autores alemães reconhecem que o § 13 do código é uma "expressão programática" (Stratenwerth, 272) e que não é praticável outra solução no atual estado da ciência (Jeschek, 495).

A atenuação facultativa que é prevista no segundo período do citado parágrafo do StGB obedece, segundo a doutrina, a que na omissão sói haver uma menor culpabilidade que no delito ativo. Apesar de isto não ser discutível, cremos que com esta afirmação estar-se-á admitindo de alguma maneira que, no fundo, trata-se de casos de criação judicial do direito (Roxin, 19). A nosso juízo, fica claro que se admite a criação judicial de tipos aos quais costuma corresponder uma menor culpabilidade, mas, a que está relacionada esta menor culpabilidade? Parece-nos que não é um simples problema de culpabilidade, senão que a menor culpabilidade eventual é resul-

tado de um menor injusto, e, por conseguinte, mediante a fórmula de atenuação facultativa, está-se encobrindo ou dissimulando a construção judicial de tipos de menor entidade que, definitivamente, não correspondem sempre ao tipo ativo descrito.

c) *Valoração da situação atual a respeito dos tipos omissivos impróprios não escritos.*

Nos códigos penais ordinários há uns poucos tipos de omissão próprios e um número maior de tipos impróprios de omissão escritos. Não obstante, em certos casos, apesar de não haver tipo impróprio escrito, é necessário e até óbvio que não pode ser atípica a violação do dever de evitar o resultado, mesmo que muitas vezes esta omissão não tenha uma exata equivalência com o seu conteúdo de injusto e culpabilidade, como a que corresponde ao delito ativo cujo tipo se tenha escrito. Por isso, seja por via legislativa ou jurisprudencial, lança-se mão de uma fórmula programática, que exige que o dever seja imposto pela lei, pelo contrato ou em função da conduta preceiente do sujeito; que consista na defesa do bem jurídico ou na custódia de uma fonte de que derivem perigos para o mesmo; e que a violação de dito dever tenha uma gravidade de intensidade aproximada à da causação do resultado, caso em que o juiz deve construir o tipo omissivo impróprio não escrito. Todavia, a consequência desta construção é a mesma, tanto na doutrina alemã quanto na anglo-saxônica: quando haverá um vínculo jurídico de tal natureza? Quando o dever tem semelhante entidade? *Há aqui um limite que fica a critério do juiz e que, a nosso juízo, lesiona seriamente a segurança jurídica.*

Argumenta-se que o juiz tem como guia os tipos omissivos impróprios escritos, mas isto nada mais é do que a expressão confissão de que estamos nos aproximando de uma construção analógica. Em verdade, *com isto todo o sistema de tipos legais se põe em perigo, e, consequentemente, liquida-se com a garantia da legalidade.* Basta para isto que nos perguntemos se constituiria um delito, conforme o art. 41 da lei de segurança brasileira ou o art. 230, bis, do código argentino, como ultraje a um símbolo nacional, a conduta de não ficar de pé ou deixar de tirar o chapéu quando a um grupo de pessoas ocorre cantar o hino nacional em um restaurante. Não perguntamos se tal conduta pode ou não tipificar-se legalmente, mas se, de acordo com a lei positiva e vigente, é delito. As contradições das respostas e opiniões confirmarão nossa afirmação no sentido de que o princípio da legalidade se encontra em sério perigo pela via dos delitos impróprios de omissão não escritos.

Argumenta-se que o requisito de que se trata de um dever jurídico, e não de um dever moral ou ético, proporciona maior segurança jurídica, apesar de alguns autores anglo-saxônicos serem mais sinceros, e, em consequência, não tão conclusivos a este propósito. É verdade que hoje aceita-se pacificamente que não é possível erigir em delitos omissivos equivalentes aos ativos as omissões de certos

deveres éticos de solidariedade social; não seria aceitável a equiparação da omissão de socorro ao homicídio, como fazia Livingstone. Neste sentido, fica claro que não se admite a equiparação da omissão à ação quando estão em jogo meros deveres morais ou éticos de solidariedade social, mas o certo é que com isto não se descarta o papel do dever ético, porque se segue admitindo a conduta precedente do sujeito como fonte da posição de garantidor e, então, fica aberto o caminho para tal classe de deveres. Embora seja duvidoso no caso que apresentava o grande Tobias Barreto, do caçador que fere acidentalmente alguém e, reconhecendo depois tratar-se de um inimigo, omite prestar-lhe socorro para que morra, não há dúvida de que a afirmação genérica de que está em posição de garantidor aquele que com sua conduta convence alguém a enfrentar um risco ou lhe assegura que afastará o perigo, não é mais do que a consagração de uma norma ética como fonte da posição de garantidor. Para prová-lo basta a comprovação de que a regra geral tem inquestionável valor quando o bem jurídico é a vida ou a integridade física, mas não se lhe pode reconhecer o mesmo valor quando se trata do patrimônio, caso em que sua eficácia deve ser mais limitada.

Em síntese, podemos dizer que o panorama atual apresenta as seguintes características: (a) Há violações a deveres de solidariedade social ou que incumbem a qualquer pessoa, que dão lugar aos delitos próprios da omissão, legalmente tipificados, e que não têm equivalência com nenhum tipo ativo. (b) Há violações a deveres especiais de diferente entidade, que dão lugar aos delitos de omissão impróprios, legalmente tipificados, que têm como equivalente aproximado um tipo ativo e que, dada a especialidade do dever, pressupõem um vínculo que delimita o círculo de autores (*delicta propria*), mas que em razão da espécie de dever podem ser de menor gravidade que os delitos ativos correspondentes. (c) Há violações a deveres especiais de entidade diferente, que dão lugar a que o juiz construa o tipo de omissão impróprio, que não se encontram legalmente tipificados, partindo do tipo ativo que teria como equivalente aproximado se estivesse escrito, e com características análogas às dos tipos impróprios de omissão escritos. Esta terceira categoria é a que põe em sério perigo o princípio da legalidade, porque a valoração da espécie do dever é subjetiva, e porque nem mesmo os deveres éticos se encontram aqui descartados. (d) *É inevitável a existência de tipos omissivos impróprios não escritos?* Admite-se que todos os tipos culpados são abertos e que a natureza das coisas impede uma solução diferente, apesar de isto poder constituir um detrimento para a legalidade. O mesmo critério pretende aplicar-se à argumentação a respeito dos tipos omissivos impróprios. Afirma-se que não é possível esgotar em tipos legais todos os casos de omissão imprópria, não por tratar-se de um defeito legal, mas por uma limitação que, como na culpa, obedece à natureza das coisas. Se isto é assim, não resta outra solução senão suportar esta terrível ameaça à legalidade, e tratar de estremar os esforços para aperfeiçoar fórmulas genéricas,

de forma a proporcionar algum conteúdo material mais certo que os atuais.

Não obstante, duvidamos que seja esta a situação. Já faz tempo que Busch e outros autores expressaram que a solução devia ser procurada através da parte especial e, faz poucos anos, Schönke desenvolveu mais amplamente este ponto de vista, concluindo — a nosso juízo, com acerto — que “afirma-se a impossibilidade de fazer isto como resultado do afã de lograr uma legislação sem lacunas; todavia, corresponde a uma defeituosa determinação da tarefa”. Esta tese parece ser recentemente compartilhada por Bustos e Valenzuela (p. 168).

Se observarmos o critério que tende a primar legislativamente a respeito da culpa, veremos que há uma tendência a estabelecer um número determinado ou fechado de tipos culposos, e a eliminar a antiga figura do *crimen culpae* ou a não trilhar o caminho da “culpa jurídica”. Deste modo, há muitas condutas culposas que não se erigem em delito, apesar de ser concebível uma variável culposa a respeito de cada tipo doloso, particularmente através do erro inexcusável (e da *actio libera in causa*, para os que admitem esta teoria). Não obstante, fica claro que é preferido hoje este critério de tipificação especial dos casos de culpa, ao invés de lesionar a segurança jurídica com uma possível punição culposa de qualquer resultado típico. Não cabe dúvida, tampouco, de que este critério deixa vazios de punibilidade, mas não há quem se escandalize com a atipicidade do “furto culposo” ou do “estupro culposo”.

Não devemos esquecer que na culpa também há uma violação a um dever, e, mais ainda, que na culpa sempre há um certo momento omissivo, o que algumas vezes levou a confusões entre as duas estruturas. Pois bem, se no campo da omissão se pretende que todo descumprimento de um dever de certa hierarquia pode dar lugar a uma tipicidade omissiva, e se procura fazê-lo de forma tal que não fique nenhum vazio de punibilidade, o certo é que as frases programáticas de fórmulas como o § 13 do *StGB*, ou da jurisprudência que recolhe estas formulações doutrinárias, ainda que não se achem na lei, vêm a cumprir a função das velhas fórmulas do *crimen culpae* no âmbito da culpa.

É verdade que até seria possível conceber um estupro por omissão (o médico encarregado da guarda de um manicômio de alienadas que, enquanto toma sol sem roupas, deixa que uma enferma com ele pratique o coito sem que o mesmo faça nenhum movimento); ou, ainda, um furto por omissão (o encarregado de vigiar a estreira transportadora de jóias em uma fábrica que vê uma delas cair e ficar acidentalmente presa em sua calça, deixando-a ali e saindo normalmente de seu trabalho). Mas, valerá a pena fazer estes esforços de imaginação? Não será preferível considerar o primeiro caso como uma violação de deveres por parte de quem tem a custódia de incapazes, e tipificá-lo deste modo? Não seria melhor considerar o segundo caso como uma defraudação especial? Não significa um excesso de sofisticação falar de “estupro” ou “furto” omissivos?

Em definitivo, a doutrina e a jurisprudência, cada vez que se referem aos delitos impróprios de omissão não escritos, o fazem relativamente a bens jurídicos muito importantes — quase sempre a vida e a integridade física — e, quanto aos restantes, raras vezes apela a esta construção, contestando-a cada vez que seja possível enquadrar a conduta em outra tipicidade.

Não cremos que seja possível estudar a possibilidade de fechar o catálogo de tipos impróprios de omissão na mesma lei, particularmente a respeito de condutas que afetam a vida e a integridade física das pessoas. Bastaria para isto um estudo minucioso da jurisprudência e um pouco de imaginação. Tampouco cremos que os bens jurídicos sofram menoscabo algum em sua proteção penal se os doutrinadores perdermos a oportunidade de jogar com hipóteses tão estranhas como a do adultério por omissão, se a mulher casada não opõe resistência alguma ao sátiro que a queria violar.

Em contrapartida, acreditamos que ganharia muitíssimo a segurança jurídica. Pensemos, por exemplo, que é bastante comum e até generalizada a afirmação de que negar um cumprimento pode constituir uma injúria cometida omissivamente e, em consequência, não seria difícil sustentar que há uma conduta típica do art. 33 da Lei de Segurança Nacional brasileira se um sujeito não responde ao cumprimento do Governador do Estado.

Em síntese, estimamos que a questão deve ser estudada muito detidamente, para evitar que, por não tipificar legalmente um grupo de condutas que praticamente esgotam os exemplos doutrinários e jurisprudenciais, se coloque em quebra o princípio da legalidade e toda a segurança jurídica. Se eventualmente se deixa algum vazio de punibilidade importante, ali estaria o legislador para remediá-lo, mas não é tolerável que, para prevenir esta eventualidade, os limites da proibição penalmente relevante fiquem liberados a valorações subjetivas altamente duvidosas.

Estimamos que nossa conclusão possui validade universal. Não obstante isso, entendemos que adquire uma importância primordialíssima em nosso meio latino-americano, onde o marcado quadro de deterioração institucional torna mais agudo o perigo de arbitrariedades autoritárias. É desejável que, apesar de não podermos cair na ingenuidade de sonhar que a doutrina dos juristas possa detê-los, ao menos possamos aspirar que não lhes proporcione meios para que as imponham.

Concluimos, pois, a respeito deste primeiro aspecto da problemática mais aguda da política criminológica sobre a omissão, afirmando que: (a) As fórmulas genéricas dos códigos, ou os enunciados doutrinários recolhidos jurisprudencialmente, que fazem suas vezes, por meio das quais se permite a elaboração judicial de tipos impróprios de omissão não escritos, são insatisfatórias, e não garantem suficientemente o princípio da legalidade. (b) Dado que em circunstâncias normais, quer dizer, no marco de um Estado de Direito democrático, os casos em que a jurisprudência e a mesma dou-

trina-acodem a tais construções não são tão numerosos, não é impossível elaborar por escrito tais tipos impróprios de omissão. (c) A política legislativa mais sã deve orientar-se, pois, no sentido de que seja o legislador o único encarregado de estabelecer quando uma estrutura omissiva equivale a uma ativa ou quando deve erigi-la em delito ainda que não exista uma equivalência total.<sup>2</sup>

### III. O Estado de Direito e a tipificação omissiva

Cabe agora perguntar, com a brevidade do caso, até que ponto pode um Estado de Direito tipificar omissivamente condutas sem violar garantias. Talvez não vejamos claramente a razão desta pergunta se não abandonarmos por um momento a discussão meramente jurídica ou analítica para observar o problema na ótica política. Deste ângulo, o direito penal não é mais do que outro meio de controle de conduta. Os tipos penais são indicações através das quais põe-se em funcionamento os dispositivos do sistema penal, que sempre opera de forma seletiva. Com o tipo ativo assinala-se concretamente uma conduta como proibida e somente neste caso é possível colocar em funcionamento o sistema penal. Mas com o tipo omissivo assinala-se uma circunstância na qual é indicada a conduta devida, e, por conseguinte, eleva-se a delito qualquer conduta diferente daquela. Esta realidade social foi rechaçada durante muito tempo na doutrina jurídica, argumentando-se que a tese do *agerere aliud* conduzia à punição de condutas "inofensivas", quando com isto passava por alto que nenhuma conduta, como gênero que é, é inofensiva em si, mas que sempre o é ou não em uma circunstância, o que havia sido muito claramente explicado por Santo Alfonso muitos anos antes. É verdade, pois, que todos os tipos omissivos são tipos circunstanciados, mas não por isto se poderá desconhecer que seu âmbito proibitivo é consideravelmente maior, de acordo com a gama de condutas que abarcam.

Não resta dúvida de que há certos deveres de solidariedade humana que são fundamentais, e cuja violação pode e deve erigir-se em delito, quando com ela se afeta um bem jurídico. Mas daí não pode seguir-se que o Estado possa elevar a seu gosto o nível de exigências fundamentais na solidariedade até limites inadmissíveis, de tal forma que a violação de qualquer dever para com a comunidade passe a ser delito.

<sup>2</sup> A literatura germânica e continental é enorme. Em boa medida pode ver-se citada em nosso *Tratado*, Buenos Aires, 1981, T. III, p. 447-83; uma análise mais detalhada da mesma até sua publicação em Bacigalupo, Enrique, *Delitos improprios de omissão*, Buenos Aires, 1970; uma obra clássica de consulta obrigatória é Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Untertassungsdelikte*, 1959; os livros citados no texto são: Bustos Ramírez Valenzuela, *Derecho Penal Latinoamericano Comparado*, Tomo I, Buenos Aires, 1981; Stratenwerth, Günther, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 1976; Schöne, Wolfgang, *Unterlassene Erfolgsabwendungen und Strafgesetze*, Colônia, 1974; Jeschneck, Hans Heinrich, *Lehrbuch des Strafrechts, Allgemeiner Teil*, Berlin, 1978; Roxin, Claus, *Kriminalpolitik und Strafrechtssystem*, 1973.

Não é possível, dentro destes estreitos limites, encarar em toda sua extensão este aspecto da problemática política da omissão, mas, ao menos, pretendemos enunciar seus principais aspectos, a fim de proporcionar uma idéia de sua magnitude.

Como princípio geral, pode-se afirmar que a violação de certos deveres torna-se mais grave quanto maior seja a necessidade de sua observância, ou seja, quando sua observância é suscetível de causar maior lesão ou perigo para os bens jurídicos. Mas o certo é que isto não passa de um enunciado evidente e de uma regra vazia, porque não podemos ignorar que vivemos uma época em que por qualquer insignificância vislumbra-se necessidade e, em consequência, tende-se a aumentar a importância da violação a qualquer dever e, por conseguinte, a convertê-la em base para um delito omissivo.

O problema afeta todos os âmbitos da liberdade do homem e vincula-se freqüentemente com as objeções de consciência e com os meios de luta não violentos dos movimentos pacifistas e análogos, que no mais das vezes são omissões de certos deveres, como a exortação do Arcebispo de Seattle, no começo de 1982, de não pagar 50% dos impostos, para não contribuir com a corrida armamentista nuclear. Erigir em delitos os meios não violentos é, no fundo, fomentar o uso dos meios violentos, fechando com a violência da pena qualquer alternativa que não seja a obediência à violência.

A obrigação de denunciar os planos ou a comissão de certos delitos, imposta a qualquer pessoa que deles tenha conhecimento, sancionando freqüentemente sua omissão com penas que equivalem à participação, é uma aberração em quase todos os casos. É sabido que os delitos próprios de omissão, por corresponderem a deveres de solidariedade social e não a deveres especiais, têm em geral uma gravidade menor. Se nestes casos de omissão de denúncia, que por ser *delicta commissa* são delitos próprios de omissão, a pena indica um conteúdo de injusto que se acerca do delito ativo, não resta dúvida de que se está desvirtuando a omissão própria e praticamente todas as pessoas estão sendo colocadas em posição de garantidor, a respeito dos bens jurídicos que se quer tutelar, que regularmente é a estrutura de poder do Estado, com o que chegamos a uma situação próxima à que daria lugar o desempenho de uma função pública. Isto não apenas é admissível mas também correto no âmbito do direito militar, em que, devido ao estado militar das pessoas a ele submetidas, do que são derivados deveres muito especiais, não há delitos próprios de omissão militares, mas todos os delitos omissivos militares são impróprios; no direito penal ordinário ou comum, isto é aberrante, porque as pessoas não têm qualquer dever especial de garantir a estrutura do poder estatal.

Não resta dúvida de que pode haver perigo real de *afetação massiva de bens jurídicos*, como as que podem derivar da liberação de energia nuclear, em que estes deveres podem impor-se em hierarquia penal, mas o problema é a já mencionada alucinação de tais perigos, que é a via pela qual o Estado na América Latina, já dete-

riorado — quando não abertamente quebrado como Estado de Direito — avança sobre o espaço social de seus cidadãos.

IV. Em geral, podemos dizer que a omissão é um dos capítulos mais difíceis do ponto de vista político-criminológico e dogmático, em primeiro lugar porque a dogmática, no atual estado de nossas legislações, que omitem a tipificação de alguns delitos impróprios de omissão, remetendo-a aos juizes, não pode proporcionar limites satisfatórios para o adequado emprego destas faculdades, sendo aconselhável sua urgente recuperação pelo legislador. Em segundo lugar, porque a política criminológica que pretenda seguir um caminho compatível com os Direitos Humanos deverá cuidar de impedir os episódios alucinatórios de necessidade por parte do Estado, que a efeitos penais podem levá-lo a considerar como funcionários policiais e garantidores especialmente obrigados de sua estrutura de poder político a qualquer pessoa. Que Deus nos proteja das nebulosas fórmulas de *lege lata* e dos *delírios de lege ferenda!*

## CRIMES OMISSIVOS NO DIREITO BRASILEIRO

Heleno Cláudio Fragoso

### I

1. Escrevendo sobre os crimes omissivos, em 1879, *Tobias Barreto* dizia que a idéia dos delitos omissivos não era comum entre nós, e, como tal, necessitava de abrir caminho através de verdades feitas na academia, como pílulas de botica.<sup>1</sup> Nosso Código Criminal, de 1830, referia-se à omissão quando definia crime, no art. 2.º, § 1.º, mas, em realidade, *Tobias Barreto*, surpreendentemente em dia com a ciência penal de seu tempo, foi quem pela primeira vez tratou da matéria em nosso direito. *Mendes da Cunha* e *Braz Florentino*, juristas acatados daquela época, não tinham idéia dos crimes omissivos por omissão. *Braz Florentino* definia a omissão como *ato negativo*, que consiste em abster-se, omitir ou deixar de fazer, inação, caracterizando os crimes omissivos como *delitos negativos*. Declarava, porém, que os delitos omissivos são muito menos graves que os delitos de ação.<sup>2</sup>

2. *Tobias Barreto* tratou dos crimes omissivos por omissão, partindo da idéia de que o nexa causal entre a omissão e o resultado era irrecusável. Criticando *Feuerbach*, que limitava as fontes do dever de atuar à lei e ao contrato, *Tobias Barreto*, formulava uma série de exemplos, inclusive de culpabilidade e de mandato por omissão, ampliando demasiadamente as bases dos crimes omissivos por omissão, que identificava partindo do nexa causal.<sup>3</sup>

3. *João Vieira de Araújo*, escrevendo sobre o Código Criminal do império, em 1889, definia a omissão como *não-fato*, fato negativo ou inação. Dizia que a teoria dos crimes omissivos não difere da dos omissivos, nem quanto à sua forma, nem quanto ao dolo, dano, etc. Entendia, como *Tobias Barreto*, que há culpabilidade por omissão no

<sup>1</sup> Tobias Barreto, *Delitos por omissão*, no volume *Estudos de Direito*, Edição do Estado de Sergipe, 1926, vol. I, 227.

<sup>2</sup> Braz Florentino Henriques de Souza, *Do delito e do delinqüente*, São Paulo, Saraiva, 1965, 27. A edição original é de 1860.

<sup>3</sup> Tobias Barreto, ob. cit., 234: "É sempre o nexa causal que decide".

caso de quem não previne a outrem que alguém prepara uma bebida para envenená-lo.<sup>4</sup>

4. O CP de 1890 também se referia à omissão como forma de conduta punível (art. 2.º). Nossos autores que comentaram esse código não encontraram qualquer dificuldade no tema. *Costa e Silva* ensinava que omissão é ausência ou falta de um movimento corpóreo, constituindo apenas uma modalidade de ação. Dizia também como uma das condições que concorrem para o evento a causalidade da omissão é igual à das outras condições. Destacava, nos crimes comissivos por omissão, o dever de atuar como condição da responsabilidade criminal, devendo surgir de preceito positivo da ordem jurídica, de convenção expressa e de ato anterior, criador de perigo, dolosa ou culposamente.<sup>5</sup> *Galdino Siqueira* também não encontrou dificuldade no estudo da matéria, a que dedicou apenas algumas linhas. Dizia que temos omissão quando a modificação do mundo exterior não foi impedida voluntariamente e que nos casos que chamava de omissão impropriamente dita, o resultado é produzido pela inação de quem estava juridicamente obrigado a impedi-lo.<sup>6</sup>

5. Nossa antiga doutrina, como se vê, concebia a omissão naturalisticamente, afirmando a sua causalidade real sem discrepâncias. A omissão é definida como mera inação ou como ato negativo, exigindo-se o dever de atuar, de forma bastante ampla e imprecisa, para fundar a responsabilidade nos crimes comissivos por omissão.

## II

6. O CP vigente proclama a causalidade da omissão (art. 11). A maioria dos autores que escreveram em sua vigência pronuncia-se no sentido de uma concepção naturalística. *Nelson Hungria* afirmava que a omissão é voluntária abstenção de movimento corpóreo.<sup>7</sup> *Antônio Bruno* também dizia que a ação compreende a omissão e se define naturalisticamente como comportamento voluntário que produz modificação no mundo exterior. Fala de ação positiva e de ação negativa. Esclarecia, porém, o saudoso mestre, que o elemento naturalista da omissão se completa por um elemento normativo, da ação que era de esperar, o que importa no contraste real e efetivo entre o comportamento e uma norma.<sup>8</sup> *Magalhães Noronha* também é par-

<sup>4</sup> João Vieira de Araújo, *Código Criminal*, Parte Geral, Recife, 1889, 58 e 164.

<sup>5</sup> Costa e Silva, *Código Penal dos Estados Unidos do Brasil*, São Paulo, Cia. Editora Nacional, 1930, 6, 9, e 14.

<sup>6</sup> Galdino Siqueira, *Direito Penal Brasileiro*, Rio de Janeiro, Jacintho, 1932, vol. I, 46.

<sup>7</sup> Nelson Hungria, *Comentários ao Código Penal*, vol. I, tomo II, Rio de Janeiro, Forense, 1978, 10.

<sup>8</sup> Aníbal Bruno, *Direito Penal*, Rio de Janeiro, Forense, 1967, vol. I, 296 e 312.

tidário de concepção naturalística, entendendo que ação é gênero que compreende também a omissão ou ação negativa. A omissão é tão real como a ação. Os crimes omissivos são os que ofendem o bem jurídico mediante inação.

7. Vamos encontrar em outros autores a concepção naturalística de omissão. Assim, *José Frederico Marques* entende que a omissão é um "trecho da realidade" que o direito submete a juízo de valor, no campo normativo. De tal sorte, a omissão é perceptível através da observação.<sup>9</sup> *Benito de Faria* igualmente afirma que o conceito de ação envolve o de omissão, que é um fato manifestado de forma negativa, constituído pela determinação da vontade que se afirma pela inação. Omissão é *não-fato* ou inação. Fazendo concessão, porém, ao critério normativo, diz que omissão é a inatividade voluntária quando ocorre o dever jurídico de agir.<sup>10</sup> *João Bernardino Gonzaga* também sustenta um conceito puramente naturalístico, entendendo que a omissão não é o *non facere quod debetur*, mas sim uma realidade. O paralelismo entre ação e omissão é absoluto.<sup>11</sup>

## III

8. A concepção normativa é defendida por *Damásio E. de Jesus* e por *Paulo José da Costa Jr.*, este último em sua excelente tese sobre a causalidade,<sup>12</sup> onde ensina que a omissão não causa coisa alguma e que o causar é conceitualmente diverso do não impedir. A omissão — prossegue — não se caracteriza por inação, mas por não fazer algo que se tem obrigação de cumprir. De modo que a omissão pode também se realizar através de uma atividade positiva. Para o ilustre professor de São Paulo, algum conteúdo tem de haver na omissão. Onde faltasse um ponto concreto de referência, a valoração resultaria numa abstração, num esquema sem qualquer significado. O não fazer encontra-se na realidade fenomênica, mas é a norma que em presta vida e realidade à omissão.

## IV

9. São, portanto, bastante incertos os princípios que regem a omissão no direito brasileiro, havendo controvérsia considerável. Os autores em geral afirmam que omissão é uma forma de ação e permanecem aferrados à causalidade da omissão. Parece-nos haver aqui

<sup>9</sup> José Frederico Marques, *Tratado de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1965, vol. II, 40 e 50.

<sup>10</sup> Benito de Faria, *Código Penal Brasileiro Comentado*, Rio de Janeiro, Record, 1958, vol. II, 117/118.

<sup>11</sup> João Bernardino Gonzaga, *O crime de omissão de socorro*, São Paulo, Max Limonad, 1957, 30, 31 e 36.

<sup>12</sup> Damásio E. de Jesus, *Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1978, 236. Paulo José da Costa Jr., *Do nexo causal*, São Paulo, 1964, 15.

um equívoco. Só do ponto de vista puramente formal e sem conseqüências podemos dizer que ação e omissão são formas de comportamento punível. A omissão é algo inteiramente diverso da ação. No plano ontológico existem apenas ações. Omissão não é inércia, não é *não-fato*, não é inatividade corpórea, não é, em suma, o simples não fazer. Mas sim não fazer *algo*, que o sujeito podia e devia realizar. Em conseqüência, não se pode saber, contemplando a realidade fenomenônica, se alguém omite alguma coisa. Só se pode saber se há omissão referindo a atividade ou inatividade corpórea a uma norma que impõe o dever de fazer algo que não está sendo feito e que o sujeito podia realizar. A omissão é, assim, um conceito necessariamente normativo, mesmo quando se considera o comportamento juridicamente indiferente. Não se pode dizer que o operário danificou a máquina por omissão senão quando ele podia e devia praticar determinada ação que impedisse o dano. Não se pode dizer que alguém omitiu um cumprimento a uma pessoa, senão quando o sujeito cumpre essa outra pessoa e uma norma de civildade lhe impõe esse cumprimento. A omissão, portanto, não é uma modalidade de ação e não é ação negativa, mas algo essencialmente diverso e distinto da ação. No direito penal moderno a omissão constitui forma especial de aparecimento do fato punível.

## V

10. Nossa doutrina dominante, desde os velhos tempos, afirma a existência de causalidade na omissão. Alguns autores afirmam que a omissão só é causal quando o sujeito tem o dever jurídico de impedir o resultado.<sup>13</sup> Ora, a causalidade é um desfechar de forças e não pode confundir-se com um sistema de deveres.<sup>14</sup>

11. Foram inúteis todos os enormes esforços realizados para identificar na omissão uma causalidade naturalística. *Nelson Hungria* observava que o esforço para demonstrar que a omissão é mecanicamente causal vale pela tentativa de provar a quadratura do círculo.<sup>15</sup> O jurista tem de partir do conceito naturalístico ou ontológico de causalidade. Causalidade é categoria real do ser.<sup>16</sup> A omissão, como abstenção de atividade devida, não causa coisa alguma. Nos crimes comissivos por omissão, a responsabilidade penal surge não porque o sujeito causou o resultado, mas sim porque não o impediu.

12. O não impedimento do resultado se determina através de um juízo hipotético, que é, por sua própria natureza, um juízo de probabilidade. Imagina-se a oportuna realização da ação esperada

<sup>13</sup> E. Magalhães Noronha, ob. cit., 126; Roque de Brito Alves, *Direito Penal*, Recife, Inojosa Editores, 1977, 373.

<sup>14</sup> Paulo José da Costa Jr., ob. cit., 130.

<sup>15</sup> Nelson Hungria, ob. cit., 69.

<sup>16</sup> Everardo Luna, *A causalidade na omissão no anteprojeto de Código Penal*, Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal, n.º 6 (1964), 45.

e verifica-se que influência ela teria no resultado que ocorreu. Afirma-se que houve o não impedimento do resultado quando for possível estabelecer um juízo de alta probabilidade próxima da certeza, de que a oportuna realização da ação teria impedido o resultado. Uma alta probabilidade é o máximo a que se pode alcançar com um juízo hipotético. São manifestas as dificuldades para enquadrar os critérios da verificação causal do não impedimento do resultado na teoria da equivalência dos antecedentes, que concebe a causalidade da omissão num conceito lógico de causalidade, como um conceito de relação, no qual causar não significa produzir. A causalidade hipotética da ação esperada se verifica com um juízo *ex-ante*. *Maurach* entende que o processo hipotético de raciocínio só é compatível com a causalidade adequada.<sup>17</sup>

## VI

13. Grandes incertezas reinam quanto à fonte do dever de atuar nos crimes comissivos por omissão, por falta de texto expresso na lei. A jurisprudência de nossos tribunais é surpreendentemente omissa a respeito, sendo raros os casos em que a matéria se discute.<sup>18</sup> O anteprojeto Nelson Hungria (art. 14, § 1.º), seguindo a tendência da legislação moderna nessa matéria, estabeleceu regra expressa, que, com modificação importante, foi adotada pelo CP de 1969 (art. 13, § 2.º). O anteprojeto oficial de reforma do CP, de 1981, reproduz (art. 13, § 2.º) a mesma regra contida no CP de 1969. Essa disposição esclarece que a omissão é relevante como causa quando o omissor devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância; a quem de outra forma assumiu a responsabilidade de impedir o resultado e a quem, com seu comportamento anterior, criou o risco de sua superveniência.

14. Nosso futuro direito certamente acolherá as três fontes do dever de atuar que nossa doutrina mais autorizada preconiza. Pa-rece-nos correta essa orientação. *Everardo Luna* propõe que se deixe à jurisprudência que vá indicando os fatos da realidade vivida que devem ser considerados pelo direito penal como fatos omissivos.<sup>19</sup> Basta ver, porém, as divergências doutrinárias e a pobreza da jurisprudência para perceber que a sugestão é infeliz. A inexistência de expressa solução legal concorre para comprometer a função de garantia do tipo, necessariamente atingida nos tipos abertos, interessando, inclusive, o princípio da reserva legal. Como diz *Weizel*, a fi-

<sup>17</sup> *Maurach, Deutsches Strafrecht*, Allgemeiner Teil, 3.ª edição, Kallrsruhe, Müller Verlag, 1965, 302 (§ 45, III, B, 2).

<sup>18</sup> Heleno Fragoso, *Jurisprudência Criminal*, São Paulo, Bushatsky, 1979, n.ºs 71, 115 e 139.

<sup>19</sup> Everardo Luna, ob. cit., 53.



xação de critérios para a complementação do tipo atenua a indeter-  
minação da conduta típica.<sup>20</sup>

15. As objeções que se têm levantado contra as três fontes do  
dever de impedir o resultado, a nosso ver, não têm procedência. *João  
Bernardino Gonzaga* formula o exemplo de quem socorre uma pessoa  
ferida em acidente, atuando com negligência, por omissão, deixando  
de realizar ação que teria impedido a morte. Julga o ilustre professor  
que não seria razoável, em tal hipótese, imputar ao sujeito um ho-  
micídio culposo.<sup>21</sup> Ninguém duvida de que seria este o crime se a  
negligência viesse através de uma ação, configurando uma impru-  
dência. Não se percebe por que motivo a omissão não deveria dar  
lugar ao mesmo crime, embora não se exclua a possibilidade de negar  
que o sujeito, em tais circunstâncias, tenha assumido a responsabi-  
lidade de impedir o resultado.

16. A comunidade de perigo e de vida (*Lebens-oder-Gefahrge-  
meinschaft*) tem sido invocada como fonte do dever de atuar. Fala-se  
aqui em *estreita solidariedade* dos que compartilham uma situação  
de perigo. *Anibal Bruno* inclui na voluntária aceitação de fato de  
uma situação geradora do dever a comunidade de vida que existe,  
por exemplo, na tripulação de um barco.<sup>22</sup> Não nos parece adequado  
estender os limites do crime comissivo por omissão para abranger  
também essas hipóteses, que se referem exclusivamente a deveres  
morais. O tripulante de um barco que, podendo, não socorre outro  
em situação de perigo, comete apenas uma omissão de socorro.

## VII

17. Desejamos ajudar, embora brevemente, a outras questões  
que têm sido debatidas a propósito da omissão. Desejamos nos referir  
ao problema do dolo e do erro.

18. Alguns autores têm entendido que inexistente dolo nos crimes  
omissivos, onde haveria apenas a falta de resolução de realizar a ação  
que o sujeito tinha o dever de realizar, com a consciência da situação  
que constitui o tipo. *Welzel* diz que o que chamamos de omissão "que-  
rida" é, em realidade, um omitir consciente, ou seja, uma omissão  
com a consciência do poder de atuar.<sup>23</sup> *Jescheck* também admite que  
há situações em que não se pode demonstrar a existência de uma  
verdadeira resolução, nas quais o dolo se esgota no *conhecimento* da  
situação típica e na *consciência* da própria capacidade de ação.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> *Welzel, Das deutsche Strafrecht*, Berlin, Gruyter, 1969, 23.

<sup>21</sup> *João Bernardino Gonzaga*, ob. cit., 66.

<sup>22</sup> *Anibal Bruno*, ob. cit., 314.

<sup>23</sup> *Welzel*, ob. cit., 201. Cf. também *Armin Kaufmann, Die Dogmatik der  
Unterlassungsdelikte*, Göttingen, Otto Schwartz, 1959, 70.

<sup>24</sup> *Jescheck, Lehrbuch des Strafrechts*, Berlin, Duncker & Humblot,  
1978, 513.

19. Em nossa doutrina ninguém jamais pôs em dúvida que o  
dolo, nos crimes omissivos, é a vontade de abster-se da ação coman-  
dada, com a consciência da situação fática de que surge o dever de  
ativar-se. O dolo deve cobrir todas as características do tipo objetivo.  
Nos crimes comissivos por omissão, cumpre ademais tenha o autor  
consciência de sua capacidade de impedir o resultado, conhecendo  
também a sua posição de garantidor da não superveniência do re-  
sultado.

20. O erro sobre a situação fática de que resulta o dever de  
atuar é erro de tipo, que exclui o dolo e se resolve como erro de fato.  
O dever de atuar não é elemento do tipo, mas pertence à antijuridi-  
cidade. Em consequência, o erro sobre o mandado é um erro de proi-  
bição, que se resolve como erro de direito. Exemplo de erro de tipo:  
o sujeito não sabe que a criança em perigo é o seu próprio filho.  
Exemplo de erro de proibição: o sujeito imagina que as limitações de  
seu contrato o desobrigam de ativar-se. Alguns autores sustentam  
que há regras especiais para aferir a inevitabilidade do erro sobre a  
posição de garantidor, porque em realidade trabalhamos na matéria  
com elementos, relativos às fontes do dever de atuar, que não estão  
na lei. Parece-nos evidente que o erro sobre o dever de atuar exclui  
a reprovabilidade da ação e que não poderia deixar de ter relevância.  
Esta, porém, não é a solução técnica em nosso sistema de direito.

## O CRIME DE OMISSÃO E A RESPONSABILIDADE PENAL POR OMISSÃO

Everardo da Cunha Luna

### I — A OMISSÃO E O FATO HUMANO

#### 1 — O fato omissivo

O fato, no reino das ciências humanas, difere, essencialmente, do fato das ciências físicas, e a ciência jurídica é uma ciência humana. Como, porém, as ciências físicas e as ciências humanas manifestam uma forma universal que consiste em tratar de fatos e empregar métodos para tratá-los, existe, entre elas, uma *situação de analogia*. Nesta ordem de idéias, o fato é um aspecto da realidade colhido segundo uma idéia metódica. Sucede, porém, que, enquanto nas ciências físicas, as idéias metódicas mais importantes têm natureza formal, isto é, universal, nas ciências humanas, além das idéias metódicas de natureza formal, existem as idéias metódicas de natureza material, ou seja, idéias cujo valor geral e necessário é sempre relativo (Stephan Strasser).

Sem tomar em conta a *situação de analogia*, acima referida, uma primeira corrente de pensamento trata fatos do homem como fatos da natureza. Deste modo, ao deparar com a ação e a omissão, procura *universalizar* as duas formas da conduta humana no binômio vontade e manifestação física da vontade, explicando a ação como um movimento corporal, e a omissão como um *nihil facere*, ou um *aliud agere*. Diante da construção artificial do *nihil facere* e do *aliud agere*, e também sem levar em conta a *situação de analogia*, já referida, uma segunda corrente de pensamento, igualmente dominada pelo *fisicismo* monista, explica a omissão como um *juízo de relação*, uma *criação normativa, uma ação esperada*. Pela primeira corrente de pensamento, o fato é desnaturado, e, pela segunda, é simplesmente negado. Veja-se: colocando-se, indevidamente, na essência da ação, uma corporeidade, ou se procura, em vão, no fato omissivo, essa corporeidade, ou se nega, na omissão, pela inexistência dessa corporeidade, a sua própria natureza fatural. Primeira conclusão: todas as ações são corporais; ora, a omissão é uma ação; logo, a omissão é corporal. Segunda conclusão: todas as ações são corporais; ora, a omissão não é corporal; logo, a omissão não é uma ação.

As dificuldades insuperáveis, com que se defronta a investigação da natureza do fato omissivo, têm origem na colocação equivocada da ação humana. Com efeito. Sendo a ação um fato do homem, a sua essência não pode ser explicada pelas ciências físicas, mas precisamente pelas ciências humanas. Deste modo, colocadas ambas, a ação e a omissão, no campo das ciências humanas, observa-se que ambas, em vez de fatos corporais ou físicos, são fatos psicológicos, manifestações da vontade humana, que tanto podem permanecer no mundo interno do homem — tenha-se em mente o *ato de pensar*, como podem objetivar-se no mundo externo da sociedade. No Direito, portanto, que pertence ao mundo externo da sociedade, constituem, a ação e a omissão, uma manifestação externa da vontade. Na ação, um *facere*; na omissão, um *non facere* (Alberto Dall'Ora). Um fazer alguma coisa; um não fazer alguma coisa.

A concepção do fato omissivo como *realização objetivada da vontade* foi apontada como uma variante da *ação esperada*, o que conduziu, sem apelo, a uma variante da concepção normativa da omissão (Mario Spasari). A crítica, porém, não atinge o alvo, porque se deparam duas coisas distintas — uma primeira, que é o conhecer em que consiste uma ação, e uma segunda, que é o esperar que uma ação seja praticada (Gonzalo Rodriguez Mourullo). No ato de conhecer, um *juízo de fato*; no ato de esperar, um *juízo de valor*. Fato, *non facere*, valorizado, *quod non debetur*.

Se alguém dispunha, por exemplo, de três caminhos para ir de um lugar a outro, e preferiu o percurso desse ou daquele entre os três caminhos existentes, pode-se afirmar, com segurança, que o percurso dos dois caminhos restantes, conforme um juízo de fato, foi omitido, simplesmente omitido. No exemplo, além da omissão, observa-se outro fato do homem: uma ação que consistiu em percorrer o caminho escolhido. Deste modo, tanto a ação como a omissão foram praticadas conforme um processo seletivo, que implica uma valorização. Ora, se a ação, embora valorizada, não se despoja de seu caráter fatural, por que negar-se à omissão, também valorizada, a existência empírica do fato? Seria porque, na omissão, o valor e o fato são incindíveis, inseparáveis? Rigorosamente *não*, porque a mesma incindibilidade, a mesma inseparabilidade, observa-se na ação. Embora inseparáveis, tanto na ação como na omissão, o fato e o valor são perfeitamente *distintos*. Com a *distinção*, portanto, o *juízo de fato* e o *juízo de valor*.

Uma terceira corrente de pensamento repudia a fisicalidade do omitir, porque a omissão, sendo omissão de uma ação, conceito *limitativo* e não meramente *negativo*, não é, em si mesma, uma ação (Welzel). Acontece que existe, também, para a ação, um conceito *limitativo*, porque cada ação praticada implica a omissão de uma ou várias ações quaisquer: assim, quem escala a ingremidade de um monte, não caminha pelas ruas da cidade. Além disso, quando se afirma que a omissão é omissão de uma ação, penetra-se a esfera normativa e não a faturalidade do omitir. Como fato, a omissão

não se refere, rigorosamente, a essa ou aquela ação. E se o conceito de omissão não é meramente negativo, é porque nele existe uma negação que busca uma afirmação. Neste passo, deve-se lembrar que, logicamente, a toda negação corresponde uma posição: a mãe que deixa de alimentar o filho para vê-lo morrer pela inanção, põe uma causa para o resultado morte da vítima, causa que é, realmente, uma ação de matar.

Por último, como a ação e a omissão são, essencial e fundamentalmente, fatos do homem, não sendo a omissão outra coisa senão uma forma ou espécie de ação, o que é fundamental na ação é fundamental na omissão. Assim, ação e omissão, fatos do homem, existem no tempo, ao contrário dos objetos, cujo lugar de existência é o espaço (Louis Lavelle).

## 2 — O *nexo causal*

Verifica-se, conforme a causalidade lógica, um processo paralelo de oposição entre a causalidade do agir e a causalidade do omitir, porque em ambas, pelo processo hipotético de eliminação, tanto é condição do resultado o *fazer* como o *não fazer alguma coisa* (Mezger). Ainda do ponto de vista lógico, que tipo de relação existe entre o *não fazer alguma coisa* e o resultado? Uma simples relação de *não impedimento*? Bastaria, deste modo, à realidade, uma pura relação negativa, ou negativista? Pensamos que não, e, antes de tudo, porque a toda negação corresponde uma posição (Juan Zaragüeta), pensamento este que representa o primeiro passo da causalidade lógica para a causalidade real.

Na ordem da argumentação exposta, *deixar de alimentar o próprio filho* tanto pode corresponder à posição *cuidar da saúde do próprio filho pela dieta*, como ao fato positivo *matar o próprio filho pela fome*. Expressiva corrente da moderna doutrina italiana, não concebe o *nexo causal*, na omissão imprópria, a não ser como um simples *não impedir o resultado* (Grispigni, Nuvolone). Ainda dentro da doutrina italiana, coerente com a correta doutrina de que, na causalidade jurídica, não se exige uma relação de conexão física, afirma-se que não se deve contrapor, à causalidade física da omissão, o fato de não impedir o resultado (Pagliaro). A observação está certa, mas incompleta, porque, mesmo pela interpretação do CP italiano, não se trata de encontrar, na causalidade da omissão, uma fisicidade, ou muscularidade, mas de descobrir, no fato negativo de *não fazer alguma coisa*, o lógico correspondente positivo *fazer alguma coisa*. Deste modo, no exemplo livresco da mãe que deixa de alimentar o próprio filho, com vontade homicida, além de existir o fato negativo, consistente na falta de evitação do resultado morte, existe, com lógica evidente, o fato de que a mãe matou o próprio filho. A causalidade lógica, agora, apela para a causalidade real: resultado, sim, mas resultado de quê?

Ainda no campo da causalidade lógica, acrescenta-se, fala-se, no que respeita à omissão, de uma *causalidade potencial*, de um *processo intelectual hipotético*, de um *juízo hipotético*, enfim. Por esse caminho de entendimento, além dos dois juízos de conteúdo positivo, consistente no conhecimento causal do autor e na possibilidade de ação, deve-se ter em conta o juízo de conteúdo negativo, que consiste em que o resultado teria sido evitado se o autor tivesse praticado a ação hipotética (Pagliaro), exigindo-se, no juízo negativo, uma probabilidade nos limites da certeza de que a execução da ação omitida teria evitado o resultado (Maurach, Hellmuth Mayer). Sucede que também existe, na causalidade da ação, um juízo hipotético. Com efeito. Se, na omissão, como vimos, o juízo hipotético refere-se à causalidade potencial da ação, na ação, por sua vez, o juízo hipotético refere-se à causalidade potencial da omissão: no agir, juízo hipotético de negação; no omitir, juízo hipotético de afirmação (Gonzalo Rodriguez Mourullo). A causalidade lógica, repita-se, também na omissão, apela para uma causalidade real.

Onde, porém, situar a causalidade real da omissão? Certamente que a relação causal, agora em estudo, não pode ser concebida como uma relação física ou mecanicista. Pouco importa, porém, que não o possa, porque, também não se exige, para a causalidade da ação, uma conexão física, esse resíduo do velho mecanicismo filosófico e científico do século passado.

Mas, onde situar a causalidade real da omissão? Em primeiro lugar, e isto é fundamental, diga-se que o *físico* não esgota o *empírico*, a realidade *empírica*, o *real* enfim. São empíricos os fenômenos da experiência externa sensível ou imaginativa (cosmológicos), bem como os da experiência interna (psicológicos) e os da experiência externa e interna ou mistos (sociológicos). Além disso e para além da realidade natural, existe a realidade artificial que é elaborada pelo espírito com elementos tomados da realidade natural. Deste modo, a formação de conceitos como arte, moral e direito, que se realiza como a dos objetos naturais, pertence à realidade artificial (Juan Zaragüeta). Sobre tais fundamentos, pode-se afirmar que a categoria do *não impedir* é uma categoria empírica, embora não seja uma categoria física ou naturalista (Spasari, Mourullo). O que importa fundamentalmente, é que seja uma *categoria do pensamento e do ser*.

Em segundo lugar, diga-se que o *não impedir* o resultado pressupõe, na cadeia causal, uma condição negativa (Antolisei, Mourullo). Assim, no fato de deixar a mãe de alimentar o próprio filho, para matá-lo, uma condição negativa foi posta para a causação do resultado morte. Condição tão necessária ao resultado como seriam, exemplificando, as condições positivas de atirar com arma de fogo ou de administrar veneno mortal.

Afirma-se, na doutrina italiana que, no exemplo invocado, causa da morte é o processo orgânico de desnutrição que conduz ao exaurimento das energias vitais, e não o fato da mãe que se conservou inerte (Petrocelli). Ora, o processo orgânico, a que se refere a dou-

trina citada, ao invés de causa, é resultado, e precisamente o resultado morte, cujo desenvolvimento fisiológico dá lugar, segundo a tanatologia, à morte súbita ou agônica, não se devendo esquecer que, rigorosamente, "toda morte, ainda que repentina, não deixa de ser precedida por agonia, fugaz que seja" (Flaminio Fávero). Afirmar, no exemplo em estudo, que a inércia da mãe não é causa da morte do filho, *sit venia verbo*, é como dizer que a causa da morte, por envenenamento, não é a administração do veneno, mas o processo fisiológico do envenenamento.

Pouco importa se objeto não existirem, no campo das ciências naturais, as chamadas condições negativas. E não importa, primeiro porque os fatos humanos não podem ser concebidos dentro dos precisos quadros da ciência natural; segundo, porque se depara uma questão de natureza também filosófica e, filosoficamente, defensável — *the conditions of phenomena include negative as well as positive circumstances* (Bain); terceiro, porque, entre as ciências naturais de um lado, e a filosofia de outro, a ciência humana inclina-se, por essência, para a filosofia, e, quarto, porque, na dinâmica causal das condições, as condições negativas correspondem, necessariamente, a determinadas condições positivas.

Todavia, mesmo sem recorrer ao conceito filosófico da condição negativa, para introduzi-lo no campo da omissão, mesmo assim se descobre, à luz de uma apurada reflexão, que o nexo causal do fato omissivo situa-se na esfera da causalidade real, não podendo, consequentemente, ser negado sobre o fundamento de que a causalidade não pode ser colocada num *Irrealis Plusquamperfecti* (Arthur Kaufmann). Com efeito. Vimos, acima, que os fenômenos sociais são fenômenos empíricos e mistos de experiência externa e interna. Sendo fato social, a omissão é um fenômeno empírico, misto de experiência externa e interna. Empírico, reafirma-se, não como conceito estrito de força física (Aníbal Bruno), mas como conceito *material*. Com tais argumentos, a omissão não é um *nullum* fatural. Pelo contrário: a não-atividade é *conditio sine qua non* do evitamento da ação do resultado absterida, e o evitamento, por sua vez, é a causa da produção do resultado (Baumann). No exemplo explorado, da mãe e do filho, a inércia condiciona a não-alimentação e a não-alimentação causa o resultado morte.

Agora, pergunte-se, por que negar posição, ao fato omissivo, na chamada causalidade material? Por que, na omissão, substituir a causalidade pela não-atividade do resultado, ou, o que dá no mesmo, por que reduzir essa causalidade a essa não-atividade do resultado?

A negação da causalidade da omissão repercute, naturalmente, em toda a estrutura jurídica do crime. Efetivamente. Sem o nexo causal do fato omissivo, crimes de resultado são punidos sem a causação do resultado, surgindo, como consequência, a estranha categoria de crimes de simples não-atividade (Baumann). *Pulchra (?)*. Nova, *Falsa* categoria.

## II — A OMISSÃO E A NORMA JURÍDICA

### I — O fato normativo

A omissão, como fato humano real, como ação do homem na sociedade, ao penetrar o mundo dos valores, recebe uma disciplina normativa. E ao ser valorizada por uma ordem normativa, seja de decoreto, de moral, de religiãoc, ou de direito, torna-se uma realidade fatural normativa. Deste modo, todas as omissões, como também todas as ações, jurídico-penalmente relevantes, são fatos normativos, ou seja, são ações e omissões disciplinadas no Direito Penal. As vezes, acrescenta-se, o fato empiricamente único tanto pode ser considerado ação como omissão, tudo dependendo do giro de linguagem em que está normativamente disciplinado. Assim, enquanto nos arts. 150 e 614, respectivamente do CP brasileiro e do CP italiano, segunda parte do tipo penal da violação de domicílio, o *permanecer* e o *sí trattiene* constituem ação em sentido estrito (Vannini, Antolisei), no § 123 do CP alemão, que corresponde ao mesmo tipo penal de violação de domicílio, segunda parte, o *sich nicht entfernen* constitui omissão (Jeschek).

Tradicional a classificação da omissão em *própria* e *imprópria*. Como os imperativos jurídicos são negativos e positivos, os fatos praticados por ação violam normas proibitivas, e os fatos praticados por omissão violam normas preceptivas. Enquanto, na omissão própria, viola-se um dever jurídico de atuação, na omissão imprópria, viola-se o dever jurídico de atuação como fonte de um dever jurídico de proibição. Alguns autores (Maurach) entendem que, na omissão imprópria, os dois deveres são violados, o proibitivo e o preceptivo. Outros autores (Jeschek) entendem que, na omissão imprópria, assim como acontece na omissão própria, um só dever é violado — o preceptivo —, pelo que melhor seria classificar a omissão em simples e qualificada. Como foi dito acima, na omissão imprópria, violenta-se a norma proibitiva de causação de um resultado, porque os tipos penais dos crimes de resultado são construídos sobre os fundamentos do *valor do resultado*, quer este seja de dano, quer seja de perigo.

A omissão própria está explicitada na lei, quer num tipo de omissão, quer num tipo misto de comissão e omissão. A omissão imprópria está implícita nos tipos de crimes de resultado, e, algumas vezes, encontra-se explícita num tipo a ela destinado.

Um destaque particular merece a omissão imprópria. É que nos crimes comissivos por omissão, além do *dominium*, o poder sobre o fato, existem deveres jurídicos especiais de não causar o resultado. Tais deveres emanam da posição de *garantidor* do bem jurídico protegido, fazendo com que a omissão imprópria seja um *crime próprio* de determinadas pessoas.

Como os crimes comissivos por omissão, regra geral, não estão explicitados nos tipos penais, surge o problema da constitucionalidade da punição da omissão imprópria. Não haveria, na tipificação

Art. — O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

§ 1.º — A superveniência de causa relativamente independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

§ 2.º — A omissão é relevante como causa quando o omitente tinha o dever legal de evitar o resultado.

§ 3.º — A pena pode ser atenuada.

O dever legal emanaria da lei em amplo sentido, como na hipótese da mãe que mata o filho, privando-o de alimentação, e da própria lei penal que tipifica, *expressamente*, na *Parte Especial*, os crimes de omissão imprópria. A pena poderia ser atenuada, para a hipótese da lei em sentido amplo, porque a omissão é menos grave do que a ação em sentido estrito, quer como fato material, ao contrário do que pensam alguns autores (Rodríguez Devesa, Ivo Caraccioli), quer como fato culposo, quer quanto à periculosidade do agente (Kissin, Giuseppe Guarneri). Muito oportuna a observação de que os crimes de omissão se acham, freqüentemente, fora do âmbito da consciência ética geral (Jescheck).

A presente tese, em essência de origem alemã (Grünwald, Armin Kaufmann, Busch, Schöne, Bockelmann), exige um complexo trabalho legislativo, mas é a que, sem sombra de dúvida, corresponde ao princípio da reserva legal e ao Estado de Direito (Giovanni Grasso). Merece, portanto, debate e discussão.

Como fato, a omissão requer o *dominium*: quem está no Rio de Janeiro não pode evitar, no Recife, a queda de uma criança. O *dominium*, que abarca uma complexidade de fatos, condicional, materialmente, a conduta omissiva. Como fato, ainda, implica uma existência no tempo, e, sob determinadas condições temporais, deve ser investigada no preciso momento em que foi praticada — fato instantâneo? Fato permanente? — Ainda pelo decurso do tempo, por condições temporais portanto, é que se pode investigar, por um lado a consumação e a tentativa, e, por outro, a desistência e o arrependimento eficaz. No que se refere à tentativa, pode-se afirmar que não existe na omissão própria, e, se, porventura existisse, daria lugar, unicamente, à desistência voluntária e nunca ao arrependimento eficaz. Já na omissão imprópria, é concebível a tentativa. Como, na omissão imprópria, verifica-se a causação do resultado, diz-se que, nos crimes comissivos mediante omissão, a desistência consiste em um fazer, em um ato positivo. Assim, no exemplo da mãe que deixa de amamentar o filho para matá-lo, a desistência de prosseguir na execução do crime consiste, precisamente, no ato de amamentá-lo, de alimentá-lo. E, por outro lado, no exemplo do pai, que deixa o filho envenenar-se e depois o socorre com um antídoto, vê-se uma hipótese de arrependimento incapaz (Vannini). No primeiro como no segundo exemplo, em que pese à lição da doutrina, o que ocorre, realmente, é o arrependimento eficaz. No primeiro exemplo, a mãe,

desses crimes, considerados implícitos nos tipos penais de resultado, uma ofensa ao princípio da reserva legal? Tendo como conteúdo deveres jurídicos emanados de outras fontes, que não a própria lei penal, não escapariam esses tipos penais ao controle do salutar princípio de legalidade? Quanto à implicitude, deve-se lembrar que, em muitos tipos penais, elementos constitutivos do crime estão implícitos, exigindo, desse modo, uma investigação especial. E quanto a outras fontes de deveres jurídicos, que vão além das palavras descritivas da lei penal, exigindo juízos de valorização, deve-se lembrar, igualmente, que existem, em muitos tipos penais, elementos constitutivos do crime de natureza valorativa. A questão básica, fundamental, portanto, não está na própria essência da omissão imprópria, mas no modo como deve ela ser disciplinada pelo Direito Penal.

A técnica da construção de tipos penais, na Parte Especial, destinados aos crimes comissivos por omissão, não pode ser escolhida como a única constitucionalmente adequada e praticamente eficaz. Dois defeitos apresenta: ou deixa escapar uma grande quantidade de fatos que merecem punição, ou procurando abarcá-los a todos, tarefa tortuosa, peca contra a economia legal. Tem a virtude, porém, de limitar o número de bens jurídicos e de agrupar, num tipo omissivo, vários crimes da mesma natureza.

A técnica da indicação analítica das fontes do dever jurídico, nos crimes de omissão imprópria, tem a vantagem de oferecer, ao intérprete, meios de investigação. Expõe-se, contudo, ao perigo de alcançar fatos que não deveriam ser alcançados. Haja vista a legitimidade ou ilegitimidade do perigo antecedente e o contrato nulo ou anulável. Além disso, pode prejudicar a dinâmica da jurisprudência e da doutrina.

A técnica de considerar a omissão, ao lado da ação, como causa do resultado, ou como obrigação de impedi-lo, não se compadece com a natureza do crime próprio. Sendo a omissão imprópria um crime próprio, é preciso, portanto, que a lei diga *próprio de quem*. Deixar o problema para a jurisprudência e a doutrina, excedendo o alcance de doutrina e jurisprudência, gera um perigo para a justiça e para os direitos individuais.

A técnica de indicação sintética do dever jurídico tem força limitativa, mas não é precisa na indicação da posição de garantia nos tipos penais. Nesta técnica, a presença de uma cláusula de equivalência ou correspondência é condenável, porque pode deixar ao juiz um poder discricionário exagerado (Baumann).

Procurando-se fazer uma comparação entre as quatro técnicas mencionadas, pode-se afirmar que a técnica analítica e a da construção dos tipos gerais de omissão, na Parte Especial, são preferíveis às duas últimas técnicas mencionadas. Como, porém, todas elas padecem de defeitos inegáveis, pode-se sugerir, para discussão, uma variante da primeira técnica de fixação, na lei, dos limites da omissão imprópria. Sem explanação discursiva, fundaria essa técnica um artigo e três parágrafos do modo que segue:

que resolve alimentar o filho, impede, também, o resultado morte, ou lesão corporal da vítima. Tanto faz impedir o resultado danoso do filho, que está a *morrer pela fome*, como do filho que está a *morrer pelo veneno*. Na primeira como na segunda hipótese, no momento em que se inicia a *omissão executiva*, começa, também, a produção do resultado. Logo: arrendimento eficaz pelo impedimento do resultado em ambas as hipóteses. Por fim, deve-se manter, na omissão imprópria, o princípio francês do *commencement de l'action*, válido na tentativa por ação.

Sendo o fato omissivo uma manifestação da vontade, o elemento subjetivo da omissão é a própria vontade. Deste modo, temos: 1) — a manifestação da vontade como elemento objetivo da omissão, e 2) — a vontade manifestada como elemento subjetivo da omissão. O elemento subjetivo da ação e o elemento subjetivo da omissão, portanto, enraizam-se na vontade do homem. Tanto na ação, como na omissão, presente está a consciência e presente a vontade. Negar, à omissão, o caráter de *vontade*, reduzindo-a a um *omitter conscienter* (Armin Kaufmann, Welzel), é um exagero da concepção finalista da ação, que concebe a vontade como *fenômeno psicológico*, é vontade de alguma coisa, e não vontade para alguma coisa.

Por consequência, no dolo, na culpa, na culpabilidade e na consciência da antijuridicidade, os princípios fundamentais são os mesmos para a ação e para a omissão. Detalhes, apenas, que dizem respeito à natureza das duas formas básicas da conduta humana, e nunca incompatibilidade ou diferença essencial entre o dolo ou a culpa, da ação, e o dolo ou a culpa, da omissão; entre a culpabilidade dolosa e a culpabilidade culposa. A não ser para a teoria finalista da ação, que afasta o dolo da culpabilidade, colocando nesta a consciência da antijuridicidade, comuns são os princípios em que se apóia o tratamento jurídico-penal dos elementos subjetivos da ação e da omissão.

É admissível a participação por omissão em crime de ação ou de omissão. Assim, o vigia de uma casa que, na ausência dos moradores, assiste, impassível, à entrada de estranhos na casa, sem o consentimento ou contra a vontade de quem de direito, participa, por omissão, da violação do domicílio. Assim também o pai de uma criança que, impassível, assiste à esposa matando por inanição o filho comum, participa, por omissão, do homicídio.

## 2 — A responsabilidade penal

A legislação penal brasileira, desde o *Código Criminal de 1830*, vem consagrando, expressamente, um dispositivo para o crime de omissão. Assim preceitua o Código Criminal:

Art. 2.º — Julgar-se-á crime ou delito:

§ 1.º — Toda a ação ou omissão voluntária contrária às leis penais.

Sobre a omissão no Código Criminal, Tobias Barreto escreveu, nos princípios da segunda metade do século XIX, uma monografia intitulada *Dos Delictos por omissão*, que pode ser lida hoje como se hoje tivesse sido escrita.

O *Código Penal* de 1890, por sua vez, prescreve:

Art. 2.º — A violação da lei penal consiste em ação ou omissão; constitui crime ou contravenção.

Estudando a *ação* ou *omissão*, no *Código Penal da Primeira República*, nos começos do segundo quartel do presente século, Antonio José da Costa e Silva escreve estas palavras de admirável atualidade científica: “A vontade se exterioriza, em regra, por um movimento corpóreo. Pode, porém, igualmente, se manifestar pela ausência ou falta de um movimento dessa natureza. Daí o dualismo entre a ação e a omissão. A distinção é simplesmente terminológica. A omissão não representa coisa diversa da ação: — é apenas uma modalidade desta. A ciência e a prática estão de acordo nessa equiparação.”

O *Código Penal* de 1940, hoje vigente, dispõe sobre a omissão desta maneira:

Relação de causalidade. Art. 11. O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.

Superveniência de causa independente. *Parágrafo único*. A superveniência de causa independente exclui a imputação quando, por si só, produziu o resultado; os fatos anteriores, entretanto, imputam-se a quem os praticou.

Os dois maiores estudiosos do *Código Penal* de 1940 são Nelson Hungria e Aníbal Bruno, ambos falecidos. Entre os juristas vivos, cite-se Heleno Cláudio Fragoso, que introduziu, em obra geral sobre o *Código Penal* brasileiro vigente, a sistemática da moderna doutrina finalista, e a João Bernardino Gonzaga, que escreveu uma obra intitulada *O Crime de Omissão de Socorro*, cuja introdução está destinada ao estudo do fato material do crime.

A partir do ano de 1962, começa-se a fazer o estudo da reforma penal brasileira, cujo histórico não cabe no presente trabalho. Para a reforma penal, no Brasil, algumas considerações podem ser feitas, agora, no que concerne à responsabilidade penal por omissão. Considerações de Política Criminal.

Diante das transformações sociais e econômicas do mundo atual, a ordem normativa jurídico-penal não pode permanecer indiferente. Algo deve ser mudado na própria estrutura do Direito Penal. E medidas podem ser tomadas para atender aos reclamos da conjuntura. Deste modo, dinamiza-se o *estrutural* e reflete-se, criativamente, o *conjuntural*.

Em primeiro lugar, defensável é a tese de aumentar o número de hipóteses de fatos omissivos, quer próprios, quer impróprios. A tipificação dos crimes de omissão imprópria representa um hábil ex-

pediente para o atendimento do aumento em questão. Novas obrigações, com o aumento da tipificação de crimes omissivos, surgirão, quer sejam dirigidas a pessoas particularmente qualificadas, quer sejam dirigidas a todas as pessoas. Para a primeira hipótese, o mundo moderno, e o Brasil em particular, está a exigir maiores deveres dos homens públicos e de negócios, dos profissionais liberais e dos técnicos especializados. Para a segunda hipótese, lembre-se a necessidade de um tratamento mais acirrado, no campo da omissão, dos atos praticados na circulação de veículos.

Para a defesa dos interesses gerais e econômicos, não parece ser oportuna, pelo menos dentro da tradição jurídica brasileira, a responsabilidade penal das sociedades, das pessoas jurídicas. Penalmente, devem responder os seus sócios pela culpa porventura cometida. Para a sociedade, para a pessoa jurídica, as sanções jurídicas extrapenais parecem ser suficientes. Apenas deve-se fazer uma revisão, diante da nova ordem econômica, para o aprimoramento e a eficácia dessas sanções jurídicas extrapenais.

Em segundo lugar, com o alargamento da função do Direito Penal, devem-se ter em vista duas condições fundamentais: 1.<sup>a</sup> — conservação da dignidade do Direito Penal dentro da sociedade; e 2.<sup>a</sup> — atendimento das necessidades sociais presentes pelo Direito Penal. Pela primeira condição, o Direito Penal, tendo um valor categórico e não meramente hipotético, deve manter o seu alcance e a sua limitação no combate ao crime, não devendo, por isso mesmo, transformar-se em *instrumento* para a consecução de fins sócio-econômicos. Pela segunda condição, o Direito Penal não deve ser considerado apenas como um direito de *proibições*. Ao lado e para além dessa sua histórica função negativa e proibitiva, deve ele ser valorizado como protetor de bens do homem, assumindo uma função positiva e propulsiva dos valores sociais e humanos. A obrigação de agir, que emana dos tipos penais de omissão, desempenha uma função de primeira ordem na atividade propulsiva e protetora de bens jurídicos do Direito Penal.

Por último, para o Estado, como órgão do Direito, devem ser estabelecidos limites precisos de modo a torná-lo um Estado liberal e social, ou seja, um Estado de Direito. Além de garantias constitucionais e processuais penais, principalmente no que respeita aos direitos humanos, quatro dogmas fundamentais, no Direito Penal, não podem ser violentados ou descuidados: o dogma da reserva legal, o dogma do bem jurídico, o dogma da ação e o dogma da culpabilidade. Pelo dogma da reserva legal, que impede a analogia, devem-se evitar, o quanto possível, os chamados tipos penais abertos. Pelo dogma do bem jurídico, que deve caracterizar-se pela precisão, devem-se combater os dogmas políticos, pretensamente fundamentados em exigências sociais e históricas, cujos caminhos sacrificam a certeza do direito e o valor da justiça nos altares do oportunismo e das circunstâncias adversas juridicamente vencíveis. Pelo dogma da ação, resguarda-se a intimidade e a liberdade de pessoa humana, evitando-se a persecu-

ção penal da opinião e do pensamento. O dogma da culpabilidade, limitando-se, subjetivamente, aos fatos penalmente insuportáveis, traça uma linha divisória entre a moral e o Direito, deixando ao homem um largo campo de atividade, na ordem social, sem a preocupação e a ocupação com deveres ilegítimamente impostos pela ordem do Estado.

Como conclusão, diga-se que as novas necessidades sociais e humanas, os fatos que constituem a tessitura da sociedade de novos dias podem e devem ser protegidos ou combatidos, sob o aspecto penal, conforme os princípios de Direito que recebemos do passado, conquistas perenes do espírito que devem ser fortalecidas pela vida, por que as raízes do verdadeiramente novo são as mesmas raízes destes princípios e destas conquistas.

## TEORIAS ACERCA DA OMISSÃO

Heitor Costa Júnior

Habitualmente os autores afirmam, com inteira razão, ser a teoria dos delitos omissivos tema dos mais árduos e obscuros da teoria do delito.

Começaremos por encontrar estas dificuldades ao tentar conceituar a omissão. Para tanto é necessária uma exposição, ainda que breve, das formulações a respeito existentes.

Seria a omissão uma realidade naturalística, ontológica, com características físicas ou ela representa um dado normativo, um juízo de valoração da conduta?

Sustentam-se, com discussões intermináveis, ambas posições. Teorias normativas e antinormativas, estas divididas entre os que equiparam a omissão à ação como espécie do mesmo gênero e a corrente minoritária, não obstante estar representada por expoentes do moderno pensamento jurídico-penal, os quais impugnam a possibilidade desta assimilação. Nesta última colocação será demonstrada a oposição da ação à omissão. Mesmo neste setor doutrinário, veremos, não conseguiram seus adeptos afastar-se do dado normativo.

Será possível, também uma terceira posição a qual analisaremos na exposição da matéria.

### CONCEITO NORMATIVO DE OMISSÃO

Os que seguem o conceito estritamente normativo<sup>1</sup> vêem o conteúdo da omissão na norma jurídica. A omissão não representa uma

realidade no mundo fenomênico.<sup>2</sup> Estruturalmente ação e omissão são coisas diversas e só podem formar um conceito superior unitário de conduta no campo valorativo.

Já em Romagnosi a omissão está vinculada a uma obrigação.<sup>3</sup> Carrara, apesar de haver no seu sistema mal distinguindo a anti-juridicidade, no século passado, assinalava ser inconcebível um delito de "pura inação" sem que outro tivesse direito a exigir a ação omitida.<sup>4</sup>

A lucidez de Grispligni permitiu que ele desenvolvesse, em seu país, minuciosamente, os aspectos mais significativos da teoria normativa. A omissão — ensina o mestre italiano — não é um conceito naturalista, mas exclusivamente normativo encontrando sua significação e sua razão de ser, apenas quando relacionado a uma norma.<sup>5</sup>

Nesta linha de pensamento — conceituada valorativamente — a omissão não é um *não fazer algo*. Seria impossível falar-se em omissão abstraído o dever-ser. Omitir será, somente, o desatendimento de uma determinação da ação a que o sujeito estava juridicamente obrigado.

Conceitua Grispligni a omissão como "la condotta volontaria, positiva o negativa, de un soggetto, la quale, a giudizio di chi la considera è diversa da quella ch'era da attendersi, in base ad una norma di qualsiasi natura".<sup>6</sup>

Objetou-se-lhe,<sup>7</sup> porém, que o conceito valorativo de omissão a tornava dependente das condutas descritas nas normas jurídicas,

<sup>2</sup> Como lembra Heleno Frago, *Conduta Punível*, Bushatsky Ed., São Paulo, 1961, p. 41, alguns partidários da teoria normativa opõem-se a essa idéia. Cf. Gallas, ob. cit.; Pannain, ob. cit., p. 216; Petrocelli, *Principi di Diritto Penale*, Pádua, Dott. Ed., 1943, p. 304.

<sup>3</sup> *Genesis del Derecho Penal*, Ed. Temis, Bogotá, 1956, trad. Carmelo González Cortina, p. 216.

<sup>4</sup> *Programma del Corso di Diritto Criminale, parte generale*, Florença, 10.<sup>a</sup> ed., 1907, § 30, p. 68.

<sup>5</sup> Grispligni, ob. cit., vol. II, p. 32.

<sup>6</sup> Ob. cit., p. 37.

<sup>7</sup> Não se pode confundir a concepção de Grispligni com a teoria da ação esperada de Mezger, ob. cit., vol. I, p. 283, seguida na Itália por Antolisei, *Manuale di Diritto Penale, parte generale*, 6.<sup>a</sup> ed., Milano, 1969, p. 170. Grispligni se refere à ação que era de esperar-se e Mezger à ação esperada. O próprio Grispligni, revidando a crítica que sofrera de este, demonstrou habilitamente ser referida teoria insatisfatória, porquanto desconhece que a qualidade de uma ação independe da análise subjetiva de terceiro, sendo na realidade um juízo objetivo, ob. cit., p. 48, nota 51.

trad. Carlos Fontán Balestra, Abeledo-Perrot, B. Aires, 1958, p. 30; Maurauch, *Deutsches Strafrecht, Allgemeiner Teil*, 3.<sup>a</sup> ed., 1965, apud Mourullo, *La Omisión de Socorro en el Código Penal*, Madrid, 1966, p. 15, nota 29, Maurauch que afirma na 3.<sup>a</sup> ed.: renunciou "a sostener la naturaleza óntica del concepto de omisión, y se manifestó partidario de una concepción normativa de la omisión". Na Alemanha são muitos os que seguem a teoria da ação esperada de Mezger, *Tratado de Derecho Penal*, trad. J. A. Rodríguez Muñoz, Madrid, 1946, vol. I, p. 280. Para uma visão da doutrina germânica mais moderna, cf. Zaffaroni, E. Raul, *Teoría del Delito*, Ediar, B. Aires, 1973, p. 363 e seg.

<sup>1</sup> Grispligni, Filippo, *Diritto Penale Italiano*, Milão, Giuffrè, Ed., 2.<sup>a</sup> ed., 1952, p. 30; Ranieri, Silvio, *Manuale de Diritto Penale*, Padova, 3.<sup>a</sup> ed., 1956, vol. I, p. 205; Spasari, Mario, *L'Omissione nella Teoria della Fattispecie Penale*, Milão, Giuffrè, 1957, p. 9 e seg.; Frosali, *Sistema Penale Italiano*, 1958, vol. I, p. 367; Pannain, Remo, *Manuale di Diritto Penale*, Ed. Torinese, 2.<sup>a</sup> ed., 1950, p. 215; Antolisei, Francesco, *Manuale di Diritto Penale*, Milão, Giuffrè, 6.<sup>a</sup> ed., 1969, p. 169; Bettiol, Giuseppe, *Diritto Penal*, trad. Paulo Manzini, Vicenza, *Trattato di Diritto Penale Italiano*, Ed. Torinese, 1950, vol. I, p. 600; Gallas, Wilhelm, *La Teoría del Delito en su Momento Actual*, trad. J. Cordoba Roda, Bosch, Barcelona, 1959, p. 19, nota 32; Von Liszt, *Tratado de Derecho Penal*, trad. 20.<sup>a</sup> ed. alemã, por L. Jimenez de Asúa, Madrid, vol. II, p. 316; Sauer, *Derecho Penal, Parte General*, trad. J. Del Rosal e J. Cerezo, Bosch, 1956, p. 147; Dohna, Graf zu, *La Estructura de la Teoría del Delito*,



englobando-se nela a antijuridicidade. Mourullo, por exemplo, afirma atualmente que o "substrato natural do delito aparece sobrecarregado de valores",<sup>8</sup> como reconhece Mezger.<sup>9</sup>

Grispigni enfrentou a questão, alegando ser incorreta a afirmação no sentido de estar implícita na omissão a contraditoriedade à norma; posto que, dita norma na sua apreciação poderá ser da mais diversa espécie. Juridicamente a omissão representa apenas *species* do *genus* omissão, deduzindo, daí, a possibilidade de uma omissão que não seja antijurídica.<sup>10</sup>

Afirma, assim, o destacado mestre romano, a existência de omissões que não podem ser qualificadas de antijurídicas — moral, moda, normas técnicas<sup>11</sup> e também de omissões extratípicas, violadoras de outros ramos do sistema jurídico.

Evidentemente, tal justificação só será válida, em princípio, apear-se Grispigni, para os crimes omissivos próprios, não alcançando os omissivos impróprios — tipos abertos — pois nesta categoria delituosa o dever de agir poderá resultar de norma extratípica, segundo seu sistema.<sup>12</sup> Dirá Grispigni, procurando evitar tal incompatibilidade, que nos crimes omissivos impróprios se viola um comando de agir e de impedir o resultado. Este deverá, necessariamente, estar contido numa norma penal e o comando em qualquer norma jurídica.<sup>13</sup> Como se observa, a solução de Grispigni não alcança as diversas espécies do delito omissivo.

<sup>8</sup> Mourullo, Gonzalo Rodriguez, *La Omisión de Socorro en el Código Penal*, Ed. Tecnos, Madrid, 1966, p. 34.

<sup>9</sup> Mezger, ob. cit., vol. I, p. 283; Bonini, Giotto, *L'Omissione nel Reato*, Milão, Fratelli Bocca Ed., 1947, p. 29: "Le omissioni che sono tali relativamente alle regole del diritto, sono, necessariamente, antijuridiche perché illecite in quanto sono oggetto di divieto, cioè in contraddizione con una norma del diritto, e così si hanno le omissioni civili, amministrative, penali". Referindo-se à omissão no Direito Penal, o monografista italiano ensina: "non è concepibile una *omissione lecita*, o molto meno una *omissione imposta dalla legge* senza riferirci, nel primo caso, a una norma che limita, quindi pone eccezioni al comando di fare, e, nel secondo caso, a una norma che si esporrebbe a sicura morte, tale omissione è un *lecito giuridico*". Bonini faz remissão a Petrocelli. Só poderia ele chegar a esta conclusão partindo de Petrocelli o qual identificou a antijuridicidade material com a formal. Cf. *L'Antijuridicità*, 2.ª ed., Pádua, 1951, p. 88 e segs. Diz, ainda Bonini, criticando opinião de Grispigni, no sentido de ser a omissão um juízo: "È vero che ciò che ci fa conoscere, o rivelare una cosa, può essere la cosa stessa: che, anzi, nulla ci fa conoscere una cosa più della cosa medesima: ma purché si tratti di cosa corporea. Alorché e un — *giudizio*, se il giudizio (catafasi ed apofasi), è cioè la forma del rapporto fra soggetto e predicato: quindi un derivato da questo rapporto", ob. cit., p. 49; cf. *Tratado de Derecho Penal*, Ed. Losada, B. Aires, 1951, vol. III, p. 351; Dall'Ora, *Condotta Omissiva e Condotta Permanente*, Milão, Giuffrè Ed., 1950, p. 81; mais recentemente cf. Bacigalupo, *Delitos Improprios de Omisión*, Ed. Panedille, B. Aires, 1970, p. 68.

<sup>10</sup> Ob. cit., p. 33.

<sup>11</sup> *Idem*, *ibidem*.

<sup>12</sup> Ob. cit., nota 19; diversamente Dall'Ora, ob. cit., p. 145/146, nota 58.

<sup>13</sup> Grispigni, ob. cit., p. 54.

Dirigindo-se a Mezger, advertiu Grispigni<sup>14</sup> ser impróprio falar-se em omissão excepcionalmente lícita. Ocorrendo, por hipótese, estado de necessidade justificante, por ser Grispigni partidário do conceito material de antijuridicidade, afirmará ele a inexistência da omissão.<sup>15</sup>

Interessante e oportuno lembrarmos os argumentos de Gallas, em defesa da teoria normativa da omissão. Como consequência de haver adotado um conceito de tipo diverso do de Mezger, Gallas intervém afirmando que seu colega de Munique esquecera-se de que "a espera jurídica motivadora do juízo de omissão se dá sempre que esteja ordenado o respectivo agir (indício do delito com caráter geral). Também na omissão se pode distinguir entre a execução da figura do injusto — tipo — e a antijuridicidade de sua realização no campo valorativo".<sup>16</sup> As causas de justificação em Gallas, portanto, não eliminam o tipo.

Seria esforço inútil tentarmos negar as dificuldades técnicas resultantes das premissas da teoria da ação esperada.<sup>17</sup> Mezger,

<sup>14</sup> Grispigni, ob. cit., p. 33, nota 20.

<sup>15</sup> Cf. Grispigni, ob. cit., vol. I, p. 340; Cury, Henrique, *Orientación para el Estudio de la Teoría del Delito*, Universidad Católica de Chile, 1973, p. 29; Weizel, Hans, afirmará que o dever de agir não é elemento do tipo nos crimes omissivos, p. 283, cf., ainda, p. 302. *Derecho Penal Alemán, Parte General*, Editorial Jurídica de Chile, 11.ª ed.; cf. exemplo de Wessels, Johannes, *Derecho Penal, Parte Geral*, trad. Juarez Tavares, Fabris Ed., Porto Alegre, 1976, p. 157, diz ele que "A não se omitiu ilicitamente".

<sup>16</sup> Gallas, ob. cit., p. 19.

<sup>17</sup> Bacigalupo, *Delitos Improprios*, cit., p. 68: "Si la omisión, no puede pensarse sin una referencia al mandato, entonces lo que en definitivo se afirma, es un concepto jurídico de omisión como hacen Maurach y Gallas, y no habrá relación alguna entre el plano del ser y del valor. Todo permanecerá en este último"; *idem*, p. 69/70: "Pero esto no significa que sea necesario afirmar, con Gallas o con Maurach, que la omisión tiene solamente una naturaleza jurídica y que no estaría referida a un substracto real, susceptible de ser considerado prejudicialmente. Ese substracto solo puede ser la acción efectivamente cumplida, en lo que se incluye también el mero permanecer inactivo. Es decir, solamente partiendo desde este punto de vista podrá eliminarse una consideración previamente valorativa, jurídica". Ainda do mesmo autor: "La fórmula que define la omisión desde V. Liszt, como un "no-hacer determinado", debe cambiar de sentido; omitir es "un hacer que no es el determinado", con lo que se afirma que el objeto valorado es también una acción", ob. cit., p. 72. Como se pode observar caberia usar aqui a mesma crítica que se faz a Grispigni, ou seja, a omissão como puro juízo. Vejamos as críticas de Mourullo, ob. cit., p. 26: "Las valoraciones jurídicas tienen que embarcar, en última instancia, un fragmento de realidad perteneciente al mundo de la experiencia, y uan cuando se trate de una valoración sobre una valoración, o de un juízo sobre un juízo, la existencia en el mundo empírico de un término sobre el que apoyarse sería tan sólo diferida pero no suprimida". Esta aliás será uma crítica apresentada por Bacigalupo a Kaufmann, o qual sustenta um conceito natural mediante oposição à ação. Vejamos: "Desde nuestro punto de vista, la "capacidad de acción" no constituye un dato prevalorativo. Y no lo es porque, en todo caso, un objeto del mundo del ser al cual se refiere la norma penal, no puede depender de su relación con una representación de la acción que se omite o, lo que se lo mismo dicho en el lenguaje del mandato de acción".

que também é normativista, não conseguiu demonstrar que o subtrato da omissão não se confunde com sua ilicitude. Ele mesmo admitiu que a ação esperada será reduzida de um tipo penal. Realmente, não se pode negar que a omissão seja de fato um conceito normativo. Como objetivo valorativo, cultural, será compreendida no tipo. Inexato é tê-la apenas como dado normativo sem o suporte ontológico a ela inerente, isto é, a ação concreta, mandada. O parâmetro da omissão é o tipo, respeitadas as estruturas lógico-objetivas.

A teoria da ação esperada de Mezger, muito seguida na Alemanha, recebeu sérias críticas. Quem espera? — questiona M. E. Mayer.<sup>18</sup> O que se espera? Este esperar faz com que a omissão dependa exclusivamente do juízo subjetivo de alguém, o que não se pode conceber na ciência do direito.

### CONCEITO NATURAL DE OMISSÃO EQUIPARADA A AÇÃO

Conceituar-se a omissão como pura inexistência de movimento é também solução totalmente deficiente, mesmo para os que sustentam uma visão naturalista do problema.<sup>19</sup>

<sup>18</sup> Cf. nota n.º 9.

<sup>19</sup> Cf. Dall'Ora, ob. cit., p. 65: "Il non facere è un dato della realtà sperimentale a mio giudizio, tanto quanto il facere", *idem*, p. 73; Guarneri, Giuseppe, *Il Delitto di Omissione di Soccorso*, Cedam, Pádua, 1937, p. 17: "L'omissione come forma negativa del comportamento è una realtà. Se non fosse tale, non potrebbe essere presa in considerazione dal diritto"; Ponz de Leon, *Causalità dell'Omissione nel Sistema Penale*, Milão, Giuffrè Ed., 1964, p. 4 e segs.; Mourullo, seguindo Dall'Ora é partidário deste entendimento. Ele equipara a omissão à ação, procurando encontrar naquela um aspecto objetivo que servirá a posteriori de suporte à valoração da conduta. *La Omissão de Socorro*, cit., p. 28; Maggioro, Giuseppe, *Derecho Penal*, trad. J. Ortega Torres, Ed. Temis, Bogotá, vol. I, p. 345: "La inacción puede

*impropios*, cit., p. 68. Ainda a lição do mestre argentino: "Que la omisión sea un concepto normativo, que responde al momento de consideración de una acción en relación a un mandato de acción determinado, que tiene que ver, entonces, con el cumplimiento del mandato, no es en sí incorrecto. Lo incorrecto es la consecuencia que se desprende al constituirse la omisión en un juicio, por la cual faltará un substracto real que deberá marcar el contenido de injusto". Ob. cit., p. 73 (grifo nosso); Mourullo, *La Omissão de Socorro*, cit., p. 33, afirma que a doutrina da ação esperada é essencialmente uma doutrina normativa, pois "sólo cabe esperar que el sujeto realice algo si hay una norma que le imponga el deber de realizar ese algo". Deixa claro Mourullo haver Mezger se apercebido disto, razão por que o professor de Munique preocupou-se em diferenciar a ação esperada da ação exigida. Omissão ilícita seria, portanto, para Mezger, a ação esperada exigida, *idem*, ob. cit. Persiste Mourullo nas críticas à teoria da ação esperada: "Con esto incurre la doctrina de la acción esperada en los mismos vicios que la doctrina normativa, que asegura que la omisión no puede ser sino un *non facere quod debetur*. La doctrina que sostiene que la omisión es un *non facere quod debetur*, es decir, un no hacer lo ordenado por la Ley, no es una doctrina de la omisión, sino una doctrina de la omisión *antijurídica*. El substracto natural del delito, el sustantivo al que deben añadirse luego, por vía de yuxtaposición, los atributos valorativos, aparece aquí ya sobrecargado de valoraciones desde el principio". *La Omissão de Socorro*, cit., p. 34.

Afirmam seus seguidores que sobre o nada seria impossível indicar um juízo de valoração. Cabe lembrar a afirmação de Maggioro. Recordando Hegel, ele diz que o não ser dialético não é o puro nada, mas um aspecto do próprio ser e em consequência o momento dessa realidade que é o *devenir*.<sup>20</sup>

Somente se estabelecendo tal distinção e, portanto, encontrando-se um elemento ontológico — asseveram os naturalistas — que lhe venha a dar substância, poder-se-á englobar a omissão no conceito unitário de conduta. Este elemento, forçosamente, deverá ser um dado objetivo externo, não bastando para fundamentá-la a simples vontade do omitente.

O pensamento de Beiling é no sentido de sustentar o não fazer fisilogicamente, isto é, como uma distensão muscular voluntária.<sup>21</sup> Com Ulpiano<sup>22</sup> podemos contestá-lo: *cogitationes poenam nemo patitur*.

Entre nós, Aníbal Bruno, qualificou a lição de Beiling de artificiosa e inútil, pois "transforma em atividade a inatividade própria da omissão; falsa, ainda, porque nem em toda omissão esse esforço material interno do sujeito se realiza".<sup>23</sup>

Correta a observação de Aníbal Bruno. Não há dúvida quanto à inexistência de tal distensão muscular ao se praticar ação diversa. Já que falamos em ação diversa é necessário deixar claro que Beiling não exige que a vontade de omitir esteja subentendida a negação de certo impulso de realização da ação omitida.<sup>24</sup>

<sup>20</sup> Maggioro, ob. cit., p. 345; cf. Hegel, Guillermo Federico, *Filosofía del Derecho*, 2.ª ed., Editorial Claridad, B. Aires, 1939, p. 124, §§ 117 e 118.

<sup>21</sup> Beiling, Ernest von, *Esquema de Derecho Penal*, trad. Sebastian Soler, Depalma, B. Aires, 1944, p. 44.

<sup>22</sup> Digesto — XLVIII, 19, 18.

<sup>23</sup> Ob. cit., vol. I, p. 295. Na Itália cf. Delitala, Giacomo, *Il Fatto nella Teoria Generale del Reato*, Pádua, 1930, p. 133.

<sup>24</sup> Cf. Bacigalupo, *Delitos Impropios*, cit., p. 57.

consistir en una inacción, o omisión. La inacción y la omisión no son, pues, un *no ser* de la acción, una carencia absoluta de valor, un *quid negativum* (algo negativo). Lo que es absolutamente negativo, lo que no es, queda fuera del derecho y de la realidad en general. En esta región peligrosa del derecho penal, puede servir el recuerdo del "no ser" de la dialéctica hegeliana, que no es la pura nada sino un aspecto del mismo ser, y por lo tanto, un momento de esa realidad que es *devenir*". No Brasil, dentre outros, sustentam o conceito naturalista: Aníbal Bruno, ob. cit., vol. I, p. 296: "Como a ação em sentido estrito, a omissão é um comportamento voluntário, manifestação exterior da vontade do omitente que embora não se realize com a materialidade de um movimento corpóreo, não deixa de ser uma realidade que percebemos com a evidência de um acontecer objetivamente realizado". Bernardino Gonzaga, monografia cit., p. 31, por sua vez leciona: "Está claro, em consequência, que a omissão não é o *non facere quod debetur*. O que faz a norma nada mais é do que apreender, no mundo dos fenômenos reais, um *non facere* individualizado para lhe acrescentar o qualificativo de contrário ao dever."

Preocupado com o aspecto físico da omissão, Luden, em 1840,<sup>25</sup> pretendeu sutilmente apontar como seu fundamento um *aliquid facere*. Se a inatividade por si só nada causa, o que produz o resultado danoso será a prática de uma ação positiva diversa da que deveria ter sido praticada, contemporaneamente à omissão. A esta opinião aderiram diversos autores.<sup>26</sup>

A crítica ao *aliquid agere* foi oposta ao raciocínio de Crispigni para caracterizar juridicamente a omissão. Para este, poder-se-ia, agindo em sentido estrito, praticar um crime omissivo. Aqui se afirmará, criticando-se a teoria de Luden, hoje em ascensão na Alemanha, a possibilidade de omitir-se permanecendo-se inerte, dormindo, como exemplifica Dall'Ora.<sup>27</sup>

Antecipando-nos podemos afirmar que os que dirigiram objeções a Luden não se conscientizaram de que realmente importante, para fundamentar o substrato da omissão, é a *ação diversa praticada*, pois inexistindo a omissão ontologicamente circunscrita, obviamente ao campo do ser, somente através deste outro agir poderemos, e a *potiori*, extrair a valoração da conduta omissiva.

Krug, em jocosos exemplo,<sup>28</sup> criticou Luden. Admite Krug que a omissão nada causa. Pensa ele, contudo, depender a fisicidade da omissão da ação precedente através da qual a pessoa se obrigou a agir. A sua teoria — *nihil facere* — é necessária a total inércia do sujeito.

Facilmente se destrói a colocação de Krug. A anterior lição de Crispigni é plenamente adequada e bastaria para aniquilá-la. Ademais, outro aspecto relevante, o dado volitivo, em linguagem finalista, um dos elementos do tipo subjetivo, apareceria em momento diverso da conduta incriminada, fato tecnicamente insustentável. O dolo, ou se se quiser o seu equivalente na omissão, e a culpa deverão necessariamente ser contemporâneos a esta conduta.

Glaser e Merkel seguiram caminhos semelhantes.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> Luden, *Abhandlungen aus dem gemeinen Deutschen Strafrecht*, vol. I, 1836, p. 467 e segs.; vol. II, 1840, p. 219 e segs.; *Apud*, Antolisei, Francesco, *Il Rapporto di Causalità nel Diritto Penale*, Giappichelli Ed., Turim, 1960, p. 137/138.

<sup>26</sup> Bonucci, *L'Omissione nel Sistema Giuridico*, 1911, p. 17; Dellatala, ob. cit., p. 134; Massari, Eduardo, *Il Momento Esecutivo del Reato*, Pisa, 1928, p. 56 (este se refere à ação inversa); cf. também, Mantovani, Luciano Pettoello, *Il Concetto Ontologico del Reato*, Giuffrè Ed., Milão, 1954.

<sup>27</sup> Dall'Ora, ob. cit., p. 83; cf. Petrocelli, ob. cit., p. 304; cf. Spasari, ob. cit., p. 23; Frago, *Conduta Punível*, cit., p. 43.

<sup>28</sup> Krug, *Abhandlungen aus dem Strafrecht*, 1855, p. 30 e segs.; *apud*, Antolisei, ob. cit., p. 138. Ex: criança que morre de inanição, enquanto a mãe costura as meias. O ato inofensivo de costurar as meias seria a causa da morte. Veja-se em termos, a semelhança com o raciocínio de Welzel que sustenta a finalidade potencial na omissão, *Derecho Penal*, cit., p. 277.

<sup>29</sup> Dispensamo-nos por ora de analisá-los. Serão estudados quando tratarmos da causalidade da omissão. Aí também veremos a teoria da interferência de Binding.

Também M. E. Mayer, ainda que com outros argumentos, defendeu o conceito geral de ação, fundamentando-o através da vontade,<sup>30</sup> sendo obrigado a excluir a omissão culposa do conceito de ação.

O outro Mayer — Helmuth — entende que procede com razão o uso corrente de linguagem ao não distinguir o movimento corporal positivo do não movimento. É incorreto, segundo afirma, interpretar-se o mundo como ser objetivo, em estado de repouso absoluto; pelo contrário, deve-se compreendê-lo como um processo em movimento. Resulta, assim, evidenciado não ser possível permanermos estáticos. A ação não existe por si só, mas apenas em razão de um juízo de valor, positivo ou negativo. Observa-se claramente a influência kantiana no pensamento de Mayer.

Identifica Helmuth Mayer o omitir com o fazer. Tanto há comportamento quando ocorre a prática de uma ação, como quando se deixa de deter o curso causal.<sup>31</sup>

Cury, no seu inesgotável manual, teceu justas observações censurando MAYER. Inicialmente, porque este identifica o agir ao omitir, asseverando a presença de exteriorização da vontade na omissão — fato ausente nos crimes omissivos culposos e o que é principal nos delitos de esquecimento. Por outro lado, face à dificuldade de vincular-se a vontade ao aspecto causal nos crimes omissivos dolosos. Além do mais, salienta o mestre latino-americano ser autoritária a concepção de H. Mayer, pois partindo de suas colocações toda omissão seria punível, fato inconciliável com o Direito Penal dos nossos dias.<sup>32</sup>

<sup>30</sup> Mayer, Max Ernest, *Lehrbuch*, 1915, *apud* monografia cit. Bacigalupo, p. 58, "La omisión niega la actividad, pero no la acción. Pues para la acción es esencial una voluntad de realización, casualmente, la técnica de esta voluntad de realización. Pero, al igual que es indiferente con qué músculo se inserta la voluntad en el mundo exterior, tampoco importa si lo querido se estampa exteriormente en un movimiento corporal o en una inactividad corporal."

<sup>31</sup> Mayer, Helmuth, *Das Strafrecht des Deutschen Volkes*, citado nas notas de Rodríguez Muñoz, tradutor do *Traído de Derecho Penal*, de Mezger, 2ª ed., 1946, vol. I, p. 276/277; cf. François Chatelet, *Historia da Filosofia*, Zahar, 1974, vol. VI, p. 236. Vale ressaltar a proximidade da lição de H. Mayer lembrada nas mencionadas notas de R. Muñoz, p. 278, com a teoria da interferência de Binding, com a qual ele fundamentou a causalidade da omissão no impulso que inibe a ação; cf. a propósito, Frago, *Conduta Punível*, cit., p. 45.

<sup>32</sup> Não podemos nos furtar a citar literalmente as observações críticas do mestre chileno: "Este punto de vista ha vislumbrado la solución precisa, pero incurre en dos incorrecciones. En primer lugar, se apresura en identificar el *actuar* con el *omitir*, afirmando que también en ese último caso se verifica una exteriorización de la voluntad; pues esto es improbable en el caso del *delito omissivo culposo* y, sobre todo, en los *por olvido*; mas aún también en las hipótesis de un *delito omissivo doloso* es difícil, sino imposible, encontrar el punto de conexión entre el acto de voluntad y el fenómeno causal. Del otro lado, la concepción deriva hacia el autoritarismo. Si acción y omisión se identifican, parecería que todo omitir ha de ser castigado. Nunca la doctrina ha tolerado una extensión semejante. Mayer, que impugna

## CONCEITO NATURAL DE OMISSÃO MEDIANTE OPOSIÇÃO A AÇÃO

A impossibilidade de se reduzir a um conceito unitário a ação e a omissão foi demonstrada na Alemanha, em 1904, por Radbruch.<sup>33</sup>

Obviamente, sendo ambas dadas heterogêneas — “A” e “não-A” seria contraditório, como ordinariamente se entende, identificá-las na mesma categoria. Os crimes comissivos e omissivos merecem tratamento diverso. Fraciona-se, assim, e corretamente, o sistema. Fundamentou Radbruch sua tese afirmando não ser essencial à omissão, diversamente do que ocorre na ação, a existência da vontade, do querer. Eventualmente poderá a omissão ser querida. Nada obsta.

Comprometido com o causalismo e admitindo a permissão de que à ação considerada numa perspectiva naturalista pertencerá a vontade e o resultado, ligados pelo nexa causal,<sup>34</sup> foi-lhe possível concluir que, inexistindo a vontade na omissão, será também negado o nexa causal.

Sem dúvida a reflexão de Radbruch é logicamente perfeita e exerceu influência considerável em seu país. Operar-se-á, anos depois, uma significativa transformação na matéria.

### A OMISSÃO NA TEORIA FINALISTA DA AÇÃO

A partir da importante colocação do jurista de Heidelberg, ainda que com certas peculiaridades, e seguindo, em parte, a seu mestre Welzel, já que atraído pelo finalismo, Kaufmann,<sup>35</sup> ver-

<sup>33</sup> Para chegar a tal conclusão, Radbruch, Gustav, separou a voluntariedade da ação de seu conteúdo volitivo — cf. Bacigalupo, *Delitos Improprios*, cit., p. 53, 54; *Der Handlungsbegriff in seiner Bedeutung für Strafrechtssystem*, Berlin, 1904, apud Asua, *Tratado*, cit., vol. III, p. 307 e 347. Exaustivamente em Bacigalupo, *idem*, p. 53 e seg. Cf. também Everardo Cunha Luna, *Estrutura Jurídica do Crime*, Recife, 1970, p. 66; Cury, ob. cit., p. 292; Gallas, ob. cit., p. 16; Marinucci, *Il Reato Come Azione*, Milão, Giuffrè Ed., 1971, p. 133; Baumann, *Derecho Penal*, p. 139; Bonini, ob. cit., p. 54. Sobre *la Sistemática de la Teoría del Delito*, E. Schmidhäuser no *Nuevo Pensamiento Penal*, 1975, n.º 4, p. 32/46. Além de Radbruch, opõem-se ao conceito unitário de ação: Bockelmann, Paul, *Autoria y Participación*, trad. de Carlos Fontana Balestra, e Eduardo Friker, Abeledo Perrot, B. Aires, 1960, p. 38; Androulakakis, Nikolaus, *Studien zur Problematik der Unrechtmässigen Unterlassungsdelikte*, 1963, p. 205, 219, 220, apud Zaffaroni, *Teoría del Delito*, cit., p. 367, nota 24, 25 e 27.

<sup>34</sup> Von Listz, ob. cit., vol. II, p. 304; Beling, ob. cit., p. 19/20; cf. Damásio de Jesus, *Teoría Finalista da Ação e Teorias da Culpabilidade no Cód. de 1969*, in *Anais do III Congresso do Ministério Público*, p. 77 e segs.

<sup>35</sup> Cury, ob. cit., p. 293.

decididamente las referencias a una posición de garante, da pruebas de que su postura ideológica se identifica con un afán autoritario incompatible con las actuales tendencias del Derecho Penal”, *Orientación para el Estudio de la Teoría del Delito*, Ed. Univ. Católica de Chile, 1973, p. 291/292.

sando a matéria, reelabora a teoria da omissão, enriquecendo-a. Mais uma dívida contraída pela dogmática com o rigorismo do pensamento germânico.

Kaufmann sustenta um conceito superior de ação, pré-jurídico. Em verdade, como lembra Mourullo, Kaufmann partindo de caminho diverso tentou ignorar a objeção de Radbruch, o “A” e “não-A”. Vejamos: “se designarmos a capacidade de uma pessoa para realizar uma determinada ação como “A” e a realização dessa determinada ação como “a” teremos que se pode representar a ação positiva como a soma de A + não-A”.<sup>36</sup> Dessa forma Kaufmann encontrou um elemento comum entre as duas espécies de condutas, com fundamento na capacidade de agir.<sup>37</sup>

Para Kaufmann,<sup>38</sup> as normas — mandados e proibições — estão vinculadas à capacidade do homem de agir. Como foi visto ao definir-se a conduta como “capacidade de atividade ou passividade corporal humana dirigida pela vontade de acordo com fins” previamente eleitos, Kaufmann admite um conceito superior de ação, *lato sensu*, diversamente de Radbruch.

Concorda Kaufmann<sup>39</sup> com a atitude causal das condições negativas de Nagler,<sup>40</sup> negando, contudo, que possa haver entre o omitente e sua omissão nexa causal. É este seu raciocínio: eliminado hipoteticamente o omitente e sua vontade de omitir, nada seria modificado, pois a energia causal lhe é alheia. O omitente, como se diz, só se serve da causalidade. De sorte que, dependendo a finalidade de causalidade, não haverá omissões finais. Dai resultará, conseqüentemente, a inexistência de dolo na omissão como estudado nos crimes comissivos. Dar-se-á, assim, omissão<sup>41</sup> sempre que não se fizer aquilo que se tinha de fazer, desde que, evidentemente, se tenha o poder final de agir,<sup>42</sup> porquanto é princípio jurídico elementaríssimo não estar ninguém obrigado além de suas reais possibilidades: *ultra posse, nemo obligatur*.

O pensamento de Welzel não coincide totalmente com o de Kaufmann. Em Welzel<sup>43</sup> a omissão se situa como uma “segunda forma independente dentro da conduta humana.” Partindo do raciocínio de Radbruch, mostra Welzel a contradição de “A” e “não-A” e observa que ao se incluir, através de um conceito superior a omissão à ação, deslocam-se àquela problemas relativos apenas à

<sup>36</sup> Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte*, Göttingen, 1959, p. 87, apud Mourullo, ob. cit., p. 10.

<sup>37</sup> *Idem*, nota 36.

<sup>38</sup> Kaufmann, Armin, *Handlungsbegriff*, p. 82, apud Bacigalupo, ob. cit., p. 66.

<sup>39</sup> Kaufmann, Armin, *Die Dogmatik*, cit., p. 59 e segs., apud Bacigalupo, ob. cit., p. 44.

<sup>40</sup> Apud Bacigalupo, *Delitos Improprios*, cit., p. 44.

<sup>41</sup> Kaufmann, contudo, coloca na capacidade do homem de agir o conhecimento do objeto, *Delitos Improprios*, cit., p. 68.

<sup>42</sup> Apud Cury, ob. cit., p. 292.

<sup>43</sup> Welzel, ob. cit., p. 276/277.

tentam um conceito natural de omissão aos normativistas. Realmente aquele *quid* da omissão imprescindível, ou seja, a sua dependência ao dado axiológico, não irá gerar, como incorretamente se disse, um juízo sobre um juízo, se tomarmos como sua essência a ação concretamente praticada.

Isto enseja lembrar que o aspecto valorativo da conduta é inafastável. O Direito — “ordem normativa da conduta humana” — tem por objeto as normas jurídicas na concepção do positivista Kelsen, como se sabe,<sup>46</sup> ou na visão de Cossio a norma é apenas o juízo do dever-ser. Por seu intermédio será juridicamente conhecido e compreendido o dever-ser existencial axiológico; a conduta humana em sua interferência intersubjetiva.<sup>47</sup> Salientou Cossio ser a conduta omissiva existencial e a sua impedibilidade coexistencial. Assim o “impedir é rigorosamente dever impedir e o não impedir é um dever não impedir”.<sup>48</sup>

A omissão penalmente relevante não é só conduta como quer Cossio, nem somente dado normativo como em Kelsen. A omissão penalmente relevante há de derivar, sempre, de uma norma jurídica que determine a prática de uma ação e também de um substrato natural, deduzido da ação não cumprida.

As críticas dirigidas à teoria normativa não foram diluídas por que isto seria cientificamente impossível. Não há, como *a priori* poderia parecer, contradição lógica em não assumirmos radicalmente tal posição pois fato e valor se relacionam.<sup>49</sup> Isto foi salientado, com precisão, por Androulakis que analisa, com o método fenomenológico, a teoria da omissão. Bacigalupo, autor de meticoloso estudo sobre o tema, segue o mesmo método. Tal orientação coloca as coisas em seus devidos lugares, sepultando as infundáveis discussões trazidas pelos adeptos da concepção naturalista da omissão e da teoria normativa. Para o mestre argentino, considerar a omissão normativamente não significa afirmar sua exclusividade jurídica, desvinculando-a de seu substrato real. Este substrato poderá ser a ação efetivamente realizada, aí incluído, outrossim, o permanecer inativo. Desta forma evitaremos uma consideração pré-jurídica do omitir.<sup>50</sup>

<sup>46</sup> Kelsen, Hans, *Teoria Pura do Direito*, trad. Dr. João Baptista Machado, Armênio Amado — Editor Sucessor, Coimbra, 1947, p. 21.

<sup>47</sup> Cossio, Carlos, *La Teoría Ecológica del Derecho*, Abeledo Perrot, B. Aires, 1963, p. 21; cf. Machado Neto, A. L., *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, 3.ª ed., Saraiva, 1975, p. 50; cf., ainda, Grisigni, ob. cit., vol. I, p. 5 e segs.; Juarez Cirino dos Santos, *A Dialética da Norma de Conduta*, R.D.P., n.º 21/22, 1976, p. 60 e segs.; cf. Vernengo, *Curso de Teoria General del Derecho*, 2.ª ed., B. Aires, p. 205: “el acto obligatorio es aquel acto que se configura omitiendo realizar el acto que es condición antecedente de la sanción”.

<sup>48</sup> Cossio, ob. cit., p. 23/27.

<sup>49</sup> Cf. Machado Neto, *Compêndio de Introdução à Ciência do Direito*, Saraiva, 1975, 3.ª ed., p. 19.

<sup>50</sup> Androulakis, *Studien*, cit., p. 272, 206 e segs., *apud* Zaffaroni, ob. cit., p. 283. A omissão é uma forma típica de proibir ações. Zaffaroni, cit., p. 364; cf. também Bacigalupo, monografia cit., p. 70. Realmente, é mister separar

ação, como a causalidade. Negada esta, será também negada, obrigatoriamente, a finalidade e o dolo da omissão, o que será oportunamente desenvolvido ao se estudar a estrutura do tipo omissivo.

Ação e omissão de uma ação, em Welzel, apresentam-se como “uma segunda forma independente dentro da conduta humana suscetível de ser regida pela vontade dirigida por um fim”. Ontologicamente, para ele, a omissão não é uma ação, mas omissão de uma ação determinada, tendo o agente o poder final de realizá-la. O simples não fazer já não significa omitir. O conceito é limitativo, não negativo. Consistirá a omissão, ainda no pensamento do mestre alemão, justamente em não produzir a finalidade “potencial” (positível), comprovável através de um juízo objetivo.

De forma aproximativa ao horizonte de Kaufmann, ensina Welzel que não tendo o agente o “domínio do fato”, isto é, a possibilidade de agir, não se poderá dizer que omitiu. A dificuldade da colocação de Welzel surge de importar-se ele com a potencialidade de uma ação já realizada.<sup>44</sup>

Alinha Welzel, como requisitos fundamentais, inerentes ao poder final do fato (capacidade do homem de agir com o conhecimento do objeto em Kaufmann): estar ciente da situação fática produtora de seus efeitos, estar em condições de reconhecer e poder selecionar os meios aptos para levar a efeito o objetivo da norma, ter possibilidade real física (concreta) de empregar os meios eleitos e executar o ato planejado.<sup>45</sup> Ausente qualquer destes requisitos, dar-se-á a inexistência de omissão. Enfim, a omissão em Welzel é analisada juridicamente. É omissão de uma ação determinada daquele que tinha o poder final de agir. Como Kaufmann, ele sustenta um conceito superior de ação. A divergência entre ambos reside em colocar este como dado fundamental da omissão a censurabilidade, a qual recairá sobre aquele que, tendo a capacidade de agir, deixou de praticar a ação devida.

A verdade irrecusável é que ambos ao se referirem à ação qualificada de devida, determinada, como não poderia deixar de ser, na ciência do *Sollen*, não diluíram as críticas endereçadas pelos que sus-

<sup>44</sup> Welzel, *Derecho Penal*, cit., p. 276/277. Observe-se que Welzel nos delitos culposos não mais se refere à finalidade potencial. Atualmente ele encontra na ação real praticada o elemento básico da ilicitude nestes delitos, se bem que sem prescindir de um juízo posterior através do qual será encontrada a lesão ao dever objetivo de cuidado. O cuidado é objetivo e não potencial. Cf. *El Nuevo Sistema del Derecho Penal*, Ariel, Barcelona, trad. Cerezo Mir, 1964, p. 68, e *Derecho Penal*, cit., p. 195. Veja-se criticamente Bacigalupo, *Delitos Improprios*, cit., p. 68/69. Salienta-se, ainda, que em 1971 em conferência pronunciada na Universidade Nacional de Córdoba, Welzel declarou haver usado a palavra finalidade por não existir outra mais adequada; reconhecendo maior correção no termo cibernética, que significa direção e encaminhamento; cf. *A Dogmática no Direito Penal*, trad. Yolanda Catião, in *Revista de Direito Penal*, n.ºs 13/14, p. 7/13. Vejam-se as críticas às primeiras colocações de Welzel no delito culposo em Werner Niese, *La Teoría Finalista de La Acción en el Derecho Penal Alemán*, in *Rev. Facultad de Derecho do México*, 1961, vol. XI, jan./julho, p. 291/296; cf. nota 41.

<sup>45</sup> *Idem*, Welzel, p. 377.

Cremos ser necessário valermos-nos novamente dos fecundos ensinamentos de Bacigalupo. Nas conclusões de sua monografia ele deixa claro, como em Welzel, que a omissão ontologicamente não existe, sendo absurdo pretender-se equipará-la à ação. Esclarece, Bacigalupo todavia, aqui discordando de Welzel, que a diversidade de ação e omissão apenas tem sentido no âmbito da significação de uma conduta ativa efetivamente cumprida, ou seja, no plano do tipo penal. Omissão encerra uma referência à significação típica de um acontecer realmente efetivado, surge como comparação do ocorrido com o exigido". E conclui: "A realização de um tipo proibitivo é a inversa de um tipo proibitivo. A este só uma ação determinada pode ser adequada. Aquele qualquer ação que não seja a mandada".<sup>51</sup>

<sup>51</sup> Bacigalupo, *Delitos Improprios*, cit., p. 166. Androulakis falará que o substrato da omissão é a já anterior existência da ação diversa praticada, ob. cit., *apud* Zaffaroni, p. 383.

a omissão do seu significado. Spasari já disse: "il limite dell'omissione-penale come entità normativa è dato dal contenuto del giudizio che la caratterizza; il suo significato consiste nel non poter intendersi al di fuori del riferimento ad una norma penale, ossia al di fuori della sua antigiuridicità penale", ob. cit., p. 23. Com base nas premissas da teoria egológica do direito de Carlos Cossio, conclui Julio Barboza "que no se debe hacer consistir al delito de omisión en un no hacer, sino en un acto positivo que participa en la realidad en la forma que indicamos; como no modificación. *Norma y Realidad de los Delitos de Omisión*, in *Del Actual Pensamiento Jurídico Argentino*, Ed. Arayú, B. Aires, p. 256 a 265.

O ensejo é propício para lembrar que a legislação penal brasileira sempre distinguiu ação de omissão, não englobando esta num conceito superior. Com efeito o § 1.º, do art. 2.º, do Código Imperial, definia o crime ou delito com "toda ação ou omissão voluntária contrária às leis penais". Para o legislador de 1890 "a violação da lei penal consiste em ação ou omissão", art. 2.º. A Lei de Introdução ao Código Penal, Decreto-lei n.º 3.914, de 9.12.1941, conceituou o crime distinguindo-o da contravenção, valendo-se apenas do critério da pena aplicável. Ao tratar da "imputação física do crime" no valorizadíssimo art. 11 do Código Penal, distinguiu-se a forma de realização das condutas humanas. Considera-se causa de um crime a "ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido", o que foi repetida integralmente no *Cóput* do art. 13 do Código Penal de 1969. A distinção também existe no Código Penal espanhol. Lembra Córdoba Roda que por referir-se o art. 1.º do Código Alemão, de 1871, apenas à ação, foi a doutrina forçada a interpretar *lato sensu* o conceito de ação. Somente assim poder-se-ia entender como crimes as omissões previstas na parte especial. *Una Nueva Concepción del Delito*, Ed. Ariel, Barcelona, 1963, p. 86. Atualmente, depois da reforma de 1969 dispõe expressamente o art. 13 — "El que omitiere impedir un resultado que integre el tipo de una ley penal, será punible conforme a esta ley, siempre que jurídicamente tenga que responder por que este resultado no se produzca y cuando el omitir correspondiera a la realización del tipo legal mediante un hacer" (*Código Penal Aleman, Parte General*, trad. Espinola, Ed. Depalma, Buenos Aires). Entre nós, Anibal Bruno observou a distinção legislativa. Para ele, "isso corresponde à exigência de evitar toda ambigüidade, segundo a técnica de redação de uma lei penal, mas não impede que a doutrina admita uma categoria superior, sob o nome de ação em amplo sentido, que abranja ambas as formas de comportamento do agente, o fazer e o não fazer punível", *Direito Penal*, vol. I, nota da p. 294.

Pode-se afirmar que isto, com outra visão metodológica, representa a volta ao *aliud agere*, sem os defeitos originais de Luden, que afirmava a causalidade da omissão. Também para Luden a omissão nada mais representa do que a ação positiva diversa.<sup>52</sup>

### CONCEITO DE CRIME OMISSIVO

Chegando a este ponto do discurso dogmático e à luz das atuais conquistas científicas, cremos já poder finalmente conceituar o crime omissivo.

O delito é uma conduta humana típica ilícita e por isto censurável, praticada por ação ou por omissão de ação. Fique bem caracterizado que a omissão simplesmente tomada não é forma de conduta. Apenas a *omissão de ação*, pois a norma tem por objeto, sempre, uma ação.<sup>53</sup> Nelas, a proteção dos valores sociais mais relevantes serão juridicamente determinados e demarcados de forma exaustiva pelo tipo, à exceção dos tipos abertos.

A norma nos delitos omissivos exige a prática de uma ação final voltada para a proteção de determinado bem socialmente útil. Serão proibidas todas as condutas diversas da ação ordenada. Não é imprescindível a abstenção da atividade, bastando um outro fazer que não o determinado pela norma.

<sup>52</sup> Massari dizia ser a omissão, a ação inversa da que se podia e devia realizar. *Apud* Mourullo, ob. cit., p. 21. Cf. também Delitala, ob. cit., p. 134, e Zaffaroni, ob. cit. p. 364.

<sup>53</sup> Cf. Bacigalupo, *Problemas del Sistema de la Teoría del Delito*, in *Nuevo Pensamiento Penal*, ano III, 1974, p. 11; A. Kaufmann, *Sobre el estado de la doctrina del injusto personal*, in *Nuevo Pensamiento Penal*, ano 4, 1975, p. 162, onde ele afirma: "As proibições correspondentes aos delitos de comissão requerem omitir ações finalmente entendidas". Cf. ainda Juarez Cirino dos Santos, *A dialética da Norma de Conduta*, in *Rev. Dir. Penal*, 21/22, p. 63.

## OMISSÃO E POLÍTICA CRIMINAL

Ricardo Antunes Andreucci

David Teixeira de Azevedo

1. A omissão, vista sob o ângulo quantitativo das espécies puníveis, não pode ser minimizada no contexto penal, uma vez que surge com maior frequência do que normalmente se pensa.

Veja-se que os crimes omissivos próprios não são tão raros (omissão de socorro, abandono material e intelectual, omissão de notificação de doença e outros), além do que, como preteciona Fragoso, quase todos os crimes comissivos podem ser praticados por omissão.<sup>1</sup>

Além do mais, existem tipos alternativos que contemplam a ação e a inatividade (corrupção passiva, prevaricação e outros), outros que contêm intrinsecamente a omissão (apropriação indébita) e aqueles que não desdenham (estelionato).

Isso sem se pôr de lado o chamado crime omissivo por comissão, pesquisada por Roxin e entre nós aceita por Paulo José da Costa Jr., sendo de se citar ainda o crime omissivo puro com resultado, referido por Nuñez.<sup>2</sup>

A elencação é suficiente para que não se hesite em admitir que a inação, contrariamente ao que pretendem alguns autores, não surge residualmente na Parte Especial do Código Penal. Bem ao contrário, a sua configuração é bem difusa e a sua possibilidade de ocorrência bastante grande.

Por outro lado, constata-se uma tendência não negligenciável quanto ao crescimento dos tipos omissivos, como bem anota Stiles, lembrando que a matéria se estende até à responsabilidade das pessoas jurídicas e à distribuição de responsabilidades dentro das sociedades e grupamentos.<sup>3</sup>

<sup>1</sup> *Lições de Direito Penal, Parte Geral*. São Paulo, José Bushatsky ed., 1976, p. 252.

<sup>2</sup> *El límite entre comisión e omisión*. In: *Problemas básicos de derecho penal*. Trad. Diego Manuel Luzón Peña. Madrid, Reus S.A., 1976, p. 226 e ss. Costa Jr., ob. cit., p. 16/17. Nuñez. *Manual de Derecho Penal*. Córdoba, Lerner Ed., p. 153.

<sup>3</sup> *Infracciones d'omission. et responsabilidad pénale pour omision*. In: *Revue Internationale de Droit Penal*, vol. 52, p. 553. Mantovani também constata a expansão dos crimes omissivos (*Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1979, p. 155).

2. A ampliação daquilo que já é amplo, e que não se apresenta ainda inteiramente sedimentado pela pesquisa, resulta preocupante, pois sugere desdobramentos não plenamente previsíveis.

As dúvidas da ciência persistem quanto à possibilidade de reunir ação e omissão num conceito superior de conduta, tudo na dependência dos pressupostos, ou seja, a partir de premissas filosóficas, naturalísticas ou jurídicas, sem olvidar as sociais, que indagam da realidade do não fazer.<sup>4</sup>

Não se solucionou a questão, mesmo porque não se chegou a delimitar com precisão os campos da ação e da omissão tolhidos os estudiosos pela sistemática de uma lógica binária que, entre a luz e as trevas, não enxerga a penumbra. A consciência da confusão entre os campos que antes pareciam nítidos parece hoje assentada entre os autores.<sup>5</sup>

Por outro lado, a noção de omissão embricou no tema da causalidade,<sup>6</sup> o que levou a uma situação aparentemente sem saída, tudo terminando por desembocar na posição de garantidor, que é no fundo, uma convocação do conteúdo material do direito.<sup>7</sup>

O certo é que as críticas se sucederam, pois, o que a doutrina buscou evitar foi a clara violação do princípio da reserva legal que se encontra por detrás dos delitos comissivos por omissão. A norma subjacente, implícita, que se deve buscar em outros ramos do direito e que termina surgindo de princípios gerais, já que frequentemente neles não se encontra o mandamento de agir, implica o uso, que não se quer reconhecer, da analogia.<sup>8</sup>

3. A omissão, portanto, constituiu-se num dos setores mais obscuros da estrutura delitiva.<sup>9</sup> A conclusão, sem dúvida, evidencia o

<sup>4</sup> Everardo da Cunha Luna, *A causalidade da omissão no anteprojeto de Código Penal*. In: *Estrutura Jurídica do Crime*. Recife, Universidade Federal, 1970, p. 201. V. Mario Spasari. *Condotta*. In: *Enciclopedia del Diritto*, Milão, Giuffrè Ed., 1961, vol. VIII, p. 849 e ss.

<sup>5</sup> Bacigalupo, *Delitti improprii de omisión*, Buenos Aires, Ed. Panne-dille, 1970, p. 23; Wessels, *Direito Penal* — Parte Geral. Trad. Juarez Tavares, Porto Alegre, Sergio Antonio Fabris Ed., 1976, p. 159; Galiani, *Il problema della condotta nei reati omissivi*, Nápoles, Jovene Ed., 1980, p. 27; Fragoso (Hungria — Fragoso), ob. e vol. cit., p. 523 e ss. Vale a pena ler Aristóteles, *Oeuvres complètes Platon*. Trad. Léon Robier. Paris, La Pléiade, Gallimard, 1950, Fliebo, 16 B e 17 B.

<sup>6</sup> Carlos E. Mascarenhas. *Acción*. In: *Nueva Enciclopedia Jurídica*, Barcelona, 1950, t. II, p. 212. Sobre a causalidade na omissão: Antolisei, *Il rapporto di causalità nel Diritto Penale*. Turim, G. Giappichelli Ed., 1960, reed. Azzali. *Contributo alla teoria della causalità nel Diritto Penale*. Milão, Giuffrè Ed., 1954, p. 98 e ss.; Carlos de Eléa, *Delito de Omisión*. In: *Enciclopedia Jurídica Omeba*, Buenos Aires, t. VI, p. 275; Caraccioli. *Omissioni*. In: *Novissimo Digesto Italiano*, Torino, 1955, v. XI, p. 895; Siniscalco. *Causalità*. In: *Enciclopedia Del Diritto*, Milão, Giuffrè Ed., 1960, vol. VI, p. 649.

<sup>7</sup> Jescheck, *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Mir Puig e Muñoz Conde. Barcelona. Bosch Casa Ed., 1981, vol. II, p. 854 e ss.

<sup>8</sup> Jescheck, op. e vol. cit., p. 836 e ss. Entre nós, Cunha Luna, ob. cit., p. 221/222.

<sup>9</sup> Cury. *Orientación para el estudio de la teoría del delito*. Santiago, Ed. Nueva Universidad, 1973, p. 289.

manifesto descompasso entre a evolução dogmática de seu estudo e a da ação em sentido estrito.

Parece que nos defrontamos com dois grandes espaços, um dos quais, o da omissão, apresenta-se como um território sitiado, mas ainda longe de ser conquistado. Daí que Paulo José da Costa Jr. repita Guarnieri para salientar que se trata da causalidade omissiva de um "dos pontos mais cruciais e tormentosos da ciência do direito penal".<sup>10</sup>

Isso demonstra, conclusão que não se contesta, a fragilidade dos critérios usados para enfrentá-la e, mais do que isso, o seu sentido abstracional ou, como diria Hungria, a sua vocação para "mecânica jurídica" "nas lucubrações desse narcisismo do direito".<sup>11</sup>

Bernardino Gonzaga tudo bem delimita quando observa que, quanto ao tema, "a lei e a doutrina não nos apresentam ainda soluções precisas e seguras, e cujo tratamento na prática judiciária costuma revestir-se, por isso mesmo, de boa dose de empirismo".<sup>12</sup> Divórcio, conseqüentemente, entre a avaliação dogmática e a prática forense, está avessa às divagações teorizantes e inseguras sobre a omissão. A jurisprudência brasileira, por seu turno, limitou o conceito da omissão a um mínimo, na procura de certeza e segurança, mas, ao mesmo tempo, conteve-a dentro de uma limitação indesejável.

Observe-se que não se trata aqui da divisão entre "doctores" e "iudices", que leva à autonomia destes e à solidão da doutrina,<sup>13</sup> mas de uma efetiva impossibilidade do uso judicial da ciência do direito em razão de suas intrínsecas contradições e da falta de critérios razoáveis ou, pelo menos, de aceitação ampla.

4. A tudo isso se acrescenta a própria evolução histórica da dogmática do crime omissivo, que retroage, no estudo de Sgubbi, a período precedente ao iluminismo, e que evidencia as suas conexões óbvias com os regimes autoritários, ou, quando não, com os interesses fundamentais dos que exercem o domínio.<sup>14</sup>

Pouco mais seria necessário acrescentar. Tipos abertos vinculados a deveres de cunho moral na proporção em que esta, pode ser imposta, tipos ligados a fontes materiais extrapenais de deveres, enfim, um conjunto que pode se prestar a infundáveis manipulações, tanto mais que a dogmática na sua função de possibilitar a aplicação da lei, foi, até agora, insuficiente para dirimir os problemas e assegurar a certeza do direito quanto aos crimes omissivos.

<sup>10</sup> *Do nexo causal*. São Paulo, Ed. Saraiva, 1964.

<sup>11</sup> *Os pandectistas do Direito Penal*. In: Hungria-Fragoso. *Comentários ao Código Penal*. Rio, Forense, 1978, 5.<sup>a</sup> ed., vol. I, t. II, p. 444 e 458.

<sup>12</sup> *Crimes comissivos por omissão*. In: *Estudos de Direito e Processo Penal em homenagem a Nelson Hungria*. Rio, Forense, 1962, p. 252.

<sup>13</sup> Bettiol. *Verso un nuovo romanticismo giuridico*. In: *Scritti Giuridici*, 1966-1980. Pádua, Cedam, 1980, p. 244.

<sup>14</sup> Sgubbi. *Responsabilità penale per omissio impedimento dell'evento*. Pádua, Cedam, 1975.

Impõe-se a convicção da manifesta inconveniência da ampliação dos quadros da omissão, seja por razões de cõgnática, de certeza e segurança do direito, seja pela possibilidade de uma destinação dissonante dos designios liberais.

Encerrando, a inação no Direito Penal persiste, até agora, como diria Bettiol, como um dos "mistérios" da nossa ciência.<sup>15</sup>



## CONCEPÇÃO E PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO, INCLUSIVE A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES, NO BRASIL \*

Nilo Batista

### I — Nota introdutória

O presente relatório procurou observar as recomendações do comentário provisório do Professor Klaus Tiedemann, notadamente quanto a concentrar esforços sobre as soluções legislativas adotadas para o tratamento de problemas práticos, e quanto a seguir estritamente o questionário proposto, objetivando oferecer uma base válida para a análise e discussão comparativa.

Isto significa, por um lado, renunciar a uma apreciação de caráter criminológico sobre o quadro — dessa perspectiva, atraente — oferecido pelo capitalismo dependente brasileiro; por outro lado, a estrutura do relatório se subordina completamente ao modelo do questionário.

### II — *Questões relativas à concepção do Direito Penal Econômico*

1. O vigente código penal brasileiro foi promulgado em 7 de dezembro de 1940 (Decreto-Lei n.º 2.848), e desde então só veio a sofrer alterações setoriais, restritas à disciplina de determinados delitos. A única alteração que poderíamos chamar de estrutural sofrida pelo código penal deu-se na parte geral, em 1977 (Lei n.º 6.416), com modificações importantes no que concerne à aplicação e execução da pena e à extinção da punibilidade. Em 1981, uma comissão nomeada pelo Ministério da Justiça apresentou um projeto de reforma de toda a parte geral, que já foi objeto de amplo debate acadêmico, e deverá brevemente ser encaminhado ao Congresso Nacional. A parte especial está sendo examinada pela comissão, mas não se conhecem os resultados de seu trabalho. Pode-se, pois, afirmar que, ressalvadas as alterações setoriais a que acima nos referimos, encontra-se em vigor uma parte especial de 1940.

Obviamente, uma tal parte especial não possui um título que trate, isoladamente, dos conjuntos de incriminações que se reúnem sob a designação de direito penal econômico; deve ter-se em mente que muitos dos concretos espaços sociais nos quais se apresenta tal criminalidade são de criação *posterior* ao código penal (como as feições atuais do mercado financeiro, do sistema bancário, das obrigações tributárias, etc.).

Não obstante, o código penal prevê, no art. 177, fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedades por ações. É notável observar que radicais alterações na disciplina legal das próprias sociedades por ações (através da Lei n.º 6.404/76), bem como a criação de um órgão encarregado de fiscalizar as sociedades por ações mediante subscrição pública, com poderes para punições de caráter administrativo (Comissão de Valores Mobiliários, Lei n.º 6.385/76), não tiveram o condão de determinar qualquer mudança no tratamento legal penal, o qual, imperturbavelmente, manteve-se filiado a modelos incriminatórios clássicos, que provêm do art. 340 do código penal de 1890.

Os crimes contra privilégio de invenção, marcas de indústria e comércio e de concorrência desleal versam matéria que, entre nós, habitualmente se inclui no chamado direito penal econômico, a despeito de sua tradição jurídica própria. Entretanto, os dispositivos do código penal que prevêm tais delitos (arts. 187 a 196) foram revogados pelo Decreto-Lei n.º 7.903, de 27 de agosto de 1945 (arts. 169 a 189), conhecido por Código da Propriedade Industrial, cujas regras de natureza penal continuam em vigor, mesmo quando o assunto já foi objeto de nova disciplina (Lei n.º 5.772/71; cf. especialmente o art. 128).

Deve ser feita menção também ao crime de duplicata simulada, previsto no art. 172 CP. Essa figura, construída como crime de perigo contra o patrimônio, apresenta-se com relativa frequência na prática judiciária. A redação atual do art. 172 CP se deve à Lei n.º 5.474/68 (art. 26).

Quanto à defesa do consumidor, dela não podia igualmente ter tratado uma parte especial anterior às formações sociais urbanas “de consumo” brasileiras. Numa perspectiva tradicional, encontram-se no código penal certos crimes contra a saúde pública, que tratam da adulteração ou falsificação de substâncias alimentícias ou medicinais, da fabricação de produtos com violação de disposições da legislação sanitária, ou da venda ou manutenção em depósito de substância alimentícia ou medicinal avariada (arts. 272, 273, 274, 279, CP). Assim também entre os crimes contra o patrimônio, encontra-se a figura da “fraude no comércio”, que se apresenta quando alguém, no exercício da atividade comercial, engana o consumidor, vendendo mercadoria falsificada ou deteriorada como verdadeira ou perfeita, ou substituindo uma mercadoria por outra (art. 175 CP); com uma modalidade qualificada para hipóteses em que a fraude

\* Relatório apresentado ao Colóquio preparatório de Friburgo da Brasília (Alemanha Ocidental).

incida sobre metais ou pedras. É fácil perceber que tais delitos integram uma tradição de tutela penal da saúde pública e do patrimônio que nada tem a ver com a proteção do consumidor; a fraude no comércio tem seu significado reduzido a um episódio individualístico, concebível como subspecie do estelionato (e não é por acaso que topograficamente aquele delito se inscreve no capítulo que tem por designação "do estelionato e outras fraudes").

Em contraposição ao quadro modesto do Código Penal, encontramos diversas leis autônomas versando matérias concernentes ao chamado Direito Penal Econômico. Eis uma relação dessas leis:

- a) Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945 (crimes falimentares, arts. 186 a 199);
- b) Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965 (prevê crimes relacionados ao instituto da alienação fiduciária em garantia — art. 66, § 8.º — e à impressão, fabrico ou comercialização irregular e não autorizada de ações de sociedades anônimas — arts. 73 e 74);
- c) Decreto-lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966 (incrimina a conduta de administradores de sociedades seguradoras da qual decorra a insuficiência das reservas, art. 110);
- d) Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (crimes relativos às instituições bancárias e financeiras: empréstimo irregular a administrador — art. 34, inc. I, § 1.º —, sigilo bancário — art. 38, § 7.º —, instituição financeira clandestina — art. 44, § 7.º);
- e) Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (crimes contra a economia popular);
- f) Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965 (crime de sonegação fiscal);
- g) Decreto-lei n.º 16, de 10 de agosto de 1966 (incrimina a produção, comércio e transporte clandestino de açúcar e de álcool);
- h) Decreto-lei n.º 47, de 18 de novembro de 1966 (incrimina o transporte de café de comercialização proibida);
- i) Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964 (crimes e contravenções penais nas incorporações, construções e vendas imobiliárias em condomínio, arts. 65 e 66);
- j) Lei n.º 5.741, de 1.º de dezembro de 1971 (esbulho possessório de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, art. 9.º);
- l) Lei n.º 6.649, de 16 de maio de 1979 (contravenções penais na locação de imóveis urbanos);
- m) Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (prevê crimes no parcelamento irregular do solo urbano, bem como nas vendas de loteamentos irregulares — arts. 50 a 52);
- n) Lei n.º 6.453, de 17 de outubro de 1977 (prevê crimes na exploração e utilização irregular de energia nuclear, arts. 19 a 27).  
Quantitativamente, o Direito Penal Econômico não contribui com números significativos para as estatísticas forenses. Com efeito, a cifra oculta atinge aqui níveis espantosos, podendo afirmar-se que os tribunais brasileiros só por exceção conhecem e decidem esta

classe de ilícitos. Distintos são os mecanismos, no Brasil, que conduzem a este fenômeno, aos quais caberia ligeira menção. Em primeiro lugar, colocar-se-ia um princípio segundo o qual, em matéria penal econômica, textos que criem crimes de perigo ou crimes formais estão fadados à mais cabal ineficácia. Parece que — a exemplo do que sucede nos delitos pré-falimentares — só a superveniência de um resultado de dano tem o condão de identificar e trazer a debate o delito econômico, e quase sempre pela iniciativa do lesado ou pela repercussão pública incontornável de um prejuízo coletivo. Raramente se terá visto no Brasil um processo criminal iniciado apenas a partir de constatações descobertas em inspeções de rotina da autoridade administrativa, em atividades sujeitas a fiscalização — como, por exemplo, no sistema bancário. Para tais casos, a certeza de que nenhum prejuízo advirá a terceiros conjugada à interrupção da prática ilícita costuma obstar qualquer repercussão criminal do ocorrido. Por outro lado, muitas vezes, quando haja um lesado determinado, a composição entre partes — não raro, com conhecimento ou mesmo intervenção da autoridade administrativa — conduz ao silêncio sobre o caso. Por fim, se o lesado se dirige à autoridade policial, pode esta, dentro de certos limites, havendo composição entre partes e desinteresse do lesado, já ressarcido, interromper as investigações e arquivar o procedimento (chamado "investigação preliminar"); a legalidade dessa prática é objeto de controvérsia. O aparelho do estado, por essas autoridades administrativas e policiais, cumpre com suas tarefas de tutela do sistema econômico e de suas expressões sociais visíveis, e se comporta de forma bem distinta daquela empregada em face da criminalidade tradicional contra o patrimônio, seguramente porque representa a criminalidade econômica como simples disfunção do sistema, suscetível de correção, enquanto representa a criminalidade tradicional como seguradora do sistema, e precipitadora portanto de mecanismos repressivos.

Constitui um lugar comum referir o volume dos danos causados por certos delitos econômicos, em comparação com os danos derivados da criminalidade tradicional. Em 1977, no Estado do Rio de Janeiro, foi possível estimar, desde o primeiro registro policial, o valor do prejuízo causado por 17.074 furtos. Desses, apenas 203 superaram Cr\$ 100.000,00. Em 1978, dos 15.880 furtos que permitiram essa avaliação, apenas 444 superaram Cr\$ 100.000,00, e em 1979, de 20.886 furtos, 2.457 ultrapassaram aquele valor (fonte: Anuário de Estatística Criminal da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro). Basta considerar que uma só fraude, relacionada a operações entre empresas financeiras, que ficou conhecida como "o caso dos cheques administrativos", ocorrida em agosto de 1976, tinha o valor de Cr\$ 197.906.370,00. Fraudes na administração de um Banco de Investimentos, cuja liquidação extrajudicial foi decretada pelo Banco Central do Brasil em abril de 1976, e que deram origem a um processo criminal, alcançaram a cifra de

incida sobre metais ou pedras. É fácil perceber que tais delitos integram uma tradição de tutela penal da saúde pública e do patrimônio que nada tem a ver com a proteção do consumidor; a fraude no comércio tem seu significado reduzido a um episódio individualístico, concebível como subespécie do estelionato (e não é por acaso que topograficamente aquele delito se inscreve no capítulo que tem por designação "do estelionato e outras fraudes").

Em contraposição ao quadro modesto do Código Penal, encontraremos diversas leis autônomas versando matérias concernentes ao chamado Direito Penal Econômico. Eis uma relação dessas leis:

- a) Decreto-lei n.º 7.661, de 21 de junho de 1945 (crimes falimentares, arts. 186 a 199);
- b) Lei n.º 4.728, de 14 de julho de 1965 (prevê crimes relacionados ao instituto da alienação fiduciária em garantia — art. 66, § 8.º — e à impressão, fabrico ou comercialização irregular e não autorizada de ações de sociedades anônimas — arts. 73 e 74);
- c) Decreto-lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966 (incrimina a conduta de administradores de sociedades seguradoras da qual decorra a insuficiência das reservas, art. 110);
- d) Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (crimes relativos às instituições bancárias e financeiras: empréstimo irregular a administrador — art. 34, inc. I, § 1.º —, sigilo bancário — art. 38, § 7.º —, instituição financeira clandestina — art. 44, § 7.º);
- e) Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951 (crimes contra a economia popular);
- f) Lei n.º 4.729, de 14 de julho de 1965 (crime de sonegação fiscal);
- g) Decreto-lei n.º 16, de 10 de agosto de 1966 (incrimina a produção, comércio e transporte clandestino de açúcar e de álcool);
- h) Decreto-lei n.º 47, de 18 de novembro de 1966 (incrimina o transporte de café de comercialização proibida);
- i) Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964 (crimes e contra-venções penais nas incorporações, construções e vendas imobiliárias em condomínio, arts. 65 e 66);
- j) Lei n.º 5.741, de 1.º de dezembro de 1971 (esbulho possessório de imóvel financiado pelo Sistema Financeiro da Habitação, art. 9.º);
- l) Lei n.º 6.649, de 16 de maio de 1979 (contravenções penais na locação de imóveis urbanos);
- m) Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (prevê crimes no parcelamento irregular do solo urbano, bem como nas vendas de loteamentos irregulares — arts. 50 a 52);
- n) Lei n.º 6.453, de 17 de outubro de 1977 (prevê crimes na exploração e utilização irregular de energia nuclear, arts. 19 a 27).  
Quantitativamente, o Direito Penal Econômico não contribui com números significativos para as estatísticas forenses. Com efeito, a cifra oculta atinge aqui níveis espantosos, podendo afirmar-se que os tribunais brasileiros só por exceção conhecem e decidem esta

classe de ilícitos. Distintos são os mecanismos, no Brasil, que conduzem a este fenômeno, aos quais caberia ligeira menção. Em primeiro lugar, colocar-se-ia um princípio segundo o qual, em matéria penal econômica, textos que criem crimes de perigo ou crimes formais estão fadados à mais cabal ineficácia. Parece que — a exemplo do que sucede nos delitos pré-falimentares — só a superveniência de um resultado de dano tem o condão de identificar e trazer a debate o delito econômico, e quase sempre pela iniciativa do lesado ou pela repercussão pública incontornável de um prejuízo coletivo. Raramente se terá visto no Brasil um processo criminal iniciado apenas a partir de constatações descobertas em inspeções de rotina da autoridade administrativa, em atividades sujeitas a fiscalização — como, por exemplo, no sistema bancário. Para tais casos, a certeza de que nenhum prejuízo advirá a terceiros conjugada à interrupção da prática ilícita costuma obstar qualquer repercussão criminal do ocorrido. Por outro lado, muitas vezes, quando haja um lesado determinado, a composição entre partes — não raro, com conhecimento ou mesmo interveniência da autoridade administrativa — conduz ao silêncio sobre o caso. Por fim, se o lesado se dirige à autoridade policial, pode esta, dentro de certos limites, havendo composição entre partes e desinteresse do lesado, já ressarcido, interromper as investigações e arquivar o procedimento (chamado "investigação preliminar"); a legalidade dessa prática é objeto de controvérsia. O aparelho do estado, por essas autoridades administrativas e policiais, cumpre com suas tarefas de tutela do sistema econômico e de suas expressões sociais visíveis, e se comporta de forma bem distinta daquela empregada em face da criminalidade tradicional contra o patrimônio, seguramente porque representa a criminalidade econômica como simples disfunção do sistema, suscetível de correção, enquanto representa a criminalidade tradicional como seguradora do sistema, e precipitadora portanto de mecanismos repressivos.

Constitui um lugar comum referir o volume dos danos causados por certos delitos econômicos, em comparação com os danos derivados da criminalidade tradicional. Em 1977, no Estado do Rio de Janeiro, foi possível estimar, desde o primeiro registro policial, o valor do prejuízo causado por 17.074 furtos. Desses, apenas 203 superaram Cr\$ 100.000,00. Em 1978, dos 15.880 furtos que permitiram essa avaliação, apenas 444 superaram Cr\$ 100.000,00, e em 1979, de 20.886 furtos, 2.457 ultrapassaram aquele valor (fonte: Anuário de Estatística Criminal da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro). Basta considerar que uma só fraude, relacionada a operações entre empresas financeiras, que ficou conhecida como "o caso dos cheques administrativos", ocorrida em agosto de 1976, tinha o valor de Cr\$ 197.906.370,00. Fraudes na administração de um Banco de Investimentos, cuja liquidação extrajudicial foi decretada pelo Banco Central do Brasil em abril de 1976, e que deram origem a um processo criminal, alcançaram a cifra de

Cr\$ 450.000.000,00. A comparação desses números com os resultantes dos furtos dispensa qualquer comentário.

2. Há uma acentuada tendência da doutrina para reunir esses crimes numa classe distinta das classes tradicionais inscritas na parte especial do Código Penal. Reconhece-se, no entanto, que esta classe é necessariamente integrada por elementos complexos, isto é, por subclasses; a extensão da matéria impede que essas subclasses sejam homotípicas, compondo-se cada uma delas de delitos reunidos pela referência comum a um determinado corte do processo econômico ou financeiro. O critério classificatório do bem jurídico não revela, neste domínio, um desempenho aceitável; mesmo numa subclasse tão estratificada como é a dos crimes falimentares, a polémica sobre a objetividade jurídica o demonstra. Realisticamente, o que se verifica são agrupamentos de delitos, de forma improvisada e às vezes conflituosa, em torno de certos sucessos da vida econômica ou financeira, e esses agrupamentos não apenas se organizam segundo o bem jurídico tutelado pelos delitos (como, com clareza, na sonegação fiscal), mas também se organizam segundo o sujeito ativo (como os crimes de administradores de sociedades por ações), segundo o sujeito passivo (como os crimes contra a economia popular), segundo uma específica política econômica referida a certos produtos (como nos crimes de transporte clandestino de açúcar e café), etc.

É, portanto, extremamente difícil conceber unitária e homotipicamente as infrações de Direito Penal Econômico. Por outro lado, muitas dessas infrações se filiam a certas classes de delitos que já alcançaram um desenvolvimento teórico apreciável, como, por exemplo, as falsidades. Em distintos segmentos do direito penal econômico se encontram falsidades (entre os crimes falimentares, entre os crimes na fundação e administração de sociedades por ações, entre os crimes da corretagem, incorporação e construção imobiliária em condomínio, etc.), e é evidente que o conhecimento teórico desses delitos, bem como sua correta aplicação prática, só tendem a se beneficiar de sua vinculação à teoria geral do *iussum*. A topologia legislativa pode, aqui, desempenhar um papel importante, e a decisão sobre inserir o chamado direito penal econômico num título do Código Penal ou mantê-lo em leis extravagantes deveria atentar para essa consequência: a recondução de certos delitos a classes gerais às quais, por sua estrutura peculiar, pertencem, e a cujos princípios devem estar subordinadas.

3. O Direito Penal Econômico, no Brasil, é principalmente o direito penal de um regime de produção capitalista, e os interesses e valores que visa proteger, em última análise, são os interesses e valores que asseguram a existência e continuidade de tal sistema. Estando a propriedade privada dos meios de produção suficientemente protegida pelos crimes contra o patrimônio, que constam do Código Penal, ao Direito Penal Econômico incumbe velar por certos

aspectos isolados, que dizem com o desempenho e integridade do sistema; o resultado é uma miríade de interesses, que muitas vezes disfarça o conteúdo final e básico das regras jurídicas. Por exemplo, nos crimes na fundação e administração das sociedades por ações, fala-se na tutela de "interesse patrimonial dos acionistas", fala-se na "ordem econômica como aspecto da economia pública", fala-se na tutela da "informação", do "capital social", do "correto funcionamento do mercado de títulos", dos "credores sociais", etc. Tais propostas — que sempre conduzem, de resto, à proclamação do caráter pluriofensivo desses delitos, não iludem o que há de essencial: a sociedade por ações é um instrumento jurídico à disposição do capital, porém este instrumento deve ser utilizado com a observância de parâmetros que garantam a confiabilidade pública (que permitirá a constituição do capital social), a justa remuneração do capital (que permitirá sua reprodução), e a reta administração da empresa (que evitará o insucesso, ou formas desviadas de proveito).

As infrações do direito penal econômico brasileiro são punidas com penas privativas de liberdade e multa. Na sonegação fiscal, o pagamento dos tributos devidos antes de iniciada a ação penal extingue a punibilidade. Os tribunais são, ordinariamente, competentes com os casos de Direito Penal Econômico que chegam a seu conhecimento e julgamento. A raridade de tais processos, aliada à complexidade com que se dispõe muitas vezes sua matéria de fato, e ao cunho especial e restrito do debate jurídico que propicia, são elementos que rompem com a rotina do aparelho judiciário, adestrado para os processos relativos às figuras tradicionais da criminalidade contra o patrimônio. A origem e relacionamento social dos autores de infrações do Direito Penal Econômico podem igualmente permitir mecanismos de identificação com funcionários do aparelho judiciário — o que não ocorre com os protagonistas da criminalidade comum patrimonial.

4. A denominação preponderante no Brasil é Direito Penal Econômico, que prevalece na bibliografia. Isso não exclui o uso corrente de designações que só abranjam as subclasses a que acima nos referimos, surgindo então as expressões Direito Penal Tributário, Direito Penal Falimentar, etc. Tem uso corrente a expressão "criminalidade econômica", embora a metáfora de Sutherland ainda seja a designação mais comum. Os casos de atividades que desde o início se predispõem como delituosas (*crime as business*) não são tratados dentro do Direito Penal Econômico, e sim como os crimes de quadrilha (art. 288, CP) e estelionato (art. 171, CP). O Ministério Público do Estado do Rio de Janeiro tentou, sem êxito, atribuir a prática de crime de quadrilha a um caso de falência que se afirmava fraudulento.

5. Prevalece entre juristas brasileiros o entendimento de que ao direito administrativo se deve reservar o papel de maior relevo no que concerne à proteção dos consumidores, e que este direito, até

por suas possibilidades de, mediante o sistema de licenças, autorizações e fiscalização, intervir antes da superveniência de qualquer dano, se desempenha melhor neste campo que o direito penal. O mesmo raciocínio é aplicável à proteção do meio ambiente. De qualquer forma, uma proteção de caráter penal ao meio ambiente deveria observar as recomendações da segunda seção do XII Congresso Internacional de Direito Penal em favor do desenvolvimento de dispositivos específicos (recomendação n.º 5), face à grande dificuldade de operar-se com dispositivos tradicionais. O direito penal brasileiro conhece (e não aplica) uma medida de segurança chamada "interdição de estabelecimento", que poderia figurar ao lado de outras formas de reação penal mais adequadas para esse terreno.

6. O fenômeno mais importante na criminalidade econômica no Brasil é aquele das quebras fraudulentas de instituições financeiras. Empresas financeiras, geridas com descalabro em exclusivo proveito de grupos que lhes detêm o controle, a partir de certo nível não mais conseguem dissimular sua insolvência; então, o Banco Central decreta sua liquidação extrajudicial. Durante as investigações, através de inquérito administrativo, sobre as causas do estado a que chegou a empresa, surgem comumente fatos gravíssimos, que constituem crimes de ação penal pública. Os crimes falimentares também ocupam posição de realce, ao lado da sonegação fiscal.

### III — Princípios reitores do Direito Penal Econômico

7. Entende-se, no Brasil, que os princípios gerais de direito penal se aplicam ao Direito Penal Econômico, e que, portanto, as regras deste último devem ser sempre interpretadas em conexão com aqueles princípios. Neste ponto, a recomendação do V Congresso Internacional de Direito Comparado (Bruxelas, 1958) permanece atual e inalterável, sob pena de graves riscos para as feições democráticas do sistema penal, para os direitos da pessoa humana no confronto com tal sistema.

Tomem-se como exemplo os inúmeros dispositivos de Direito Penal Econômico que, na hipótese dos fatos envolverem pessoa jurídica, procuram estender a todos os diretores a responsabilidade (cf. Lei n.º 4.729/65, art. 6.º; Lei n.º 4.728/65, art. 73, § 2.º; Lei n.º 4.595/64, art. 44, § 7.º; Lei n.º 4.591/64, art. 65, § 1.º I; Lei n.º 6.766/79, art. 51). É claro que tais dispositivos — mesmo os mais drasticamente redigidos — devem ser considerados em conexão com os princípios gerais que regem a autoria e a participação, não se extraindo jamais uma consequência penal da simples condição de diretor ou administrador da empresa na qual ou através da qual teria ocorrido o ilícito.

Da mesma forma, princípios que regem a tipicidade subjetiva, as causas de justificação, a culpabilidade, o erro, e outras, têm plena aplicação aos problemas especiais colocados pelo direito penal eco-

nômico, que não possui, no Brasil, uma parte geral autônoma, distinta daquela onde se inserem as normas básicas de todo o sistema.

8. De 1964 até muito recentemente, burocratas e economistas produziram textos que, pelas condições políticas anômalas que o país atravessava, se converteram em lei. É evidente que os dispositivos penais dessas leis se ressentem de inúmeras impropriedades técnicas, que foram denunciadas pelos mais acreditados professores do país (p. ex., Heleno Fragoso, "O Novo Direito Penal Tributário e Econômico", in *Rev. Bras. de Criminologia e Direito Penal*, Rio, 1966, n.º 12, p. 63 ss.).

O art. 3.º da Lei n.º 4.729/65 tem a seguinte redação: "Somente os atos definidos nesta Lei poderão constituir crime de sonegação fiscal"; e o parág. único do art. 2.º adverte que "não será punida com as penas cominadas nos arts. 1.º e 6.º a sonegação fiscal anterior à vigência desta lei". Tudo isso faz supor tenha o redator da lei descoberto, por reflexão própria, o princípio da reserva legal — que desde 1940 estava à disposição, no art. 1.º do Código Penal — durante o esforço legiferante.

O mesmo princípio da reserva legal será contudo flagrantemente violado pelo Decreto-lei n.º 73/66, cujo art. 110 contém uma incriminação imprecisa e flutuante: "Constitui crime contra a economia popular, punível de acordo com a legislação respectiva, a ação ou omissão, pessoal ou coletiva, de que decorra a insuficiência das reservas e de sua cobertura, vinculadas à garantia das obrigações das Sociedades Seguradoras". Não se conhece caso em que tal dispositivo tenha sido aplicado.

9. O Direito Penal Econômico brasileiro é basicamente constituído por um aglomerado de normas de caráter especial, isto é, que compõem tipos penais, e algumas poucas — e quase sempre infelizes — normas de caráter geral. Dentre estas normas, só se destacam duas causas especiais de extinção da punibilidade: o abandono voluntário do imóvel invadido ou ocupado, no crime de esbulho possessório de imóvel financiado pelo sistema financeiro de habitação (Lei n.º 5.741/71, art. 9.º, § 2.º) e o pagamento do tributo devido, no crime de sonegação fiscal (Lei n.º 4.729/65, art. 2.º).

10. Predomina de forma absoluta no pensamento penal brasileiro o princípio *societas delinquere non potest*, e parece muito difícil que uma superação desse princípio se realize sem o sacrifício de certas pedras angulares do direito penal civilizado, entre as quais o conceito de culpabilidade como fundamento e limite da pena.

11. Sobre o desempenho de delitos de perigo abstrato ou delitos formais na experiência judiciária pudemos referir-nos no item 1 deste relatório. A vantagem teórica que tais crimes propiciariam — permitindo uma intervenção penal mais branda, e de caráter relativamente preventivo — se esmaece face à dessensibilização dos mecanis-

mos policiais e judiciários diante do que aparece como mera falta na operação do sistema econômico. Os crimes de resultado conseguem inserir nessa consideração um valor oponível àquela condendência, que é a perda patrimonial do(s) lesado(s).

12. Em nenhuma hipótese gerentes ou administradores de empresas públicas ou privadas podem ser responsabilizados criminalmente por fato alheio no Brasil.

13. O Direito Penal Econômico brasileiro desconhece qualquer espécie de responsabilidade criminal coletiva ou solidária; o mesmo, obviamente, não se passa com a responsabilidade civil ou com a responsabilidade administrativa.

14. Distintos órgãos administrativos possuem atribuições para aplicar sanções administrativas (não penais) a diretores e às próprias empresas. Assim, o Banco Central com respeito a diretores de instituições financeiras; a Superintendência de Seguros Privados com respeito a diretores de sociedades seguradoras, etc. A legalidade das decisões dessas autoridades administrativas pode ser submetida ao controle jurisdicional, com base em princípio constitucional.

15. Na verdade, no Brasil, trata-se de tentar reunir matéria legal muito diversificada e, não raro, superposta, para extrair orientações que sustentem uma política criminal realista e cônica de seus limites. Antes de se falar em descriminalização, há por reconhecer vários casos de pura desuetude penal. Sem dúvida, o direito penal econômico não deve fugir às tendências do direito penal comum, e portanto basta transpor para seu campo específico os aportes da investigação criminológica. Mas, no Brasil, o direito penal econômico ainda não se cristalizou ao ponto de falar-se em descriminalização, antes de falar-se em aperfeiçoamento técnico, correção de conceitos, e consciência de sua utilidade social.

16. Apesar da natureza dependente do sistema econômico brasileiro com respeito ao capital externo — ou talvez por isso mesmo — desconhecem-se incriminações que tenham por objeto especificamente atos praticados nas relações entre empresas nacionais e suas filiais no exterior, ou vice-versa. Entretanto, tais atos poderiam ser perseguidos pela lei brasileira, se típicos, desde que preenchessem as condições, bastante amplas, que regem a aplicação extraterritorial da lei penal brasileira, segundo o código penal.

O boicote, a recusa da venda ou a venda discriminatória, e o *dumping*, são matérias que, no Brasil, recebem tratamento não penal, através de um órgão administrativo chamado Conselho Administrativo de Defesa Econômica, regido pela Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962. Este Conselho destina-se a reprimir o abuso do poder econômico, que a Constituição Federal define pela superveniência dos seguintes quadros; 1. domínio de mercados, 2. eliminação da

concorrência; 3. aumento arbitrário dos lucros. A citada Lei n.º 4.137/62, no seu art. 2.º, discrimina uma série de atos que configurariam abuso de poder econômico; sua prática comprovada conduz à aplicação de uma multa de caráter administrativo, cujo valor máximo é de 10.000 vezes o salário mínimo, e na reincidência pode levar à intervenção na empresa, que deve ser requerida pelo Conselho ao Poder Judiciário. Criado no breve período do parlamentarismo, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica é um órgão hoje vinculado ao Ministério da Justiça.

17. Conforme mencionado no item anterior, o direito penal econômico brasileiro não se ocupa especificamente de transações comerciais internacionais.

18. O Direito Penal Econômico brasileiro extrai suas formulações técnicas do direito penal, e não possui um núcleo teórico equiparável a uma parte geral; no máximo, alguns pontos introdutórios evocariam aquilo que se chamou de "parte geral da parte especial". Isto significa que a introdução ao exame das distintas espécies delituosas consiste na perene discussão da autonomia do direito penal econômico, em sua subordinação — ou não — aos princípios básicos do direito penal, ao debate sobre objetividades jurídicas e outras categorias que ensejam a reunificação e identificação das classes, e seus problemas mais gerais. Esses assuntos, bem se vê, são influenciados pelos avanços da teoria geral do delito e da investigação criminológica, mas a reciproca não é verdadeira.

Eis uma não exaustiva bibliografia brasileira de Direito Penal Econômico:

- Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, S. Paulo, 1973, Ed. Rev. dos Tribunais.
- Gerson Pereira dos Santos, *Direito Penal Econômico*, S. Paulo 1981, Ed. Saraiva.
- Cesare Pedrazzi & Paulo José da Costa Jr., *Direito Penal das Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1973, Ed. Rev. dos Tribunais.
- Manoel Pedro Pimentel, *Legislação Penal Especial*, São Paulo, 1972, Ed. Rev. dos Tribunais.
- Roberto Lyra, *Criminalidade Econômica-Financeira*, Rio, 1978, Ed. Forense.
- Maximilianus C. A. Führer, *Crimes Falimentares*, S. Paulo, 1972, Ed. Rev. dos Tribunais (para este assunto, cf. obras gerais sobre a Lei de Falências, como Trajano M. Valverde, Rubens Requião, etc.).
- Igor Tenório, *Direito Penal Tributário*, S. Paulo, 1973, Ed. J. Bushatsky.
- José Frederico Marques, *Direito Penal Tributário*, S. Paulo, 1975, Ed. Resenha Tributária.

- Heleno Cláudio Fragoso, "O novo Direito Penal Tributário e Econômico", in *Rev. Bras. de Criminologia e Direito Penal*, n.º 12, Rio, 1966, p. 63 ss.
- Fernando W. da Cunha, "Fraude contra o Fisco", in *Rev. de Jurisprudência do T. J. Est. da Guanabara*, n.º 31, p. 8 ss.
- Celso Delmanto, *Injrações Penais na Incorporação, Loteamento e Corretagem de Imóveis*, S. Paulo, 1976, Ed. Saraiva.
- Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal da Incorporação*, no volume *Estudos e Pareceres de Direito Penal*, S. Paulo, 1973, p. 113 ss.
- Luciano Caseiro, *Loteamentos Clandestinos — Consequências Penais*, S. Paulo, 1979, Ed. Univ. de Direito.
- José Carlos Tinoco Soares, *Crimes Contra a Propriedade Industrial e de Concorrência Desleal*, S. Paulo, 1980, Ed. Rev. dos Tribunais.
- Celso Delmanto, *Crimes de Concorrência Desleal*, São Paulo, 1978, Ed. J. Bushatsky.
- Hermano Duval, *Concorrência Desleal*, S. Paulo, 1976, Ed. Saraiva.
- Nelson Hungria, *Dos Crimes contra a Economia Popular*, Rio, 1939, Ed. Liv. Jacintho.
- Souza Neto, *Júri de Economia Popular*, Rio, 1952, Ed. Forense.
- Roberto Lyra, *Crimes contra a Economia Popular*, Rio, 1940, Ed. Liv. Jacintho.
- Guilherme A. Canedo de Magalhães, *O Abuso do Poder Econômico: Apuração e Repressão*, Rio, 1975, Ed. Artetnova.
- Benjamin M. Sheiber, *Abusos do Poder Econômico*, S. Paulo, 1966, Ed. Rev. dos Tribunais.

19. Não há especialização de tribunais criminais para assuntos de Direito Penal Econômico, sendo os casos submetidos aos juizes criminais comuns. Eventualmente, o Procurador Geral da Justiça, chefe do *Parquet*, costuma designar um Promotor de Justiça para acompanhar casos cuja complexidade ou repercussão estejam a exigir uma atenção especial.

20. Na ação penal pública, segundo o Código de Processo Penal brasileiro, só pode intervir como parte assistente o titular do bem jurídico ofendido pelo delito. Faltaria, portanto, a uma associação de consumidores, ou colegiado similar, legitimidade para intervir no processo criminal.

Em minha opinião, o direito penal deve, definitivamente, desempenhar uma função supletiva, no que concerne à proteção dos consumidores, reservando-se a sanção penal para os casos em que a modalidade da ofensa, e o menosprezo que ela revele pela saúde ou segurança dos consumidores, sugira a insuficiência e o fracasso das medidas de direito administrativo.

21. A procura de uma identidade própria para o Direito Penal Econômico não deve afastá-lo do direito penal, nem das conquistas que gradualmente, e não sem muitas dificuldades, se obtiveram dentro do direito penal. Um uso alternativo do direito penal, para que atinja igualmente os delinqüentes de colarinho branco, não pode ser um uso deformado e deformador do direito penal. O respeito a alguns princípios, como os da reserva legal e da culpabilidade, deve ser incondicional; e se o direito penal econômico deles se afastar, não apenas estará deixando de ser penal, mas em verdade estará deixando de ser direito.

## REFLEXÕES PARA A DETERMINAÇÃO E DELIMITAÇÃO DO DELITO ECONÔMICO \*

Eduardo Nova Monreal

SUMÁRIO: 1. Incerteza acerca do que é delito econômico. 2. As funções do Estado e do direito no plano econômico. 3. Necessidade de um exame das posições políticas e econômicas. 4. Uma simplificação metodológica. 5. O capitalismo. 6. O socialismo. 7. As posições intermediárias. 8. A aplicação efetiva das tendências doutrinárias. 9. A intervenção econômica do Estado como fato da história recente. 10. Fundamentos teóricos do Direito Econômico. 11. Moderno desenvolvimento do Direito Econômico. 12. Exemplos de implantação constitucional do Direito Econômico. 13. Bem jurídico protegido e delito econômico. 14. O bem jurídico e suas características. 15. O concurso de bens jurídicos. 16. Outras complicações. 17. O delito econômico nas ideologias extremistas. 18. Conclusões.

### 1. Incerteza acerca do que é delito econômico

Basta examinar alguns estudos sobre delito econômico para verificar a existência de apreciáveis discrepâncias entre os autores.

Assim, enquanto alguns propõem como delitos econômicos somente aquelas figuras jurídico-penais que sancionam certos fatos atentatórios às disposições legais que impõem um determinado ordenamento da economia nacional, com vistas ao bem-estar ou melhoramento coletivo no que se refere ao aproveitamento, distribuição e consumo da riqueza e dos serviços,<sup>1</sup> outros são sobre aqueles um

\* Este trabalho se apóia, principal ainda que não exclusivamente, nos estudos e debates promovidos na América Latina acerca do tema do delito econômico. (Tradução do Dr. José Carlos Frago.)

<sup>1</sup> Ver Robert Vouin, "Le droit pénal économique de la France", in *Revue Internationale de Droit Pénal*, n.ºs 1-2, Paris, 1953. Esta idéia sobre delito econômico corresponde em seus aspectos essenciais ao que Marcel Rousset e Maurice Patin denominam "Legislação econômica" no cap. VIII de seu *Droit Pénal Spécial*, Sirey, Paris, 1958, p. 650.

O indicado é o conceito que predominou no Chile desde o golpe militar de 1973; assim o comprovam as atas do 2.º Congresso Latino-Americano de Criminologia, celebrado em Santiago do Chile em 1941 e das Quintas Jornadas Nacionais de Ciências Penais, sobre delito econômico, que tiveram lugar em Santiago do Chile em outubro de 1942 (ver *Revista de Ciências Penales* correspondente a 1962).

Em grande medida se ajusta também a este conceito Estéban Righi, em "Derecho Penal econômico", publicado em *Estudios de Derecho Económico* 1,

conceito extensivo, que lhes permite qualificar como delitos econômicos também fatos que atentam contra certos interesses patrimoniais capazes de afetar grupos mais ou menos extensos de sujeitos passivos, que atentam contra os interesses do comércio e, em geral do tráfico jurídico.<sup>2</sup>

As consequências que derivam de uma ou de outra posição são importantes.

Para os primeiros, a noção de delito econômico corresponde à realização de fatos que se tornam possíveis em virtude de fenômenos econômico-sociais recentes e que estão dotados, por isso, de apreciável especificidade e originalidade. Para os segundos, em contrapartida,

<sup>2</sup> Miguel Bajo, em *Derecho Penal económico aplicado a la actividad empresarial*, Editorial Civitas, Madrid, 1978, p. 42, expressa que se considera opinião dominante sobre delito econômico a de Zirpins, o qual distingue seis grandes grupos: 1) o estelionato; 2) delitos que atentam contra o princípio da confiança, como malversação, prevaricação, suborno e outras formas de corrupção de funcionários; 3) delitos contra a liberdade de concorrência; 4) delitos fiscais e de contrabando; 5) delitos de insolvência, e 6) outros delitos, como o ágio arrendatário, receptação, tráfico de alimentos e medicamentos, etc.

José M. Stampa e Enrique Bacigalupo em "La reforma del derecho penal económico español", publicado na *Revista Jurídica de Cataluña*, 1980, número extra sobre *El proyecto de Código Penal*, p. 165, anotam que hoje vigora, pelo menos na Europa, um difundido consenso legislativo mínimo sobre a necessidade de aplicar o direito penal nos seguintes setores da vida econômica: crédito e finanças, concorrência, usura, impostos e outros tributos.

Pode-se sustentar que o conceito extensivo prevalece entre os penalistas que se ocupam da matéria sem cuidar de esclarecer antes o conceito de Direito Econômico.

No Projeto de Código Penal para a Espanha, de 1980, o título VIII de seu Livro II está dedicado aos "delitos contra a ordem socio-econômica". Este título consta de onze capítulos, vários deles divididos, ademais, em seções. Nos 58 artigos de que se compõe inclui uma extensa tipologia que, em sua maior parte, consideramos alheia ao delito econômico.

O que temos dito acerca de dito Projeto nos conduz a precisar que não há pleno acordo na doutrina acerca da denominação mesma dos delitos de que nos ocupamos. No VI Congresso Internacional de Direito Penal (Roma, 1953) tratou-se do tema: Direito Penal social-econômico. Os holandeses Mulder e de Vrij falaram ali, como os outros, de direito penal social-econômico e de delito social-econômico. Elie Alfandari, em *Droit des Affaires*, Dalloz, Paris, 1979, considera que o "direito dos negócios" deve ser considerado como outra denominação do Direito Econômico. Recentemente parece verificar-se uma tendência a uniformizar o nome de delito econômico.

Houve momentos em que se verificou certa inclinação a converter o Direito Penal Econômico em um ramo autônomo e independente do Direito Penal. Esta posição, evidentemente excessiva, tende a desaparecer. Righi nega essa autonomia, sem desconhecer que no Direito Penal Econômico podem verificar-se particularidades que o conformam como uma especialidade (ver seu trabalho citado em segundo lugar na nota 1, p. 190 e 191).

edição do Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1977, e em "El derecho penal e su función en el ámbito de la regulación económica de los países en desarrollo", publicado em *La reforma penal en los países en desarrollo* (Memorias del Congreso Internacional organizado por UNAM (Acatlán), México, em março de 1977).



tida, a idéia de delito econômico se vincula a uma ampla gama de fatos cujos resultados afetam relações individuais ou sociais de índole econômica, excluindo-se unicamente os que atentam apenas contra direitos patrimoniais individuais, reunidos estes últimos nos costumesiros títulos de "delitos contra a propriedade", dentro dos códigos penais tradicionais. Desta maneira, os recém-mencionados incorporam aos delitos econômicos fatos de há muito tipificados em diversos lugares pela legislação penal clássica, entre eles, por exemplo: a usura, a falsificação fraudulenta, a emissão de cheques sem fundos, a fraude fiscal e a gestão abusiva de sociedades anônimas.

Como é natural, uma dispersão de opiniões muito coincidente com a que acabamos de expor se encontra também quando se trata de precisar o que se deve entender por Direito Econômico e de definir qual o seu conteúdo e relações com os demais ramos do Direito. A isto se deve somar que a inevitável distinção entre um Direito Econômico nacional e outro internacional contribui, neste caso, para aumentar ainda mais as dificuldades de determinação.<sup>3</sup>

Assim é que os juristas que sustentam o conceito extensivo de Direito Econômico mostram-se inclinados a nele incluir aspectos muito variados, tais como: a legislação sobre propriedade estatal, sobre regime de desapropriações, sobre planificação econômica meramente indicativa, sobre incentivos fiscais à produção econômica, sobre autogestão operária, sobre cooperativas e sociedades de mútuo, sobre acordos em matéria fazendária, sobre transferência de tecnologia, sobre regime de empresas públicas e sobre segredo industrial, entre outras. Com esta confusão sobre o objeto genuíno do Direito Econômico conturbam-se ainda mais as idéias acerca de sua identidade e limites, convertendo-o em uma espécie de traje de arlequim, no qual se juntam caprichosamente retalhos de pano, desprezidos de outros ramos tradicionais do direito, tais como: o Direito Administrativo, o Direito Comercial, o Direito Internacional Privado, o Direito Aduaneiro, o Direito Fiscal e o Direito Industrial.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Uma parte importante do conteúdo do Direito Econômico Internacional aparece na Carta de Direitos e Deveres Econômicos dos Estados, aprovada por incómoda maioria, em dezembro de 1974, pela Assembleia Geral das Nações Unidas, mas cujo conteúdo encontra forte oposição por parte das nações industrializadas que a ela se opuseram. Sobre este ponto, ver *Derecho Económico Internacional* (obra coletiva coordenada por J. Witker), Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

Sobre dispersão de opiniões quanto ao conteúdo do Direito Econômico é boa prova a 1.ª série de *Estudios de Derecho Económico* (dirigida por Héctor Cuadra), publicada pelo Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), pois recolhe temas que manifestamente excedem um conceito preciso de Direito Econômico.

<sup>4</sup> Todos os temas assinalados ao começo deste período e muitos outros, tão variados como eles, que em sua maioria sobrepõem claramente o âmbito específico de um Direito Econômico, figuraram como colocações para o Congresso Internacional de Direito Econômico celebrado no México, DF, de 29 de junho a 3 de julho de 1981, sob o patrocínio da UNAM, Escuela Nacional de Estudios Profesionales de Acatlán. Em nossa intervenção inicial em dito Congresso, lamentamos que não se havia cuidado de discutir e

Por conseguinte, em que pese o consenso tão amplo, ainda que não unânime,<sup>5</sup> produzido nos últimos cinqüenta anos acerca do surgimento de um novo ramo jurídico, que seria o Direito Econômico, não se pode afirmar que exista, até agora, uma concepção única a seu respeito. E se considerarmos o delito econômico como a figura penal prevista pelo legislador para proteger os bens jurídicos mais relevantes e merecedores de amparo penal que propõe o Direito Econômico, poderemos facilmente compreender a origem, grau e profundidade das discrepâncias que se mantêm acerca do conceito de delito econômico.

As linhas que se seguem estão dispostas de forma a apresentar um conceito de delito econômico que encontre cómodo cabimento sistemático na parte especial do Direito Penal, e que mostre uma idéia mais nítida sobre ele. Elas têm em conta que não há possibilidade alguma de precisar o conceito de delito econômico sem que cheguemos antes a um esclarecimento dos fundamentos, alcance e objeto do Direito Econômico. Por esta razão, a análise se inicia com este último.<sup>6</sup>

<sup>5</sup> Sebastián Soler conta-se entre os que rechaçam o Direito Penal Econômico (ver: "El llamado Derecho Penal Económico", na *Revista Mexicana de Ciencias Penales*, México, 4.ª época, n.º 17, julho-setembro, 1975), sobre a base de negar que a idéia de delito econômico está construída sobre um bem jurídico.

<sup>6</sup> Miguel Bajo, em sua recente e extensa monografia sobre delito econômico (ob. cit., p. 36-44), incorre em grave erro quando trata de expor o conceito de delito econômico sem ocupar-se previamente de deixar fixado o conceito de Direito Econômico. Isto explica que acuse uma extrema imprecisão quanto à intenção assinalar fatos que constituem delitos econômicos. Para resolver as dificuldades, proporciona dois conceitos sobre delito econômico, um em sentido estrito e outro em sentido amplo, mas, além de

esclarecer previamente o conceito de Direito Econômico. Isto conduziu à elaboração de um documento não oficial no qual, em alguma medida, foram acolhidas nossas observações.

Para Alfandari, o direito dos negócios (equivalente ao Direito Econômico) não é um direito autônomo, e toma sua matéria de outros ramos do direito, mas tem originalidade enquanto permite incorporar regras que dificilmente encontram lugar nas disciplinas tradicionais, assegura uma síntese de matérias colhidas de outros ramos jurídicos e é ponto de encontro do direito com a economia. (ob. cit., p. 3 e 4).

Enrique R. Afallón, em *Tratado de Derecho Penal Especial*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 1969, tomo I, p. 20, 85 e 87 afirma que o Direito Econômico não é um ramo jurídico autônomo pois seus institutos são heterogêneos, coligam-se por critérios contingentes e se introduzem em velhos ramos do direito (civil, comercial, penal, trabalho, etc.), dos quais extrai seu conteúdo.

Semelhante parece ser o critério de Eugenio R. Zaffaroni, em *Tratado de Derecho Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1980, tomo I, p. 249, pois diz que no Direito Penal Econômico agrupam-se questões de natureza jurídica diversa (monopólios, cheques sem fundos, etc.), pelo que não pode ser satisfatória (mente sistematizado se não entendido como um âmbito de competência jurisdicional cujas vantagens práticas não discute).

Propomo-nos demonstrar que o Direito Econômico é um direito original e autônomo, cuja delimitação se faz indispensável se se quer chegar a um claro conceito do que é delito econômico.

Não temos intenção de nos enredar aqui nos tecnicismos alheios ao tema específico que estamos desenvolvendo. Por isso nos basta expressar, com muita simplicidade, que vemos o Estado, sob um ponto de vista jurídico,<sup>7</sup> como o ente público supremo que assume e impõe a organização, a condução e a proteção de uma comunidade nacional independente sobre determinado território.

Esta noção jurídico-abstrata de Estado envolve certas idéias que lhe são inseparáveis. Temos aqui de insistir apenas naquelas que mais proximamente se vinculam ao Direito Econômico, dentro das quais podemos assinalar:

- a) um poder soberano que lhe permite resolver livremente, mediante a adoção de determinações autônomas, tudo aquilo que é próprio de suas tarefas e funções;
- b) meios efetivos (variados em sua natureza) que lhe permitem subordinar as vontades particulares ou de grupos existentes em seu seio, obtendo pleno acatamento a estas decisões;<sup>8</sup>
- c) uma organização administrativa eficiente, capaz de conseguir a planificação, realização adequada e manutenção de suas metas sociais, e
- d) uma regulação legal que estabelece sua missão, poderes e atribuições com a maior clareza e determinação possíveis, e que reconhece aos cidadãos o respeito a seus direitos fundamentais ante possíveis excessos de poder. Esta última é a idéia que conduz à noção de Estado de Direito, amplamente difundida e geralmente aceita no mundo moderno.

Sobre a maioria das idéias anotadas existe atualmente um consenso prático suficientemente assentado para tê-las como amplamente dominantes, não obstante a diversidade de enfoques particulares que derivam das variadas ideologias existentes. Produz-se, em contrapartida, uma notória divergência de opiniões sobre a missão que

<sup>7</sup> Isto nos escusa por omitir o debate teórico acerca das coincidências e diferenças que existem entre Estado e direito, amplamente coberto por H. Kelsen e outros autores.

<sup>8</sup> R. von Ihering declarou que "a ausência de poder material é o pecado mortal do Estado, aquele para o qual não há perdão e que a sociedade não suporta... pois é uma contradição em si..."

em ambos introduzir matérias que nos parecem alheias à noção de delito econômico, termina por não deduzir consequência alguma da divisão que propõe, apesar de, na prática, aplicar a segunda. Abunda, em contrapartida, em considerações criminológicas. Isto explica que a fundamentação jurídica de sua obra seja débil e que conclua asseverando que "é inútil... pretender maior precisão" (p. 43).

Desde uma posição diferente e mais geral, Héctor Cuadra se mostra mais cético em relação a uma delimitação apropriada do Direito Econômico. Para ele é irrelevante determinar se o Direito Econômico é ou não autônomo, toda intenção de defini-lo acusa uma "mania jurídica" e, em todo caso, não se define em atitude finalista (expressões que tive como participante do Congresso Internacional assinalado na nota 4). Procuraremos rebatê-lo.

corresponde ao Estado em matéria econômica e sobre as atividades que ele pode desenvolver em tal plano, com relação à sociedade e aos indivíduos que a constituem. A discrepância se estende, como é natural, aos aspectos econômicos que devem ser regulados pelas normas legais e se reflete ao determinar os fundamentos, o alcance e as características do que se denomina Direito Econômico.

Esta divergência se origina em concepções ideológicas diferentes, que compreendem muito diversamente as funções do Estado e do direito em relação às atividades de produção, distribuição e consumo de bens e serviços entre os homens. Em última análise, trata-se de divergências acerca da organização político-econômica que se deve dar a um país.

### 3. Necessidade de um exame das posições políticas e econômicas

Os juristas teóricos opõem uma resistência notória quando se trata de ultrapassar os limites da "ciência do direito".<sup>9</sup> Esta resistência levou-os, em mais de uma ocasião, a converter os conhecimentos jurídicos em puras enteléquias que flutuam no vazio, pela sua falta de conexão com as realidades sociais. Cumpre advertir que ela é, muitas vezes, mais aparente do que real, pois eles mesmos não vacilam em colocar tal ciência a serviço das ideologias políticas e econômicas dominantes, como se estas fossem as únicas válidas.

Não cremos ser possível, todavia, chegar à compreensão do que é o Direito Econômico sem examinar as variadas formas de organização política e de estruturas econômicas que podem ocorrer na realidade. Para nós termina aqui um direito puro e etéreo, pois temos que penetrar num campo menos ideal, no qual os ingredientes políticos, econômicos e sociais muito variados, nascidos da realidade ou de concepções doutrinárias, começam a interpenetrar teorias e princípios jurídicos.

Isto significa que em matéria de Direito Econômico devemos trabalhar com elementos que estão fora do estritamente jurídico, e que temos que mesclar nosso material de elaboração com conceitos e realidades que provêm não apenas de ciências sociais alheias ao direito, como a política e a economia, senão também de experiências sociais concretas.

Quando se tem que penetrar em campos desta classe (vem-nos à mente a palavra "multidisciplinares"), o cientista do direito se estremece ante o temor de contaminar-se com o insubstancial verbalismo que acredita encontrar tantas vezes nestas intermináveis discussões relativas às variadas e opostas posições que surgem a respeito da organização política e econômica concreta. Teme ver-se envolvido em debates em que aparecem manifestações de demagogia,

<sup>9</sup> Falamos de "ciência do direito" para denominar o conjunto de conhecimentos teóricos e de técnicas que se ocupam do fenômeno jurídico. Mas queremos deixar registradas as nossas reservas sobre ser o direito uma verdadeira ciência. Este é um tema que não é possível tratar aqui.

seão de politicagem, ou ver-se arrastado a turvas controvérsias em que afloram facilmente pugnas de grupos ou lutas por predomínios materiais, sendo que ele tem sempre acreditado que suas construções jurídicas abstratas o mantêm afastado deste terreno.

O que primeiramente temos que procurar nesta colocação inicial há de ser, por conseguinte, nos convenceremos de que sem exame direto da realidade concreta das diversas nações no que toca à sua organização política e econômica, não podemos obter os elementos primários de que necessitamos para elaborar princípios de Direito Econômico. Isto significa reconhecer, de partida, que temos de conhecer e estudar primeiro estas formas organizativas, tanto em sua enunciação doutrinária quanto em sua aplicação prática.<sup>10</sup>

Com a firme resolução de conservar — apesar de tudo — nossa neutralidade científica em matérias nas quais doutrina e realidade são tão variadas quanto antagônicas, e em que os debates ideológicos se revelam tão apaixonados quanto opostos, temos que examinar e analisar, da forma mais objetiva possível, a pluralidade de opções que se dão, tanto nas posições ideológicas quanto na realidade concreta. Somente abarcando toda a gama, sem qualquer prejuízo ou preferência, poderemos trazer, enquanto juristas, as luzes que nossos conhecimentos técnicos permitem projetar neste âmbito de tão veementemente controversa.

#### 4. Uma simplificação metodológica

Tão vasto é o leque de doutrinas políticas, econômicas e sociais que se disputam o favor dos homens, com o fim de melhorar sua vida individual e social, e tão extensa é a variedade de sistemas realmente existentes nesta ordem dentro das diversas nações do mundo, que haveria absoluta impossibilidade prática de reuni-los nos limites materiais deste trabalho. Por esta razão, propomo-nos efetuar uma redução esquemática deles, selecionando os mais característicos e apresentando seus traços mais essenciais, com o objetivo de considerarmos, a seu respeito, os problemas capitais que interessam ao Direito Econômico.

Esta redução limitar-se-á a apresentarmos, inicialmente, os pontos extremos, e, logo, a enorme variedade de matizes que em insensível gradação se situa entre eles, reunida em um só feixe encarregado de mostrar a linha central que seguem as posições ecléti-

<sup>10</sup> Nossa posição pessoal neste ponto é bem definida: são a política e a economia as que determinam o conteúdo do direito e este não passa de um instrumento a serviço delas.

O anterior, que é válido para todos os âmbitos jurídicos, se aprecia com grande clareza quando se trata do Direito Econômico. Ver nosso: *El derecho como obstáculo al cambio social*. Siglo XXI Editores, 5.ª edição, México, 1981, capítulos VI e VIII.

Muitos dos estudiosos do Direito Econômico e do Direito Penal Econômico, ent. e eles Hans H. Jescheck, Klaus Tiedemann, Elle Alfandari, admitem que a estrutura destas disciplinas estão em relação direta com a forma de organização político-econômica dominante.

cas. Deste modo, as posições extremas ficarão caracterizadas com o rigor de suas teses mais integristas e tudo aquilo que escapa a esse rigor figurará, nos termos de maior equilíbrio, como um centro coincidente com a linha média daquelas.

Estamos plenamente conscientes de que o procedimento simplificado que anunciamos nos levará, devido à sua própria generalização tão acentuada, a afirmações que em algum caso sejam pouco precisas ou carentes dos necessários matizes, e, por isso, não inteiramente coincidentes com certas realidades — especialmente quando se agrupem em uma única linha as variadíssimas tendências de centro —; mas acreditamos preferível este risco, bem menor por suficientemente advertido, que o de nos dispersarmos em forma excessiva e confusa.

Ao explicar esta tripla divisão esquemática, vamos começar por assinalar a doutrina ou a prática de cada uma das três tendências predica ou exterioriza nos aspectos econômicos, para delas deduzir, em seguida, o conceito de Estado que de cada uma deflui e os princípios sobre organização da economia que invocam, principalmente pelo que se refere às funções que a este respeito atribuem ao Estado. Tudo isto para ser colocado sobre uma base e uma explicação do que é o Direito Econômico.

Veremos, assim, que o Direito Econômico adquire seu maior desenvolvimento dentro da posição intermediária, dentre as três que consideramos. Nas outras duas, que são as posições extremas, decal notoriamente sua importância. Todavia, por razões históricas e lógicas temos que expor primeiro tais posições extremas, que são o capitalismo, com a ideologia liberal-individualista que o sustenta, e o socialismo, com a doutrina principalmente marxista que lhe serve de apoio. A razão histórica está na aparição cronológica antecipada destas posições, e a razão lógica em que estas são, com sua luta, as que originam o nascimento da posição intermediária.

#### 5. O capitalismo

O capitalismo é um modo de organização sócio-econômica que admite a propriedade privada dos meios de produção, afirma a necessidade de que existam seres humanos que vendam seu trabalho pessoal aos possuidores desses meios e encontra na existência de um mercado livre a regra infalível encarregada de determinar as classes, formas e preços dos produtos e serviços, de regular seus custos e os ganhos correspondentes, e de proceder à distribuição e consumo da riqueza.

O capitalismo defende a mais plena liberdade de indústria e de comércio e propõe uma livre iniciativa empresarial, tudo isto dentro de um sentido competitivo das atividades econômicas e do reconhecimento da utilidade e do lucro como impulsores destas. Declara, igualmente, que não é a igualdade de meios econômicos a meta de seu sistema, mas uma igualdade de oportunidades para todos, que permita o triunfo dos mais capazes.

Será neste âmbito de livre concorrência para os empresários e de livre eleição para os consumidores (economia livre de mercado), onde se imporão as leis naturais da economia, as quais, como não invisível, determinarão automaticamente um equilibrado progresso econômico geral e, com ele, um aumento do bem-estar de todos.

O empresário fica convertido assim no ator principal e dominante do processo econômico. A ilimitação com que ele pode acumular riqueza não é tida como um mal social, pois constitui a base de uma poupança que incrementa as atividades econômicas em benefício coletivo e permite, em definitivo, que essa riqueza acumulada em mãos privadas caia, em cascata, no seu excedente, sobre todos os membros da sociedade. O salário dos trabalhadores fica regulado, dentro deste sistema, pela lei da oferta e da procura.

O capitalismo insiste em que sua aplicação favorece a maior liberdade dos indivíduos, porquanto lhes permite dedicar-se à atividade que preferam e escolher livremente, dentro do âmbito econômico, aquilo que mais se ajuste a seus desejos. Esta liberdade econômica é a base sobre a qual se apoiarão solidamente as liberdades políticas e civis dos indivíduos.

Para o capitalismo a única função interna do Estado é o resguardo da ordem, entendida esta como a proteção efetiva da liberdade e direitos de cada indivíduo. Para isto deve estabelecer um aparato policial e uma organização judicial eficientes, que impeçam choques entre indivíduos ou atentados de uns contra os direitos de outros. A propriedade privada e os direitos adquiridos de cada um devem ficar plenamente assegurados pela organização estatal; esta deve ocupar-se, também, da perduração do sistema.

Dentro desta concepção o Estado não deve intervir nem tomar ingerência alguma nas atividades econômicas, as quais não de ficar entregues à livre iniciativa dos particulares e reguladas de forma natural, eficaz e infalível pelas leis do mercado. Este Estado independente, dotado de uma estrutura muito simples, significa uma redução considerável do Direito Administrativo.

## 6. O socialismo

O socialismo não admite a propriedade privada sobre os meios de produção, como maneira de abolir a exploração do homem pelo homem, de procurar a extinção do regime de salários e de alcançar o desaparecimento das classes sociais. A luta das massas desapaasadas para acabar com a propriedade privada capitalista e destruir o poder da burguesia é o motor privilegiado da história e da revolução que necessariamente haverá de sobrevir.

A atividade econômica fica subordinada à satisfação das necessidades humanas, expressadas conforme a vontade da classe trabalhadora e de suas organizações. A meta final é que todo ser humano conte com o necessário para seu mais completo desenvolvimento como tal, no material, no intelectual e no cultural. Por tais razões,

as atividades econômicas não de desenvolver-se subordinadas ao governo dos trabalhadores, de acordo com uma planificação que alcance todas elas e que tenda a lograr aqueles objetivos. O trabalho é o valor preponderante dentro da sociedade, constitui um dever de todo homem, e há de ser realizado de modo que fique assegurada a igualdade econômica de todos. Sem igualdade econômica não adquirem realidade as liberdades de ordem civil e política.

O Estado é o instrumento que permitirá à classe trabalhadora submeter seus inimigos de classe (por isto se fala em ditadura do proletariado). Toca ao Estado, em sua qualidade de órgão superior a serviço da classe trabalhadora, organizar, planificar e reger as atividades econômicas no interesse dela. O papel do Estado alcança tudo aquilo que seja necessário para impor a subordinação dos indivíduos à sociedade, para chegar à plena igualdade de todos os homens e para o aperfeiçoamento e consumação do socialismo.<sup>11</sup>

## 7. As posições intermediárias

Entre o capitalismo e o socialismo puros existe uma gama amplíssima e muito matizada de posições ecléticas que propõem soluções intermediárias com o fim de moderar as teses de um extremo, de selecionar somente algumas delas, abandonando as demais, ou de mesclar as de um e outro para chegar a algo que reúna o melhor de cada qual. Há até algumas que pretendem construir-se com elementos inteiramente novos. Cabem aqui todas aquelas tendências que se denominam social-democracia, democracia-cristã, social-cristianismo, democracia social, terceira posição e outras, todas elas podendo caber dentro do gênero comum de "reformismo".

Antecedentes delas podem encontrar-se na encíclica *Rerum Novarum*, iniciadora do grupo das chamadas encíclicas sociais do Papado, a que projeta — em 1891 — uma defesa dos operários contra os abusos e excessos dos empresários, e propõe uma correção do capitalismo por meio da constituição de associações operárias, da implantação de um justo salário e de uma melhor distribuição da riqueza. Não são estas idéias originais de Leão XIII, todavia, pois elas se expressavam já desde antes, em muitos ambientes doutrinários leigos, tendo sido sustentadas também, por alguns reduzidos setores cristãos carentes de organicidade.

Reconhece-se que as primeiras manifestações normativas desta ordem que aparecem de forma mais ou menos sistematizada no mundo jurídico se encontram na Constituição do México de 1917 e na Constituição de Weimar de 1919. Na primeira propõem-se os direitos de todos os trabalhadores, a reforma agrária e a redistribuição da riqueza, tudo isto dentro de um fundo de conciliação de classes.

<sup>11</sup> Deliberadamente, e com ânimo de simplificar o esquema, omitimos aqui referências à etapa final do socialismo, que é o comunismo. Há que entender-se, portanto, que não estamos nos referindo ao socialismo em sua etapa de luta anticapitalista.

A segunda agrega as noções capitais de propriedade com função social, de deveres sociais dos cidadãos e de função assistencial do Estado.

Na impossibilidade de nos referirmos a todas as variadas correntes reformistas, descreveremos aqui uma linha média destinada a caracterizar as que mais se afastam dos extremos, as quais coincidem com as mais importantes e difundidas dentre elas.

Sua idéia comum é que nem o capitalismo nem o socialismo puros são apropriados para uma melhor convivência humana, razão pela qual neles devem introduzir-se retificações e incorporar alguns princípios novos que evitem seus maus resultados. Para isto sublinha-se a necessidade de lograr uma distribuição mais equitativa da riqueza, uma efetiva participação de todos nas decisões mais importantes da vida social e uma conciliação das classes antagônicas. O argumento reformista que se esgrime com maior efetividade e ponderância consiste na defesa da dignidade humana, que se supõe desprezada ou desprotegida pelas tendências mais extremas. A procura de uma maior justiça social se encontra também no primeiro plano.

O reformismo realça o sentido e o valor do trabalho humano (sem se opor diretamente ao regime de salários) e procura seu respeito através de medidas que evitem seu menosprezo, principalmente mediante a força das organizações de trabalhadores e de normas que apoiem e protejam a debilidade do trabalhador isolado.

Para alcançar suas finalidades, o reformismo admite a conservação das estruturas sócio-econômicas básicas do capitalismo,<sup>12</sup> mas sujeitas a retificações que impeçam excessos e abusos. Por isto aceita que o Estado, que se declara tutor do bem comum,<sup>13</sup> vigie as atividades econômicas privadas, as modere e as regule com uso de atribuições mais ou menos amplas. Admite, assim, que o Estado, utilizando legislação apropriada, restrinja em alguma medida a liberdade de indústria e comércio, a livre iniciativa empresarial e a livre concorrência, se isto convém ao bem comum. Também aceita que o Estado assumam funções claramente assistenciais, auxiliando aos desfavorecidos em suas necessidades de casa, saúde, educação e outras.<sup>14</sup>

<sup>12</sup> Parece importante fazer notar que o reformismo se apresenta inevitavelmente como um capitalismo suavizado ou corrigido, e não como um socialismo parcial ou atenuado. Isto poder-se-ia dever a que os reformistas são geralmente homens da classe média, que conhecem a penúria dos trabalhadores, mas que esperam uma reforma que lhes permita melhorar também sua própria condição. Isto os impede de dar o passo largo de admitir a propriedade coletiva dos meios de produção.

<sup>13</sup> A noção de bem comum é uma categoria aquinatese que adquire grande relevo naquelas correntes do reformismo que se inspiram em filosofias consideradas cristãs.

<sup>14</sup> É importante assinalar a aparição, no âmbito do novo Direito Internacional, dos direitos sociais como direitos humanos fundamentais que todo Estado deve proteger e promover. Entre estes direitos sociais contam-se o direito à moradia, o direito à saúde, o direito ao trabalho e outros. Ver: Declaração Internacional de Direitos Humanos de 1948 e Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966.

Não são raras as tendências reformistas que buscam paliativos ao regime de salários pela via de promover empresas com autogestão dos trabalhadores.<sup>15</sup>

O reformismo chega até a aceitar que o Estado mesmo se converta em ator econômico e que assumam diretamente certas atividades produtivas ou de distribuição, de grande importância para o interesse geral. Em tais casos o Estado, enquanto representante deste interesse, transforma-se em empresário e toma a seu cargo a gestão correspondente, originando o que se chama uma "empresa do Estado", geralmente através de uma nacionalização.<sup>16</sup>

O que se expôs explica o novo papel que corresponde ao Estado dentro da posição reformista. Abandonando a tese capitalista sobre total abstração dele nas atividades econômicas, lhe atribui funções de grande relevo e importância dentro destas, que vão desde uma simples tarefa de fiscalização e de controle até sua incorporação às atividades econômicas na condição de empresário de certas atividades desta classe, passando por uma faculdade muito aceita de regulação obrigatória dos processos econômicos privados e de planificação imperativa destes.

### 8. A aplicação efetiva das tendências doutrinárias

Nas três seções precedentes apresentamos as posturas doutrinárias que se ocupam da função do Estado e do papel do direito em relação às atividades econômicas. Chega agora o momento de enfocar a aplicação prática delas, segundo seus traços mais gerais, que sejam úteis para uma melhor explicação acerca do Direito Econômico.

Nos anos recentes presenciámos um evidente ressurgimento no mundo de um capitalismo de inspiração mais acentuadamente liberal-individualista. Preponderaram em muitos centros de altos estudos econômicos doutrinas conservadoras que, graças ao apoio de grandes transnacionais, têm obtido apoio e realização prática em vários países. É o que ocorre não só nos Estados Unidos como também na Grã-

<sup>15</sup> A recente encíclica do Papa João II, emitida na metade de setembro de 1961 com o nome de *Laborum Exercens*, recomenda a autogestão dos trabalhadores.

<sup>16</sup> Temos dedicado muitos de nossos esforços ao tema nacionalização, como se vê em: *Nacionalización y recuperación de recursos naturales ante la ley internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974; *Defensa de las nacionalizaciones ante tribunales extranjeros*, publicação UNAM, México, 1976; *La nacionalización del petróleo en Venezuela*, publicação UNAM, México, 1979, e *La nacionalización en su aspecto jurídico*, em *Derecho Económico Internacional*, Fondo de Cultura Económica, México, 1976.

Em muitos Estados modernos não apegados rigidamente aos princípios liberal-capitalistas ou socialistas o número das empresas do Estado ou de empresas dominadas pelo Estado aumenta constantemente. Entre os países latino-americanos podemos mencionar como bons exemplos o Brasil e o México, como países nos quais existe um alto número de empresas desta classe.

-Bretanha, Espanha e vários países latino-americanos submetidos a regimes ditatoriais. Alguns falam hoje de um refluxo conservador no mundo.

Até há pouco o reformismo dominava em quase todas as nações, sem excluir aos próprios Estados Unidos. Não obstante a reaparição do capitalismo que anotamos, aquele persiste nos países europeus dominados pela social-democracia ou pela democracia-cristã, como é o caso da Alemanha Federal, Áustria, Bélgica, Holanda e Itália, e em países latino-americanos nos quais se conserva plena ou parcialmente um regime democrático, como é o caso da Colômbia, Equador, México, Peru e Venezuela. Em todos eles impera o conceito de Estado benfeitor (Welfare State), apesar de alguns preferirem a expressão de H. Heller "Estado democrático e social de direito", pois uma de suas características mais importantes tem raízes no seu grande respeito pelos direitos sociais e em sua vocação democrática.

O socialismo impera como doutrina inspiradora, ainda quando alterado em vários de seus aspectos dentro de sua aplicação prática, nos países do Oriente europeu e em Cuba. A França declarou encaminhar-se para o estabelecimento de um socialismo depois das últimas eleições presidenciais e parlamentares.<sup>17</sup>

#### 9. A intervenção econômica do Estado como fato da história recente

O fenômeno da intervenção do Estado na fiscalização, regulação e gestão de atividades econômicas se produziu em época moderna na maior parte dos Estados durante o último meio século e foi determinado em vários casos mais como resultado de necessidades práticas que por inspiração ideológica.

Inicia-se em fins do século passado e começa do presente em forma larvada: mediante medidas estatais destinadas a resolver problemas de subsistência e moradia dos grupos economicamente mais desfavorecidos; estende-se, logo, a medidas para o melhoramento da saúde e da educação deles. Mas são as grandes guerras deste século as que o impõem como uma necessidade, enquanto o Estado não pode evitar o imiscuir-se nas atividades econômicas privadas como única forma de resolver em prazo prudente os graves problemas de destruição de casas e indústrias, de migração e deslocamento de refugiados e de debilitação geral da economia.

Desta maneira, a intervenção do Estado nas atividades econômicas entregues ao setor privado se estabelece em quase todos os países, e apesar de que em alguma de suas manifestações mais extremas desapareça uma vez alcançada a normalização dentro da paz, uma vasta variedade delas perdura e chega a consolidar-se de modo permanente.<sup>18</sup>

<sup>17</sup> Limitamo-nos a proporcionar algumas referências genéricas de países próximos, pois não temos a possibilidade de dar informação completa em âmbito mundial.

<sup>18</sup> É muito conhecido o caso de nacionalizações decretadas pela França e pela Grã-Bretanha nos anos de pré e pós-guerra. Estas medidas foram

Nesta qualidade, o Estado adquire atribuições que lhe permitem ingerência dentro de muitas fases das atividades econômicas, especialmente das que objetivam determinar a classe de indústrias que podem ser estabelecidas, o tipo de produção que possam levar a cabo, a quantidade e a qualidade de seus produtos, o montante de salário de seus trabalhadores, a forma de distribuição dos produtos e o preço deles. Com isto ficam restringidas em maior ou menor medida a liberdade de indústria e comércio, a livre iniciativa empresarial e as leis naturais do livre mercado, próprias todas do sistema capitalista. A parte isto, o Estado se ocupa de resolver a saturação dos direitos sociais de todos, tomando quase sempre a seu cargo os organismos e serviços deles encarregados. E isto, sem contar com as tarefas econômicas que o Estado se reserva para si mesmo de forma exclusiva, mediante reserva simples, estatização e nacionalização de certas atividades.

Junto a isso, aparece uma série de medidas estatais destinadas a proteger os interesses econômicos nacionais em relação com as atividades de outros Estados ou de empresas estrangeiras. Algumas destas medidas são adotadas unilateralmente pelo Estado. Outras são aplicadas em virtude de convenções bi ou multilaterais entre Estados e tendem a regular relações econômicas entre os contratantes ou a protegê-los de atividades econômicas prejudiciais geradas por terceiros Estados ou por empresas a estes pertencentes.

Brota, deste modo, ademais, um vasto conjunto de regras obrigatórias de conduta para certas atividades econômicas geradas fora da nação, mas que a afetam, ou que se projetam para fora do território nacional. É esta uma dimensão do Direito Econômico que, não obstante a importância cada vez maior que vai adquirindo, é esquecida frequentemente.<sup>19</sup>

A hipótese que nos propomos confirmar e demonstrar com estas considerações e as que se seguem, é que estas medidas, mediante as quais se submetem as atividades econômicas nacionais e internacionais de um país a regras obrigatórias que limitam as possibilidades de atuação de empresas ou indivíduos, com fins de proteção de uma forma determinada de organização sócio-econômica nacional,<sup>20</sup> formam o conteúdo do Direito Econômico. Com isto, o substancial destas medidas fica constituído pela restrição, modificação ou proibição de certas atividades econômicas dos particulares que impõe o Estado

<sup>19</sup> Ver a obra citada *supra* na nota 3, sobre *Derecho Económico Internacional*.

<sup>20</sup> Os juristas tradicionais abominam esta submissão das atividades econômicas a regras jurídicas rígidas, enquanto estas desconhecem a liberdade contratual e a autonomia da vontade. É o caso de Georges Ripert, que chegou até a profetizar o "déclinio do direito" em razão desta indevida ingerência da lei nos contratos, em nome do que ele denunciava como "democracia social".

mantidas, em sua enorme maioria, ainda depois de afastada a emergência bélica.

(unilateralmente ou em acordo com outros) em nome do interesse geral, e o formal, pelo conjunto de normas obrigatórias que expressam estas limitações e que servem de veículo à vontade do Estado de impor um modelo determinado de organização político-econômica. São estas normas obrigatórias as que em seu conjunto sistemático formam o Direito Econômico.

Trata-se, por conseguinte, da expressão de novas atribuições do Estado, fruto das circunstâncias históricas que começam a viver os povos de hoje, o que se explica em razão de novas condições sociais que têm aparecido.<sup>21</sup>

Todas estas novas atribuições do Estado fundadas em uma variada concepção acerca da missão social que toca a este, exigem, inevitavelmente, leis que as estabeleçam, regulem e delimitem. Estas surgem inicialmente em forma reduzida, mas vão aumentando gradualmente em número, extensão e importância nas décadas mais recentes. E, atendendo-se à sua transcendência, começam a figurar também dentro da maior parte das constituições modernas.<sup>22</sup> Com isto o Direito Econômico emerge como novo ramo jurídico positivo e começa a possibilidade de sua teorização jurídica por meio de uma hermenêutica apropriada, um estudo dogmático e uma crítica lógica e valorativa.

#### 10. *Fundamentos teóricos do Direito Econômico*

Do que se expressou pode inferir-se que o Direito Econômico é um ramo jurídico que se origina e adquire desenvolvimento dentro de Estados que se atribuíam, em maior ou menor grau, uma direção da economia nacional, e que a tornam efetiva por meio de leis que lhes reconhecem faculdades para regular as atividades econômicas que se acham em mãos de particulares ou, eventualmente, para assumi-las de forma parcial. É precisamente o conjunto de leis e preceitos de toda ordem (mesmo de nível constitucional, como se tem visto) relativo a este aspecto o que forma a matéria positiva de tal Direito Econômico.

<sup>21</sup> É certo que a intervenção do Estado na economia é muito antiga, poder-se-ia dizer, de milênios. Ela se tem dado em todas as épocas da história. Todavia, acreditamos que a forma extensiva e sistemática com que aparece neste século, os meios muito eficazes que são empregados para fazê-la efetiva e sua vinculação a doutrinas ideológicas que aspiram proporcionar uma concepção completa da forma de organização social e econômica, constituem absoluta novidade.

<sup>22</sup> As constituições antigas, como a norte-americana de 1787, proporcionavam estruturas exclusivamente políticas e não se pronunciavam a respeito de sistemas econômicos determinados, ao menos em forma expressa. Em contrapartida, as constituições modernas contêm, em sua maioria, preceitos que revelam uma determinada concepção da economia nacional ou que a impõem. Isto se deve a que a economia se converteu em um daqueles elementos de que os planos políticos não podem prescindir, e por estimar-se que as linhas centrais de organização econômica devem ficar claramente estabelecidas na constituição para seu melhor respeito e permanência.

Tão logo se admite que a intervenção dentro das atividades econômicas de um país, em qualquer grau que seja, é uma missão que corresponde ao Estado em virtude de seu poder soberano para adotar todas as decisões adequadas para o bem geral da população, e se ditam normas jurídicas que assinalam os casos e formas em que essa intervenção há de ter lugar, pode ter-se por nascido ali o Direito Econômico.

É esse poder soberano do Estado, manifestado na correspondente norma jurídica, o que se sobrepõe à vontade dos particulares que levam a efeito atividades econômicas, impondo-lhes preceitos obrigatórios no que concerne à forma e condições de prosseguir com elas. Dito poder interfere na liberdade de indústria e comércio, na livre iniciativa do empresário e na livre concorrência ao mercado, na medida em que elas estiverem plena ou parcialmente reconhecidas, porquanto se expressa em normas que as restringem ou a derogam parcialmente. Como essas medidas se impõem em nome do interesse geral, cuja custódia e tutela estão entregues ao Estado, nos encontramos, em tal caso, com um conjunto de regras imperativas que nem o desejo nem o interesse nem a vontade dos particulares pode modificar ou desconhecer, o que significa que constituem normas de conduta daquelas que se denominam “de ordem pública”. E como a ordem superior que elas estão chamadas a resguardar tem em vista o ordenamento da economia nacional para o bem coletivo, é apropriado reconhecer, desta forma, a existência de uma “ordem pública econômica”, afortunada designação que devemos a G. Ripert.<sup>23</sup>

O conceito de ordem pública econômica nos parece de primeira grandeza para acertada elaboração de uma teoria sobre o Direito Econômico, pois ele permite concretizar o bem jurídico genuíno que organiza teleologicamente a este ramo do Direito e que lhe dá sustento material. Este conceito nos mostra que, de acordo com o pensamento político-econômico dentro do qual nasce uma legislação desse tipo, se reconhece qualidade de valor social básico e uma

<sup>23</sup> Foi G. Ripert o primeiro a utilizar a expressão “ordem pública econômica” em sua obra *El régimen democrático y el derecho civil moderno* (tradução de José M. Cajicas), Editorial Cajica, Puebla, México, 1951, para assinalar um dos recursos empregados pelos corpos legislativos modernos para eliminar o contrato (p. 222 e 223). Recordamos que Ripert era abertamente contrário à intervenção do Estado em matéria econômica; não obstante, o aproveitamento de sua expressão neste trabalho se faz com vistas a um argumento objetivamente semelhante (ver, *supra*, nota 20). A expressão foi afortunada: foi usada no Chile desde 1941 e tem sido aceita por numerosos penalistas modernos (caso, entre outros, de E. R. Aftalion, ob. cit., p. 102).

M. Bajo e Conde Pumpido, este último em sua proposição nas Jornadas de Estudos sobre delitos econômicos, celebrada em Madrid nos dias 24 e 25 de setembro de 1981, sob os auspícios da Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social, dizem simplesmente “orden económica”, o que nos parece ambíguo e perigoso. F. Muñoz Conde, em sua proposição nas Jornadas indicadas, reprova a vaguidade e imprecisão destas últimas palavras.

determinada forma de organização da economia nacional, imposta por mandato imperativo do Estado. Esta forma de organização, justificada por razões de bem coletivo segundo a ideologia ou a prática que a impõem, é um bem social, novo que o interesse social explica e que o direito há de resguardar e proteger.<sup>24</sup>

A vantagem da identificação do bem jurídico específico que se contém na legislação econômica assenta não apenas numa simplificação da hermenêutica de suas normas, facilitada pelo descobrimento da finalidade que aquela persegue, mas também em que dita identificação proporciona um critério seguro para encontrar as diferenças que separam esta legislação de outros ramos jurídicos.

#### 11. *Moderno desenvolvimento do Direito Econômico*

O Direito Econômico é o mais jovem e o tecnicamente menos maduro dos grandes ramos do direito humano, o que não impede que tenha adquirido um impressionante desenvolvimento quantitativo. Pertencem ao Direito Econômico a maior parte das leis de índole geral que se ditam hoje em muitos países.

Seus preceitos nascem, todavia, de forma muito dispersa e desordenada, pois se originam quase sempre por exigências e impulsos circunstanciais de grande urgência e se preparam com critérios altamente contingentes e pragmáticos. Daí que sua sistematização e consequente teorização se façam extremamente difíceis. São estas dificuldades, à parte o pouco apreço que muitos juristas lhe dispensam por razões ideológicas, as que explicam que não se tenha logrado ainda elaborar uma teoria jurídica acabada sobre o Direito Econômico.

Isto vai ao ponto de não se chegar a acordo sequer acerca da natureza, características e limites deste novo ramo.

Com o único propósito de dar uma orientação geral que ajude a reconhecer suas normas, tendo em vista as vacilações inevitáveis que provoca a confusão dos critérios teóricos, acreditamos conveniente mencionar como indiscutivelmente próprias do Direito Econômico as disposições jurídicas que tratam do seguinte:

- a) planificação imperativa da economia nacional;
- b) limitações à produção de bens e serviços, imposição de quotas obrigatórias de produção ou exigência sobre natureza e qualidade desses bens e serviços;
- c) distribuição obrigatória de produtos e serviços, especialmente de primeira necessidade, às vezes com a fixação de preços máximos, zonas de distribuição, controle de seu transporte, etc.;

<sup>24</sup> M. Delmas-Marty, em sua proposição nas Jornadas aludidas em nota precedente, explica que o objeto de proteção do delito econômico, coincidente com o objeto de ataque da ação delituosa, é o sistema econômico em si mesmo, no sentido de "estruturas econômicas do país". Esta idéia concorda substancialmente com a que sustentamos.

d) proteção do consumidor, identificação apropriada de bens e serviços, abusos de propaganda comercial e, em geral, medidas para impedir um manejo abusivo dos preços ou uma queda na qualidade dos produtos;

e) açambarcamento, especulação e ágio em suas diversas formas;

f) regulação monetária, controle de divisas e câmbio de moedas estrangeiras;

g) concessão de créditos para a indústria e o comércio e taxas de juros máximos para eles.<sup>25</sup>

#### 12. *Exemplos de implantação constitucional do Direito Econômico*

Para mostrar preceitos constitucionais que se ocupam de deixar assentadas as bases fundamentais da doutrina econômica que corresponde estabelecer e preservar nos respectivos países, usaremos os mais pertinentes da Espanha, Colômbia e Venezuela.

O art. 38 da Constituição Espanhola de 1978 dispõe:

Art. 38 — É reconhecida a liberdade de empresa nos limites da economia de mercado. Os poderes públicos garantem e protegem seu exercício e a defesa da produtividade, de acordo com as exigências da economia geral e, particularmente, da planificação.

Erraria profundamente quem quisesse fundamentar neste preceito uma opção econômica capitalista por parte dos espanhóis, pois ele prevê uma consideração das "exigências da economia geral" e admite que se imponha uma planificação da economia, idéias, ambas, estranhas ao sistema capitalista.

Há, ainda, numerosas normas constitucionais que provam que a nação espanhola constitui um "Estado social e democrático de Direito" (art. 1.º), em que se busca "participação de todos os cidadãos na vida política, econômica, cultural e social" (art. 9.º); reconhece-se a função social da propriedade como uma delimitação desta (art. 33); predica-se uma remuneração suficiente do trabalho (art. 35), com o que este fica subtraído dos efeitos da lei do mercado; promove-se uma distribuição equitativa da renda pessoal (art. 40); atribui-se aos poderes públicos promover condições políticas orientadas para o pleno emprego; pede-se a eles que velem pela segurança

<sup>25</sup> E. Alfandari (ob. cit., p. 1) assinala como âmbito do Direito dos Negócios (equivalente ao Direito Econômico): os quadros jurídicos da economia (especialmente a regulamentação da moeda e do crédito, da concorrência e dos preços); os agentes econômicos (principalmente as empresas); os objetos econômicos: os bens no sentido jurídico (corpóreos e incorpóreos), mas também os serviços; as atividades econômicas: produção, distribuição, consumo. Como se pode verificar, seu marco é vago e se separa do que resulta de nossas reflexões.

Agustín Fernández Arbor em *Estudios sobre criminalidad Económica*, Bosch, Barcelona, 1978, assinala três modalidades que o legislador trataria de proteger mediante o delito econômico, que permitiriam conhecer seu pensamento acerca do âmbito do Direito Econômico. São elas: ordenado desenvolvimento da concorrência, o crédito e diretrizes particulares de política econômica. Não encontramos nele a precisão buscada.



e higiene do trabalho e protejam o bem-estar dos trabalhadores (mesmo artigo), obrigando-os a garantir a defesa dos consumidores e usuários, ocupando-se de sua segurança, saúde e legítimos interesses econômicos, fomentando sua organização, informação e educação e "regulando o comércio interior e o regime de autorização de produtos comerciais" (art. 51).

Como se tudo isto, que denota manifestamente uma opção por uma postura político-econômica francamente reformista, fosse pouco, outros preceitos provam até à evidência que os espanhóis se distanciaram grandemente de um capitalismo liberal e ainda de um neocapitalismo moderno, adentrando-se em uma avançada posição eclética. Com efeito, o art. 128 declara que "toda a riqueza do país... seja qual for sua titularidade, está subordinada ao interesse geral" e que "é reconhecida a iniciativa pública na atividade econômica", facultando-se ao setor público reservar-se recursos ou serviços essenciais e ainda "determinar a intervenção em empresas quando o exija o interesse geral"; o art. 131 permite ao Estado planificar a atividade econômica geral para atender às necessidades coletivas e estimular a mais justa distribuição da riqueza; o art. 149, n.º 13, reserva ao Estado a competência exclusiva para fixar "bases e coordenação da planificação geral da atividade econômica" e este mesmo artigo faculta ao Estado ocupar-se de numerosas matérias próprias de um Direito econômico (divisas, câmbios, créditos, etc.). Se a todo o anterior — e certamente não esgotamos as citações constitucionais que se poderia fazer, pois demos uma rápida visão do conjunto dessa Constituição — se agrega que nos arts. 27, 28, 35, 37, 39, 41, 43, 44, 47, 48, 49 e 50 são reconhecidos os direitos sociais dos espanhóis, não pode haver dúvida alguma de que nos achamos na presença de uma das constituições mais progressistas e avançadas do mundo ocidental, que com ela a legislação espanhola fica aberta a um vasto desenvolvimento do Direito Econômico e que é admissível que de conformidade com ela, como um dos tantos recursos jurídicos para preservar o sistema econômico implantado, tenham cabimento os delitos econômicos.<sup>26</sup>

A declaração pretensamente capitalista do art. 38 há de ser entendida, como já explicamos, no sentido de que o reformismo espanhol, como quase sempre sucede, parte de estruturas sócio-econômicas basicamente capitalistas, mas logo as retifica e reforma de uma maneira que o deixam consideravelmente afastado deste extremo. Com isto fica demonstrado, uma vez mais, que o reformismo é um capitalismo corrigido.

<sup>26</sup> Parece-nos incompleto e restrito o modelo econômico que extraem da Constituição espanhola vigente José M. Stampa e Enrique Bacigalupo (ob. cit., p. 163 e 164). Eles o limitam à liberdade de empresa, ao direito de propriedade com função social, às tarefas de bem-estar geral impostas ao Estado e à participação dos sindicatos de trabalhadores e associações empresariais. Com estas indicações pensam ter logrado a fixação de um limite exterior *máximo* do objeto de proteção. Basta comparar suas indicações, apoiadas apenas nos arts. 7, 28, 33, 38, 40, 41 e 51 da Constituição, com as que damos no texto para apreciar a notória insuficiência delas.

O art. 32 da Constituição da Colômbia declara que "a direção geral da economia estará a cargo do Estado, (o qual) ...intervirá, por determinação da lei, na produção, distribuição, utilização e consumo dos bens e nos serviços públicos e privados, para racionalizar e planificar a economia a fim de lograr o desenvolvimento integral".<sup>27</sup>

Os arts. 95 e 98 da Constituição da Venezuela dispõem que o Estado promoverá o desenvolvimento econômico e a diversificação da produção, com o fim de criar novas fontes de riqueza, aumentar o nível de renda da população e fortalecer a soberania econômica do país, e terá a faculdade de ditar medidas para planificar, racionalizar e fomentar a produção, e regular a circulação, distribuição e consumo da riqueza, a fim de impulsionar o desenvolvimento econômico do país.

Estes preceitos latino-americanos dão cabimento também, ainda que em forma mais resumida, a um dirigismo econômico muito amplo. Criam, com ele, a base de um Direito Econômico, pois tal propósito haverá de ter manifestação jurídica principalmente por meio de leis propriamente ditas.

### 13. Bem jurídico protegido e delito econômico

Esclarecido o conceito de Direito Econômico e fixada com ele a classe de normas constitutivas que ele estabelece, cumpre precisar e delimitar o conceito de delito econômico, principal objetivo de nossas reflexões. Com ele nos introduzimos no aspecto sancionatório, por meio de sanções penais, das mais graves ou turbadoras condutas que atentem contra o que aquelas normas impõem.

Das muitas idéias e categorias que utiliza a técnica jurídico-penal para a elaboração da teoria do delito, poucas têm logrado a estabilidade da de bem jurídico. Têm-se formado, como é natural, correntes diversas também neste ponto, mas, apesar de tudo, poderíamos afirmar que desde fins do século passado não se tem produzido na doutrina discrepâncias muito profundas no que concerne a seu conteúdo. Em todo caso, as divergências que podem existir não tocam nem prejudicam a questão que estamos estudando.

Os bens jurídicos se confundem com determinados interesses vitais individuais ou sociais, cuja alta importância faz valiosa a manutenção de um determinado estado no qual eles se conservem indenes. Seu valor se estabelece de acordo com um interesse médio que o direito leva em conta. O interesse que está na base de cada bem jurídico não é criado pelo direito, senão que é fruto de uma determinada forma de conceber a sociedade e os indivíduos que a formam, a que se reflete em um concreto regime de organização social, política e econômica, que se estabelece em um país em uma

<sup>27</sup> A Constituição da Venezuela é de 1961. Em contrapartida a da Colômbia é antiga, de 1886, apesar de seu art. 32 proceder de uma modificação recente.

certa etapa de sua história. Mas é o direito que capta e recolhe este interesse e que, elevando-o à categoria de bem jurídico, o coloca como base da ordem social que lhe cumpre proteger e sustentar.

Desta maneira, a proteção e preservação de um conjunto harmônico de bens jurídicos se converte em uma das funções principais do ordenamento legal e a prevenção das condutas que o lesionem ou ponham em perigo com menoscabo ou acentuada perturbação do interesse social, passa a ser a missão mais indiscutível da legislação penal.

Convém esclarecer que o conceito de bem jurídico não constitui tão-só o fundamento primordial da reação penal, senão que integra o núcleo mesmo da noção de injusto, como caráter de todo delito, em qualquer explicação jurídica que não se satisfaça com elaborações puramente formais e que aspire encontrar a substância mesma da negação jurídica em que consiste o delito.

Os fatos puníveis podem ser classificados de acordo com pontos de vista diferentes. Todavia, as classificações que tomam como base o bem jurídico específico afetado, são as mais frequentes, as que asseguram maior racionalidade, as que são mais facilmente compreensíveis e as que melhor esgotam o ordenamento do material que serve de objeto. Isto não é de se estranhar, porque é a idéia de bem jurídico que permite distinguir a razão última da criação de cada grupo de delitos; devido a isto, será a indagação do bem jurídico que corresponde a cada fato punível descrito legalmente o que melhor permitirá discerni-lo para seu agrupamento de maneira consequente.

A determinação dos bens jurídicos que o direito penal protege, não é, todavia, empresa fácil. Muitas vezes ela flui da mesma sistematização da parte especial que oferecem as legislações penais através das divisões e subdivisões desta, mas em ocasiões há rubricas desafortunadas ou confusas, posto que o legislador não se interessa muito com a teoria e prefere os critérios práticos. Ao anterior deve agregar-se que é possível distinguir dentro de um bem jurídico genérico numerosas facetas mais particularizadas, todas as quais cabem dentro do gênero, mas cada uma o especifica de uma maneira especial. Achar dentro do gênero todas as espécies, caracterizá-las devidamente e diferenciá-las de maneira acertada dentro do conjunto, se converte em uma tarefa inevitável para o jurista que queira, chegar a um conhecimento mais profundo e exato. Mas como isto deve atender-se a elementos que raras vezes são proporcionados em forma expressa pelo legislador, as conclusões bem fundadas só são logradas à custa de grandes esforços.

Ao que expressamos somam-se outras dificuldades que acrescentam uma sombra de incerteza. Uma delas é que o Direito Econômico está frequentemente inspirado por concepções político-econômicas contingentes, nem sempre amoldáveis às classificações doutrinárias que não são nem diáfanos nem simples. Seus preceitos podem ser o resultado de problemas sociais puramente conjunturais, elaborados com critérios pragmáticos que carecem da nitidez de

uma decisão ajustada a uma concepção político-econômica definida. Isto, sem contar que suas regras podem ser o resultado de uma transação entre tendências opostas dentro dos corpos legislativos.

Ademais, os estudos comparativos, a que com tanta frequência se acode, podem não constituir o auxílio apropriado para o jurista, desde que não existe um conceito universal único relativo ao conteúdo do Direito Econômico.

Uma outra dificuldade deriva do difícil que é fixar critérios definitivos sobre valorações que, qualquer que seja seu sinal ideológico, estão sempre determinadas por componentes variáveis e fortemente subjetivas.

Esta resenha dos mais importantes obstáculos que se opõem a uma boa determinação e delimitação do conceito de delito econômico, não pode levar-nos a um ceticismo negativo. O jurista deve cumprir sua tarefa levando até o extremo seus raciocínios. Se é afortunado, alcançará êxito final e, em caso contrário, terá posto um ponto de apoio para que outros, fazendo sua crítica ou agregando outros novos, alcancem aquele.<sup>28</sup>

#### 14. O bem jurídico e suas características

Se, como vimos, ao Direito Econômico corresponde, como bem jurídico genérico, a proteção e preservação de uma ordem pública econômica, este mesmo bem jurídico constituirá o objeto da proteção geral de todos os tipos penais destinados a prevenir fatos que signifiquem formas concretas de lesão ou de colocação dele em perigo, segundo a livre escolha do legislador respectivo. Isto é, o direito penal sancionado haverá de ficar marcado pelo mesmo critério teleológico usado para o direito constitutivo, ainda quando a superposição entre ambos nunca seja completa, em razão de que o delito econômico se apresentará sempre como um sistema descontínuo de fatos escolhidos pelo legislador, a seu critério, com o fim de cominar-lhes pena.

Por conseguinte, todo delito econômico terá como bem jurídico protegido próprio algum aspecto da ordem pública econômica concreta estabelecida em algum país determinado.

Este bem jurídico apresentará um conteúdo diferente, segundo seja o modo concreto de organização político-econômica adotado em cada país e, por isso, não é possível precisar este conteúdo de maneira geral. Isto poder-se-ia fazer somente com referência a uma legislação nacional dada.

Contudo, há algumas características genéricas que por corresponder a uma noção mesma de ordem pública econômica, tal como a explicamos, vão estar sempre presentes.

Estas características genéricas podemos resumí-las assim:

<sup>28</sup> Na nota 6 precedente. consignamos expressões célicas dos juristas Héctor Cuadra e Miguel Bajo.

a) esta ordem pública econômica corresponde a um determinado sistema de organização geral da economia que está implantado em um país;

b) esta ordem pública econômica se estabelece por razões de interesse geral;

c) esta ordem pública econômica domina imperativamente toda a organização econômica do país e obriga a todos os cidadãos, tanto administradores (autoridades) como administrados (particulares), apesar de ter como destinatários preferidos estes últimos, pois são estes os que mais freqüentemente podem violá-la, distorcê-la ou desconhecê-la.

Como consequência da primeira característica, devemos assinalar que o sujeito passivo do delito econômico será o sistema econômico nacional, enquanto forma privilegiada de organização da nação.<sup>29</sup>

Como consequência da segunda característica, temos que precisar que o delito econômico não causa por si mesmo um dano (lesão ou perigo) a pessoa ou pessoas determinadas, pois seu dano se difunde sobre toda a nação, sem radicar-se sobre nada em particular; por esta razão, trata-se de um dano que não é quantificável ou singularizável.<sup>30</sup>

A consequência da terceira característica (que em parte não é assertórica, senão de grau) será que a maior parte dos delitos econômicos terá como sujeitos ativos os particulares e, dentro destes, os empresários, o que não exclui que, em certos casos especiais, algum tipo possa indicar um funcionário público como executor direto.

Todo tipo penal que tenha como bem jurídico protegido a ordem pública econômica e que se ajuste, por conseguinte, às características expressadas, descreve um delito econômico puro e genuíno.

Uma inferência importante e esclarecedora acerca do conceito de delito econômico é que basta que legalmente fique excluída a punibilidade de um fato pela eliminação ou reparação de algum dano quantificável causado a pessoa ou pessoas determinadas, para ter a certeza de que este fato típico não pode ser um delito econômico.

Uma das figuras mais características entre os delitos econômicos é o açambarcamento, conduta mediante a qual alguém acumula ocultamente grande quantidade de mercadoria de fácil venda com a finalidade de reduzir a oferta dela e de lograr um importante

<sup>29</sup> Este conceito é bastante mais amplo que outro que se maneja com freqüência e que nós também usamos em outra época: o da regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia. Este último não permite explicar a existência de delitos econômicos nos regimes capitalistas puros, apesar de nestes aparecerem alguns deles.

E. Aftalion (ob. cit., p. 110) estima que o dano que causa o delito econômico afeta a economia nacional em seu conjunto.

<sup>30</sup> Os tipos penais relativos a delitos econômicos terão que ser redigidos, como é lógico, de forma que não apareça como necessária uma prova do dano, pois tal prova, pela natureza mesma deste, seria impossível ou muito difícil.

aumento do seu preço de venda. Um fato desta classe lesiona a ordem pública econômica porquanto altera a livre concorrência, priva o mercado da mercadoria que normalmente deveria chegar a ele, beneficia injustificadamente a quem o urde e prejudica a todos os demais ao provocar uma alta nos preços de bens de grande consumo. Não se percebe nele, todavia, um dano quantificável para nenhum indivíduo em especial.

Outras figuras bem representativas dos delitos econômicos são constituídas pelas violações do comércio de moeda estrangeira, que permitem obter riqueza importante fora do país, com empobrecimento da economia nacional. Coisa semelhante pode-se dizer daquelas violações de regras imperativas impostas à indústria ou a uma parte dela para produzir bens de determinada ou de certa qualidade ou em certa quantidade.

Um delito econômico da maior importância, esquecido muitas vezes pelos especialistas, é a falsidade na informação que devem dar aos organismos encarregados da planificação da economia as atividades econômicas de produção, distribuição e consumo de bens e serviços. Estas falsidades significam, como é óbvio, um prejuízo muito grave para a elaboração de um correto plano econômico e elas não podem ser sancionadas normalmente de acordo com a legislação penal ordinária por provir de particulares e não originar dano direto a alguma pessoa determinada. Todo sistema econômico baseado na planificação das atividades correspondentes necessitaria contar com tipos desta classe.

Ao propor os exemplos anteriores está bem longe de nosso ânimo a idéia de formar um quadro dos delitos econômicos. Bem conhecemos a impossibilidade de esgotar seu elenco. Se mencionamos alguns é apenas para marcar como pode verificar-se neles o cumprimento das características anteriormente assinaladas.<sup>31</sup> Tenha-se em conta, ademais, que em razão de que intentamos fixar critérios teóricos básicos para a determinação e delimitação do delito econômico, sem cingirmos por isso a uma legislação determinada, os

<sup>31</sup> M. Bajo, em ob. cit., p. 42, separa-se dos critérios que temos fixado e não fixa outros que os substituam. Como consequência, proporciona uma emaranhada lista de delitos econômicos. Inclui entre os delitos econômicos "esritos" fatos que atentam contra a determinação ou formação dos preços, os delitos monetários, as infrações de contrabando e o delito fiscal, e entre os delitos econômicos "amplos" a insolvência, a concorrência ilícita, os abusos de crédito, o estelionato, as fraudes com alimentos, os delitos do trabalho, os delitos relacionados com as atividades mercantis, a receptação, a malversação de verbas públicas, o suborno, a apropriação indébita, a falsidade documental, etc.

Se revisarmos o título VIII, do Livro II, do Projeto de Código Penal Espanhol de 1980, verificaremos que dentro dele figuram fatos, qualificados como "sócio-econômicos", nos quais a responsabilidade por eles fica excluída pela eliminação ou reparação do dano que eles causaram a uma pessoa determinada, segundo se pode ver dos seus arts. 353, (letra de câmbio vazia) e 354) (cheque em descoberto). Dentro deste título incluem-se fatos tão variados como os que M. Bajo chama "delitos econômicos amplos".

exemplos propostos correspondem a figuras ordinariamente previstas pelas diversas legislações penais econômicas.

### 15. O concurso de bens jurídicos

As necessidades sociais que o direito deve satisfazer não têm a simplicidade dos esquemas teóricos, senão que apresentam-se amígdice com características muito variadas que reclamam diversidade ou multiplicidade de soluções jurídicas. É o que sucede com fatos que o legislador crê necessário tipificar e que atentam simultaneamente contra dois ou mais bens jurídicos. Exemplos apropriados são o desacato à autoridade, o qual lesiona o prestígio e decoro desta sob um ponto de vista de interesse público, mas que pode lesionar ao mesmo tempo a honra pessoal do funcionário ofendido; ou o roubo, em que fica afetado não só o bem jurídico do interesse patrimonial individual do sujeito passivo, mas também o de sua vida ou integridade corporal.

Este concurso ou cúmulo de bens jurídicos protegidos pode produzir-se também em fatos nos quais um dos bens comprometidos seja claramente a ordem pública econômica.<sup>32</sup> Os exemplos possíveis são muitos: o *dumping*, que destrói a concorrência e favorece o monopólio, mas prejudica também diretamente às empresas que são vítimas dele; a violação de preços máximos de venda de certas mercadorias, o que além de prejudicar os adquirentes concretos da mercadoria, importa um desconhecimento das regras de ordenação econômica imposta pela autoridade pública.

Não é possível dar uma solução geral e única para estes casos, pois as circunstâncias podem conduzir a soluções diversas.

Pode ocorrer, por exemplo, que um dos dois ou mais bens jurídicos comprometidos seja de valoração tão superior ao outro ou outros, que estes últimos percam todo o relevo e simplesmente desapareçam desde um ponto de vista jurídico, ou o que é igual, que não tenham efeito algum em uma solução que considerará unicamente a valoração prevalente. É o que sucede no exemplo do desacato e na violação de preços máximos de venda, pois em ambos o interesse coletivo predomina incontrastavelmente sobre os interesses privados que também se afetam.

Em outros casos, cada um dos diversos bens jurídicos pode apresentar-se com uma importância equivalente ou quase equivalente à do outro ou outros. O mínimo que isto significará será uma incerteza para correta classificação do tipo, pois qualquer deles poderia ser utilizado para classificá-lo. Em definitivo, será a preferência do legislador por algum dos bens comprometidos a única circunstância que poderá eliminar a dúvida.

Basta examinar textos sobre delitos econômicos para dar-se conta de que uma parte considerável deles atacam não apenas a

<sup>32</sup> E. Aftalion (ob. cit., p. 107) examina os casos de delitos econômicos que afetam simultaneamente a outros bens jurídicos.

ordem pública econômica mas também econômicos ou patrimoniais de uma ou várias pessoas particulares. Quando seja esta classe especial de concorrência de bens jurídicos a que se apresenta, será o juízo do legislador, exteriorizado na localização sistemática que assine ao delito correspondente, ou em outras indicações que denotem a valoração que faz dos bens jurídicos que concorrem, o que nos permitirá decidir se há de ser tido por um delito econômico ou por um delito de diferente classificação.

Há um ponto que originou muitas confusões na doutrina. Entre os velhos delitos "contra a propriedade" (ou contra os interesses patrimoniais individuais) e o delito econômico, pode aparecer um terceiro termo, que alguns denominam "delitos contra a confiança no tráfico jurídico".<sup>33</sup> Quando este terceiro termo aparece na lei nos encontramos ante uma legislação que converteu também em bem jurídico suscetível de proteção a boa fé e a lealdade dos contratantes em seus negócios. É este um bem que transcende o interesse privado de uma ou mais pessoas, porque tem em vista o enobrecimento de certa classe genérica de relações jurídicas, mas que não pode ser confundido com uma ordem pública econômica, porquanto, em último termo, protege e beneficia somente a grupos humanos mais ou menos amplos que realizam tráfico de negócios e não a toda a coletividade. Ademais, não está destinado a preservar um sistema de organização geral da economia, mas apenas a melhorar um âmbito mais ou menos reduzido de atividades econômicas que interessam a um setor da sociedade. Finalmente, este bem jurídico tem em vista um espaço de atividades no qual os particulares seguem operando livremente e em que continuam vigentes a autonomia da vontade e da liberdade contratual.

São, não obstante, muitos os especialistas que equivocadamente incorporam os delitos contra a confiança no tráfico jurídico aos delitos econômicos. Pertencem àqueles a omissão de bens que faz o devedor afim de não pagar ao credor, a insolvência delituosa, a falta punível, a emissão de cheques sem provisão de fundos (que em caso algum pode ser tido como delito econômico, desde que pelo pagamento oportuno de seu valor fique excluída a responsabilidade penal), as fraudes na entrega de mercadorias (que também poderiam ser excluídas comodamente entre os delitos contra os interesses patrimoniais individuais), o abuso na gestão de sociedades anônimas,<sup>34</sup> e a violação do segredo industrial, entre outros.

<sup>33</sup> Stampa e Bacigalupo (ob. cit., p. 161) utilizam a expressão "delitos no ou por ocasião de comércio".

<sup>34</sup> Ver Marcel Rousset e Maurice Patin, *Delits et sanctions dans les sociétés par actions*, Sirey, Paris, 1938.

Como expressou F. Muñoz Conde em sua proposição nas Jornadas mencionadas na nota 23, "o direito de sociedades, por mais importante que seja para a vida econômica de um país, continua sendo um direito privado patrimonial, como o demonstra sua situação no direito mercantil".

## 16. Outras complicações

Existe uma notória inclinação a incluir entre os delitos econômicos as fraudes fiscais e o contrabando.<sup>35</sup>

O certo é que, em princípio, eles são formas de preservação de valores próprios do Direito Fazendário (ou do Direito Fiscal e do Direito Aduaneiro, se se preferir tratá-los separadamente) e que tem em mira a proteção do interesse do Fisco e não a da estrutura econômica nacional. Apesar disto, poderia ocorrer que certos impostos ou certas taxas aduaneiras tenham sido estabelecidas pela lei, não tanto para dar ao Fisco uma fonte de recursos, senão com o ânimo preponderante de influir nos processos econômicos nacionais e de lograr por esta via um melhoramento geral do sistema econômico vigente. Em tal caso, o que aparecia como delito fiscal ou aduaneiro poderia passar a ser um delito econômico, desde que a particularidade indicada fosse prevista ou admitida de forma clara e distinta.

Igualmente, poderá ser tida como delito econômico a destinação de um empréstimo outorgado por uma instituição creditícia para fins de fomento de certas atividades de produção ou de distribuição, a um objetivo diferente do previsto. Para isto será necessário que a regra reguladora da outorga do crédito se assente nas conveniências gerais da economia. Somente sob esta condição este fato poderia ser considerado como delito econômico. Em qualquer outro caso, haveria de ser tido como um simples engano que afeta o ente creditício.

São frequentes os preceitos legais destinados a prevenir atentados contra os interesses econômicos dos consumidores, entre eles, os destinados a sancionar a propaganda comercial falsa, a venda de mercadorias com peso ou conteúdo diverso do indicado na embalagem, a omissão ou alteração das indicações sobre procedência da mercadoria ou outras semelhantes (o delito de violação de preços máximos de venda, a que antes nos referimos, poderia ficar incluído também aqui).

Surge com isto o problema de saber se tais delitos podem ser tidos como delitos econômicos ou se pertencem a um grupo separado.

Afirma-se que em uma economia de mercado há dois aspectos que devem estar assegurados legalmente: um, a livre concorrência dos empresários no mercado, e outro, a proteção do interesse dos consumidores.<sup>36</sup> A proteção dos consumidores adquire grande desenvolvimento, como é natural, dentro dos sistemas político-econômicos reformistas.

O conceito de consumidor tem sido fixado expressando que abarca toda pessoa natural ou jurídica à qual se vendem bens ou se

<sup>35</sup> M. Bajo (ob. cit., p. 42) e F. Muñoz Conde (proposição citada em nota precedente) situam o delito fiscal e o contrabando entre os delitos econômicos. E. Aftalión (ob. cit., p. 110) incorpora o contrabando ao delito econômico.

<sup>36</sup> M. Delmas-Marty, em sua proposição nas Jornadas referidas na nota 23.

oferecem serviços para seu uso privado, não a considerando tão-só como um adquirente de bens ou de serviços para seu uso pessoal, familiar ou coletivo, senão como pessoa interessada nos diferentes aspectos da vida social que possam afetá-la, direta ou indiretamente, na qualidade de consumidor (Carta do Conselho da Europa e Programa preliminar da Comissão Econômica Européia para uma política de proteção e de informação dos consumidores, de 14 de abril de 1975).

A tutela dos interesses dos consumidores se confunde na legislação moderna com a dos interesses coletivos, porque todo membro da comunidade é em definitivo um consumidor.<sup>37</sup> Não corresponde, portanto, fazer uma distinção entre delitos que protegem os interesses econômicos de todos os consumidores e os que protegem os interesses econômicos coletivos. Coisa diferente é que, ordinariamente, um delito destinado a velar pelo interesse dos consumidores não será um delito econômico puro, pois também poderá causar um dano quantificável e direto a algum consumidor concreto ao qual afete. Deste modo, aplicam-se as explicações que demos acerca dos delitos econômicos como bem jurídico múltiplo.

Nos anos mais recentes tem aparecido uma tendência que busca separar dos delitos contra a propriedade tradicionais aqueles que têm como sujeitos passivos um conjunto muito amplo de indivíduos. É o que sucede, por exemplo, com as fraudes em vendas imobiliárias, as administrações abusivas de sociedades anônimas, a venda de alimentos adulterados (enquanto seu caráter danoso para a saúde não puder levá-la a uma classificação diversa: os delitos contra a saúde) e a propaganda comercial falsa. São os chamados delitos com sujeito passivo massa ou, simplesmente, delitos-massa.<sup>38</sup>

É difícil admitir que a concorrência de uma grande quantidade de sujeitos passivos possa alterar, sem mais, o bem jurídico protegido e, por consequência, a classificação mesma dos tipos legais. Eles continuarão sendo delitos de estelionato ou de fraude, quando assim corresponder, ainda que afetem a centenas ou a milhares de vítimas, ou se manterão como delitos econômicos de bem jurídico múltiplo, em outros casos. O relativo ao grande número de vítimas tem um indubitável interesse criminológico, posto que são novas formas ou condições de vida social as que permitem esta multiplicação extrema dos sujeitos passivos, com notório aumento do proveito ilícito do sujeito ativo, o qual se vê favorecido em seu atuar pelo emprego de meios maciços de comunicação social, pela concentração urbana, pelo aumento crescente das expectativas do homem moderno e por outros fatores. O que interessa anotar é que essa massificação do sujeito

<sup>37</sup> Cf. Estéban Righi e Federico Canovas, em "El sistema de reacciones penales de la ley de invenciones y marcas", em *Cuatro Ensayos de Derecho Penal*, UNAM, Enep-Acatlán, México, s/d, p. 67.

<sup>38</sup> A. Fernández Arbor (ob. cit., p. 48-52) se ocupa dos delitos-massa, aceitos pela moderna jurisprudência espanhola mediante uma aplicação extensiva da idéia de delito continuado.

passivo exige leis mais apropriadas que as tradicionais, com o fim de fazer face a estes delitos de maneira mais apropriada, e com uma política criminal mais correta. As leis penais atrasadas não permitem resolver muitos dos problemas próprios da mesma e até dificultam sua adequada persecução e punição.<sup>39</sup>

### 17. O delito econômico nas ideologias extremas

Do que explicamos aparece bem obviamente que o delito econômico tem amplo desenvolvimento dentro de uma organização político-social reformista e que tanto maior é seu cabimento e importância quanto mais avançado seja este reformismo.

As razões são claras: no reformismo uma parte considerável, normalmente a majoritária, das atividades econômicas se encontram em mãos de particulares, e elas devem ser vigiadas, reguladas ou sofrer a intervenção do Estado com o fim de planificá-las, dirigí-las e encaminhá-las em uma direção conveniente ao interesse nacional, como meio de alcançar justiça social, melhor distribuição da riqueza e uma tutela adequada do interesse dos mais desfavorecidos. Para assegurar uma devida prevenção da violação das normas estatais, o legislador cria figuras especiais de delitos econômicos.

Algo muito diferente é o que ocorre no caso das ideologias que temos chamado de extremas.

Se supuséssemos um capitalismo liberal rigidamente ajustado aos princípios, caso difícil de dar-se na realidade pela utopia que encerra, poderíamos entender que de acordo com a regra *laissez-faire, laissez-passer* os particulares, únicos titulares das atividades econômicas, gozariam de uma liberdade irrestrita para desenvolvê-las e não corresponderia ao Estado, a este respeito, outro papel que o de um espectador independente.

Diversa é a realidade nos países que adotam esta ideologia. Neles o Estado se sente autorizado, pelos menos, a adotar as medidas que permitam o jogo claro, regular e sem vícios do sistema adotado, e por isso dita leis em virtude das quais se reprimem certos fatos que se opõem a seus princípios. O mais claro destes é o da livre concorrência<sup>40</sup> e à sua proteção se dirigem alguns tipos penais quase tão antigos quanto o capitalismo. Nos arts. 412 a 419 do Código Penal Francês de 1810<sup>41</sup> e nos velhos arts. 539 a 541 e 574 do Código Penal

<sup>39</sup> A aparição de delitos-massa exige reformas penais substantivas dirigidas a evitar que prejuízos patrimoniais muito reduzidos sob o ponto de vista individual reduzam a penalidade aplicável (poderiam ser considerados como múltiplas contravenções e que o delinqüente retenha seus enormes ganhos ilícitos). Também impõe reformas processuais destinadas a não exigir a individualização de todos os prejudicados, a facilitar a prova dos fatos e a assegurar uma firme sustentação da ação penal.

<sup>40</sup> As regras clássicas da livre concorrência são: competição perfeita, atomidade do mercado, transparência do mesmo, homogeneidade dos bens, livre entrada ao mercado e equilíbrio entre a oferta e a procura.

<sup>41</sup> M. Roussetlet e M. Patin, ob. cit. na nota 1, especialmente p. 619 a 626.

Espanhol, para não citar outros, estão contidos preceitos destinados a apenar fatos que deformam ou transformam o livre jogo do mercado. É certo que vários deles apenas ações fraudulentas ou violentas destinadas a alterar a lei da oferta e da procura (que poderia estimar-se o último extremo a que pode chegar um Estado independente), mas também existem alguns que sancionam penalmente atos de mera coligação ou acordo entre os fatores econômicos. Estes constituem, sem dúvida, delitos econômicos, posto que sancionam fatos atentatórios às disposições legais que impõem um determinado ordenamento da economia nacional, com vistas ao bem-estar ou melhoramento econômico coletivo.<sup>42</sup>

Caráter análogo têm os preceitos penais destinados a reprimir associações de empresas ou acordos entre elas, que tendem a dominar um mercado mediante a eliminação dos competidores. Esta classe de tipos penais, iniciados em 1890 nos Estados Unidos mediante a Lei Sherman, tem-se difundido muito e quase não há país capitalista que não inclua em sua legislação penal preceitos destinados a combatê-los, sob o nome de delitos de monopólio.<sup>43</sup>

Por certo que as disposições legais desta classe são toleradas unicamente para proteção, aperfeiçoamento e defesa do liberalismo econômico,<sup>44</sup> pois o sistema rechaça com veemência outra classe de delitos econômicos.

Se vamos ao outro extremo, um sistema socialista puro, também ali havemos de observar que uma legislação especial sobre delitos econômicos é em grande parte estranha. Com efeito, enquanto em

<sup>42</sup> Estas disposições legais podem ser apenas implícitas, nos casos em que o ordenamento jurídico não se pronuncia por um determinado regime econômico, mas de fato entrega ao livre jogo da iniciativa particular o desenvolvimento das atividades econômicas. Isto sucede, com freqüência, em países que vivem no capitalismo.

<sup>43</sup> Segundo K. Vergopoulos, o neoliberalismo se opõe à legislação anti-truste, sob o pretexto de que não se pode combater com leis o fenômeno do monopólio e propõe como solução de troca o reforço das condições da competição livre e ilimitada. (*Le Monde Diplomatique*, julho de 1981, n.º 31.)

<sup>44</sup> H. H. Jescheck, não obstante situar-se dentro de princípios de liberdade econômica, declara que a missão do Direito Penal Econômico é velar para que a liberdade econômica não se transforme em uma libertinagem, em "El Derecho Penal Económico Alemán", *Cuadernos de los Institutos*, n.º 74, Universidade Nacional de Córdoba, Argentina.

É ilustrativo aludir, neste ponto, aos esforços que são realizados por regimes capitalistas como o estabelecido no Chile a partir de 1973, pela ditadura militar de Pinochet. Na IX Reunião Plenária da Comissão Redatora do Código Penal Tipo para a América Latina, celebrada em Santiago do Chile, em março de 1975, a comissão chilena, conjuntamente com a Argentina, fizeram esforços para bloquear um projeto sobre delitos contra a ordem econômica apresentado pela Comissão Colombiana. Apesar da tarefa de preparar tal projeto ter sido entregue à Comissão Colombiana desde momentos em que a democracia florescia no Chile, pelo que era indiscutível que tal matéria correspondia aos propósitos de um Código Penal Tipo, argumentou-se que o tema não devia figurar no articulado. Tudo isto se cumpriu dentro de proposições verdadeiramente farsescas, destinadas a impedir a inclusão dentro de dito Código do conceito de delito econômico. (Ver Estéban Righi, obra citada na parte final da nota 1, p. 199 a 203).

um regime socialista rigoroso todas as atividades de índole econômica estão subtraídas dos particulares e são postas a cargo exclusivo do Estado, não cabe a ingerência deste para fiscalizar ou dirigir o que faz parte de suas próprias atribuições. O que sucede, em tal caso, é que o Direito Administrativo, como ramo legal que se ocupa da organização das funções e serviços do Estado, deve passar a reger todas as atividades econômicas de que este se encarrega, com o que desaparece um Direito Econômico autônomo, absorvido por aquele. Todavia, há certas atividades que perturbam o ordenamento da economia nacional, que podem ser cometidas ainda dentro do socialismo pelos particulares. O exemplo mais ostensivo e claro é dado pelos fatos dos que violam a proibição que lhes foi imposta de exercer atividades econômicas de produção e de distribuição de bens e serviços. Também pode-se mencionar como exemplo os que violam as previsões legais relativas a divisas e moeda estrangeira.

Dentro da legislação soviética, por exemplo, apenam-se vários delitos econômicos, dentre os quais podemos mencionar o exercício de comércio proibido, a especulação, a negociação privada em organizações sociais, o corte ilegal de árvores e outros.<sup>45</sup>

Quando se trata de sistemas capitalistas ou socialistas não extremos, aumenta o cabimento dos delitos econômicos, no primeiro enquanto se conserva ou admite algum grau de intervenção estatal na economia, e no segundo, enquanto se permite ou tolera alguma atividade econômica por parte dos particulares (por exemplo, indústrias familiares).

## 18. Conclusões

a) Sem precisar o conceito de Direito Econômico não é possível compreender o conceito de delito econômico.<sup>46</sup> Por seu turno, sem conhecer os fundamentos dos diversos sistemas de ordenação e organização da política econômica, não é possível entender devidamente o Direito Econômico.

b) Não existe um conteúdo unívoco do Direito Econômico, por que ele varia segundo o sistema econômico concreto que está chamado a manter e proteger em cada país.

c) A falta de um conteúdo único e universal do Direito Econômico, os estudos comparativos devem ser utilizados com cautela e, em geral, proporcionarão apenas uma utilidade medida.

d) É possível, contudo, encontrar semelhanças proveitosas em legislações que correspondem a um mesmo ou a um parecido sistema econômico.

<sup>45</sup> Ver Estéban Righi, mesma obra mencionada na nota precedente, p. 197.

<sup>46</sup> Aqueles que possam estranhar porque não seja necessário dizer o mesmo em relação a outros direitos constitutivos ou normativos (por exemplo, Direito Civil, Direito Mercantil, Direito Administrativo, etc.) devemos recordar-lhes que nestes últimos casos trata-se de ramos precisos e bem delimitados, coisa que não ocorre com o Direito Econômico.

e) O Direito Econômico constitui hoje, em numerosos países, uma área jurídica de grande importância quantitativa e qualitativa, que se estende aos planos nacional e internacional.

f) Nos países em que o Direito Econômico adquiriu amplo desenvolvimento, ele se apresenta como um ramo jurídico autônomo e original, exigido por circunstâncias novas das vidas de seus povos. Apesar disto, é preciso reconhecer que vários fatores conspiraram contra um desenvolvimento teórico mais acabado deste ramo.

g) O Direito Econômico é aquele ramo do direito que reúne e sistematiza um conjunto de regras jurídicas de interesse público, destinadas a proteger e manter uma certa organização e ordenação da economia nacional com vistas ao bem-estar de toda a coletividade. Suas fontes formais estão constituídas por normas administrativas e por leis emanadas do poder legislativo e, em alguns casos, por preceitos constitucionais que marcam as grandes funções do Estado na economia nacional.

h) O bem jurídico que procura proteger e manter o Direito Econômico é a ordem pública econômica de uma nação.

i) A ordem pública econômica supõe a existência de um determinado sistema de ordenação e organização geral da economia, implantado em um país conforme certas doutrinas ou práticas, por razões de interesse geral. Ele constitui também o bem jurídico protegido pelos delitos econômicos.

j) O bem jurídico próprio dos delitos econômicos serve para identificar a estes e distingui-los de outros tipos penais semelhantes. Com referência a dito bem jurídico protegido é possível decidir que fatos são inequivocamente delitos econômicos e que fatos não podem sê-lo. Todavia, há uma vasta gama de figuras puníveis complexas ou ambíguas que podem ser ou não delitos econômicos segundo as condições concretas em que se produza sua respectiva tipificação legal.

k) Os delitos contra a confiança no tráfico jurídico ou nos negócios diferem dos delitos econômicos e não podem ser confundidos com eles.

## DIREITO PENAL ECONÔMICO E DIREITO PENAL DOS NEGÓCIOS

Heleno Cláudio Fragoso

### I

#### *Em busca de definições*

1. Não conseguiu ainda a doutrina do Direito Penal estabelecer com nitidez o conceito de direito penal econômico, fixando a sua objetividade jurídica. Numerosas reuniões científicas internacionais têm tratado da matéria, que apresenta hoje abundante e valiosa bibliografia. Por outro lado, importantes trabalhos têm sido realizados no campo da Criminologia. Há hoje consciência universal de que existe uma criminalidade grave contra o patrimônio e a ordem econômica social, praticada por pessoas "respeitáveis", que causa extenso dano, incomparavelmente maior do que o produzido pela criminalidade convencional. Desejamos lembrar que o 6.º Congresso das Nações Unidas para prevenção do crime e tratamento do delinqüente, realizado em 1980, em Caracas, tinha como um de seus temas a questão que se enunciava: "Crime e abuso e poder: crimes e criminosos fora do alcance da lei".<sup>1</sup> As dificuldades de elaboração de conceitos firmes nesta matéria, porém, subsistem, e podem ser bem ilustradas pela deliberada renúncia à busca de definições, adotada por certas reuniões internacionais, como se observou na conferência promovida pelo Conselho da Europa, em 1976, e pela adoção de critérios puramente formais. Nesse sentido orienta-se o documento de trabalho elaborado por Tiedemann para o colóquio preparatório de Freiburg im Breisgau, o qual se refere a "direito penal econômico e direito penal dos negócios" (*Economic and Business criminal law*).

2. Poderíamos partir, para estabelecer o conceito de direito penal econômico, das idéias de economia e riquezas, identificando o objeto da tutela jurídica em interesses econômicos de toda ordem.

<sup>1</sup> O tema foi estudado no 5.º Colóquio conjunto interassociações de Bellagio, em abril de 1980, e na reunião de peritos realizada na ONU, em Nova York, em julho de 1979. Veja-se o excelente documento de trabalho preparado pelo secretariado (A Conf. 87/6, julho de 1980). O Congresso ensejou a produção de estudos de alto mérito.

É o que faz, por exemplo, Alfredo Etcheberry, que classifica os delitos econômicos em três espécies: (a) — crimes contra a *economia privada*, que são, basicamente, os crimes contra o patrimônio; (b) — crimes contra interesses econômicos de natureza social, que basicamente se referem às infrações tributárias e aduaneiras, e (c) — crimes contra a ordem pública econômica, que se referem às normas relativas aos princípios jurídicos que regem todo o processo econômico. Esses princípios, o autor identifica na liberdade econômica e na segurança do bem estar comum, que se traduz na regulamentação econômica.<sup>2</sup> Desta forma, porém, estabelecemos um conceito demasiadamente amplo de delito econômico, incluindo o furto e o roubo comuns, que constituem a criminalidade convencional contra o patrimônio e que nada têm a ver com o fenômeno que se pretende caracterizar.

3. Pensamos que se deve adotar para o delito econômico um conceito restrito, cuja objetividade jurídica reside na ordem econômica, ou seja, em bem-interesse supra-individual, que se expressa no funcionamento regular do processo econômico de produção, circulação e consumo de riqueza. Corresponde o direito penal econômico ao direito econômico, que surge com a primeira guerra mundial e com o fim da economia liberal, através da intervenção do Estado no processo econômico, que é fenômeno impressionante dos tempos modernos. O direito econômico é o direito da economia dirigida. Como diz Fabio Konder Comparato, "o novo direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica. Ele constitui assim a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico."<sup>3</sup> Um direito penal econômico é, portanto, o que se refere a fatos que lesam ou expõem a perigo uma determinada ordem econômica.<sup>4</sup> São claramente crimes econômicos, em nosso sistema de direito, algumas das infrações penais previstas no art. 3.º da lei de economia popular (Lei n.º 1.521, de 1951): destruição de matérias-primas ou produtos com o fim de determinar alta dos preços; ações destinadas a impedir a competição; participação em consórcios ou conglomerados para impedir ou dificultar a concorrência, visando aumentar lucros; açambarcamento de matérias-primas ou produtos, para provocar alta dos preços; *dumping* ou venda de mercadorias abaixo do custo, para liquidar a concorrência. Não entram no conceito de direito penal econômico nem os delitos das sociedades co-

<sup>2</sup> Alfredo Etcheberry, "Objetividade jurídica do Delito Econômico", *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 6 (1964), 99 ss.

<sup>3</sup> Fabio Konder Comparato, "O indispensável direito econômico", *Revista dos Tribunais*, vol. 353 (1968), 22. Veja-se também Marino Barbero Santos, "Los delitos contra el orden socio-económico: presupuestos", no volume *La reforma penal, cuatro cuestiones fundamentales*, Madrid, Instituto Alemán, 1982, 145.

<sup>4</sup> Walter Zirbons-Otto Terstegen, *Wirtschaftskriminalität*, Reinbeck, 1963, 7.



merciais, nem os da propriedade industrial, nem os delitos fiscais ou aduaneiros.

4. Nosso tema, porém, abrange também o chamado direito penal dos negócios. É noção oriunda do direito francês (*droit pénal des affaires*). Entende-se por criminalidade dos negócios aquela que aparece relacionada, em algum momento, com uma atividade comercial legítima. É a criminalidade do homem de negócios no exercício abusivo ou fraudulento de sua atividade comercial legítima. As empresas fictícias, organizadas apenas para realizar fraudes, não se integram no direito penal dos negócios, e através delas pratica-se somente estelionato comum.<sup>5</sup>

5. Como logo se percebe, a noção de direito penal dos negócios é bastante fluida e imprecisa, não permitindo estabelecer critérios jurídicos de conceituação.<sup>6</sup> Um cheque sem fundos emitido por uma sociedade comercial, na realização de seus negócios, seria incluído na noção, mas o mesmo não aconteceria se o cheque fosse emitido por particulares. A idéia de direito penal dos negócios tem, claramente, um conteúdo criminológico que nos leva ao conceito de crime de colarinho branco, introduzido por Sutherland.

6. Sutherland definia "white-collar crime" como "a violation of the criminal law by a person of the upper socio-economic class in the course of his occupational activities".<sup>7</sup> O conceito revolucionário de Sutherland deu lugar a largo debate e controvérsia,<sup>8</sup> mas a sua vitalidade é extraordinária. O que caracteriza a criminalidade de colarinho branco é o fato de seus autores pertencerem a classe social elevada, atuando no exercício de sua atividade ocupacional (comerciantes e profissionais) e causando um dano extenso e considerável.<sup>9</sup>

7. Objeto de estudo deve ser aqui o direito penal econômico, que se refere a crimes contra a ordem econômica e os crimes que se praticam no exercício regular das atividades em empresas públicas

<sup>5</sup> M. Delmas Marty, "La criminalité d'affaires", *Revue de Sc. Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1974, 47.

<sup>6</sup> Eduardo Correia, "Introdução ao Direito Penal Econômico", *Revista de Direito e Economia*, Universidade de Coimbra, n.º 1 (1977), 27. "Nenhum critério jurídico permite traçar com precisão os limites do *droit d'affaires*".

<sup>7</sup> Edwin H. Sutherland, "Crime and business", *The Annals of the American Academy of Political and Social Science*, 1941, vol. 217, 112. Cf. também, do mesmo autor, "White-collar criminality", *American Sociological Review*, vol. 5, n.º 1 (1940).

<sup>8</sup> Para uma ampla referência à matéria, veja-se o relatório apresentado por Di Gennaro e Vetere ao primeiro simpósio de Defesa Social sobre crime econômico, realizado em Roma, em 1977 ("Economic Crime. Problems of definition and research perspectives", mimeo). Cf. também OPP (Karl-Dieter), *Soziologie der Wirtschaftskriminalität*, Monique, Beck, 1975, 49.

<sup>9</sup> Lola Aniyar de Castro, "Projeto para uma investigação comparada sobre crimes de colarinho branco na América Latina", *Revista de Direito Penal*, n.º 25 (1978), 93.

ou privadas. No estado atual da doutrina, parece difícil abandonar um critério puramente formal para a caracterização dessa última espécie de delitos.

## II

### *As realidades da América Latina*

8. Entre nós o direito penal tem sido amargo privilégio dos pobres e desfavorecidos, que povoam nossas prisões horríveis e que constituem a clientela do sistema. A estrutura geral de nosso direito punitivo, em todos os seus mecanismos de aplicação, deixa inteiramente acima da lei os que têm poder econômico ou político, pois estes se livram com facilidade, pela corrupção e pelo tráfico de influências. Denunciamos, portanto, entre nós, como fenômeno generalizado, o da desigualdade com que funciona o sistema punitivo, que serve a uma estrutura político-social profundamente injusta e opressiva.

9. A América Latina se caracteriza, como se afirmou na conferência de Puebla, por uma escandalosa distância crescente entre pobres e ricos e a desumana pobreza de extensas faixas da população. Há fome e desnutrição, salários aviltados, desemprego e subemprego, enfermidades crônicas, analfabetismo, mortalidade infantil, falta de moradia adequada, injustiça nas relações internacionais, especialmente nas transações comerciais, situações de neocolonialismo econômico e cultural, por vezes tão cruel como o colonialismo político. As massas trabalhadoras são oprimidas numa economia de mercado, onde prevalece a criação artificial de necessidades superfúas, impostas de fora a países pobres. O modelo econômico-político suprime a participação ampla do povo nas decisões políticas e tem acentuado, em nosso continente, a marginalização de grandes maiorias e a exploração do povo. Os últimos tempos viram surgir e instalar-se, em muitos de nossos países, a doutrina da segurança nacional, profundamente antidemocrática, contribuindo para fortalecer o caráter totalitário dos regimes de força e alimentando o abuso de poder e a violação dos direitos humanos. Em nome da segurança nacional, institucionalizou-se a violência, com assassinatos e desaparecimento de pessoas, prisões arbitrárias, seqüestros e torturas, espalhando por todo o continente inquietação e desrespeito à dignidade da pessoa humana.

10. O quadro sombrio da realidade latino-americana apresenta comumente crimes e criminosos acima da lei, tornando puramente ilusória a igualdade proclamada nos documentos políticos.<sup>10</sup> O

<sup>10</sup> Cf. Heleno Fragoso, "Igualdade e desigualdade na administração da justiça", no volume *Direito Penal e Direitos Humanos*, Rio de Janeiro, Forense, 1977, 19.

direito penal econômico é, portanto, uma ficção. Os crimes praticados nas sociedades comerciais conduzem a segura e tranqüila impunidade. E para isso concorre amplamente um sistema legal que se caracteriza pela inconsistência e graves defeitos.

### III

#### Os critérios da criminalização

11. A falência do sistema punitivo leva hoje os especialistas a aconselharem a máxima restrição possível no emprego do instrumental punitivo do Estado. Tem-se demonstrado amplamente que a pena não corrige e, com bons fundamentos, tem-se posto em dúvida o seu efeito preventivo. A tutela jurídica que se realiza através da ameaça penal é, em realidade, ilusória, sendo muito elevados os custos sociais da criminalização. Por esse motivo, tem-se advogado a necessidade de reduzir ao mínimo a incidência do direito penal, retirando-se do sistema, através de um processo de descriminalização, aquelas condutas anti-sociais que podem ser controladas através de remédios jurídicos não-penais.

12. É o caso, portanto, de fazer uma reflexão sobre a conveniência do emprego da pena criminal para a repressão de certas condutas que representam abusos no exercício de certas atividades. Parece que o direito penal desempenha aqui uma função subsidiária e que a outros ramos do direito deve ser entregue uma função preponderante. É claramente o caso da proteção do meio ambiente.<sup>11</sup>

13. Tem-se dito, com razão, que os homens de negócio temem particularmente a pena criminal e que, em relação a esse tipo de delinquentes, a intimidação da pena seria muito mais eficiente, porque afeta a reputação, e, conseqüentemente, o crédito e a prosperidade dos negócios. A Criminologia Radical tem insistido na necessidade de dirigir o potencial repressivo do Estado precisamente contra os que integram a classe dominante, sendo beneficiários de uma ordem sócio-econômica desigual, estabelecida exatamente para protegê-los.

14. Nosso direito tem permanecido fiel à regra segundo a qual a responsabilidade criminal é pessoal e subjetiva. As pessoas jurídicas não podem cometer crimes. A tendência geral nessa matéria, no entanto, é claramente no sentido inverso. A longa experiência do direito anglo-americano vai penetrando no direito penal do continente e se expandindo. É preciso saber em que medida o direito penal

<sup>11</sup> Veja-se conclusão a que chegou o XII Congresso Internacional de Direito Penal, no exame da questão (*Actes du Congrès*), Hamburgo, 1980, 541. Cf. Jorge de Figueiredo Dias, "Sobre o papel do direito penal na proteção do meio ambiente", *Revista de Direito e Economia*, Universidade de Coimbra, n.º 1 (1978).

protege, com a regra *societas delinquere non potest*, um dos sustentáculos do regime capitalista. Como diz Bricola, num estudo luminoso, essa regra não tem valor ontológico e é apenas expressão da força das leis do poder econômico.<sup>12</sup> Se se pretende permanecer fiel à regra da responsabilidade penal subjetiva, é indispensável prever, para as pessoas jurídicas, sanções administrativas comparáveis às sanções penais.<sup>13</sup>

15. Os princípios gerais do direito penal devem ser aplicados aos delitos econômicos e aos realizados nas sociedades comerciais. Inteiramente injustificável é a adoção do princípio da responsabilidade objetiva (*strict liability*), que se encontra no direito anglo-americano. No direito brasileiro, apesar de certas passagens obscuras de alguns textos, não existe responsabilidade objetiva nessa matéria.

16. Constitui um dos fatos mais destacados do mundo contemporâneo a evolução fantástica das empresas transnacionais, que operam largamente na América Latina. Convém examinar em que medida é necessária e possível a repressão penal dos abusos cometidos por essas sociedades. Os atos de corrupção realizados pela Lockheed na Itália, na Holanda e no Japão, que alcançaram repercussão internacional, são apenas um dos exemplos de ações delituosas. Sugere-se a elaboração pelos órgãos internacionais de códigos de conduta, que regulem a atividade dessas empresas, embora os seus efeitos sejam bem limitados.<sup>14</sup>

### IV

#### Breve visão do direito brasileiro

17. Na matéria de que nos ocupamos, o direito penal brasileiro se caracteriza pela completa e rotunda ineficácia. As leis são, em geral, mal feitas, desatualizadas e lacunosas. Dir-se-ia que o sistema, através desse tipo de leis, se protege, pois assegura a impunidade dos que integram a classe dominante, para os quais não se destina o direito penal.

18. Nossa legislação penal das sociedades por ações (art. 177 CP) remonta à lei francesa de 1867 e não acompanhou as exigências da nova lei das sociedades anônimas (Lei n.º 6.404, de 1976). Há várias incongruências resultantes da nova lei em relação aos textos

<sup>12</sup> Franco Bricola, "Il costo del principio *societas delinquere non potest* nella attuale dimensione del fenomeno societario", *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1970, 1.031.

<sup>13</sup> Veja-se a conclusão do XII Congresso Internacional de Direito Penal, a que já aludimos (*Actes du Congrès*, 542).

<sup>14</sup> Klaus Tiedemann e Ulrich Sieber, "Criminal Abuse of Economic power by transnational enterprises?", relatório apresentado à reunião de peritos referida na nota 1.

criminais antigos. São raríssimos os casos em que os tribunais se ocupam dessas disposições.

19. O direito penal tributário está contido na Lei n.º 4.729, de 1965, bem como em outros textos, onde se faz indevida equiparação ao crime de apropriação indébita, da falta de recolhimento de contribuições. É o caso do imposto de renda (L. 4.357, de 1964, art. 11), do imposto sobre produtos industrializados (DL 326, de 1967), das contribuições previdenciárias (L. 3.807, de 1960, art. 80) e sindicais (CLT, art. 545). A aplicação desses dispositivos tem dado lugar a grande controvérsia na jurisprudência, responsável pela sua inaplicação. A inconstitucionalidade da lei relativa ao crime de falta de recolhimento do imposto sobre produtos industrializados é manifesta.<sup>15</sup>

20. A lei de economia popular (L. 1.521, de 1951) está hoje, na experiência judiciária brasileira, relegada ao esquecimento, exceto no que se refere ao crime de gestão temerária ou fraudulenta de estabelecimentos de crédito, cuja definição, anterior à reforma bancária de 1964 (L. 4.595), é inteiramente anacrônica.<sup>16</sup> Falta um mecanismo eficaz de repressão dos crimes contra a economia popular. As disposições que definem o crime de usura (não aplicável aos Bancos) são simplesmente anedóticas.

21. O nosso direito penal da propriedade industrial ainda consiste nos velhos textos do antigo Código da Propriedade Industrial (DL 7.903, de 1945), inteiramente desatualizados. O processo penal complicado estabelecido pela legislação vigente garante completa impunidade. As penas previstas pela lei são apenas simbólicas.

22. Os crimes falimentares são ainda os da lei de falências de 1945 (DL 7.661), não tendo, na prática, qualquer significação. Rarissimamente algum comerciante falido consegue a proeza de ser condenado por crime falimentar. A regra sobre a prescrição em dois anos, a contar da abertura da falência, estabelecida pela jurisprudência, é verdadeiramente escandalosa e assegura perfeita impunidade.

23. A lei sobre instituições financeiras (L. 4.595, de 1964) contém apenas três inúteis incriminações: veda o empréstimo a dirigentes, pune a violação do sigilo bancário e o funcionamento não autorizado de instituições financeiras. O sigilo bancário no

<sup>15</sup> Cf. Heleno C. Fragozo, *Lições de Direito Penal*, Parte Especial, vol. II, São Paulo, Bushatsky, 56. Ives Gandra da Silva Martins, *A apropriação indébita no direito tributário*, São Paulo, Bushatsky, 1975, 152. Sobre o tema, em geral, cf. Heleno C. Fragozo, "O novo direito penal econômico e tributário", *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 12 (1968).

<sup>16</sup> Cf. Heleno C. Fragozo, "Gestão fraudulenta ou temerária. Sociedade de crédito, financiamento e investimentos", *Revista de Direito Penal*, n.º 27 (1979), 93.

Brasil é um segredo de Polichinelo: não existe sigilo para o governo e seus agentes tributários. A legislação não contempla as fraudes realizadas no sistema financeiro, as quais não se ajustam com facilidade ao esquema do estelionato. Não há lei penal sobre o controle de câmbio.

24. A lei de mercado de capitais contém apenas três ridículas disposições penais, sobre impressão ou fabricação de ações, sobre fabricação de material de propaganda e sobre colocação de títulos falsos no mercado (já prevista no CP). Essas disposições nunca foram aplicadas, apesar do grande número de escândalos nas instituições financeiras, que causaram prejuízos astronômicos.

25. Entre os crimes contra o patrimônio, previstos no CP, não estão previstas as fraudes praticadas através de computadores, que não se ajustam ao esquema do estelionato senão quando especificamente foi enganada a pessoa que faz a disposição patrimonial.<sup>17</sup> Também não estão previstas as fraudes na aplicação de subvenções.

26. Não existem no país órgãos públicos ou privados para a defesa dos consumidores. O Brasil é uma espécie de paraíso para os fabricantes desonestos. O juizado de pequenas causas, que agora se projeta introduzir pode ter significativa importância na matéria.

27. Existe uma lei que regula a repressão ao abuso do poder econômico (L. 4.137, de 1962). Não se trata de lei penal, mas sim administrativa. Essa lei criou um órgão especial para aplicação de sanções (CADE), que é inteiramente ineficaz. Entre os fatos definidos como abuso do poder econômico (dos quais alguns estão previstos como crime na lei de economia popular) aparecem a eliminação da concorrência, a elevação de preços em caso de monopólio, provocação de condições monopolísticas, a formação de grupo econômico e a concorrência desleal. As penas previstas são as de multa, de cinco a dez mil vezes o maior salário mínimo vigente e a de cessação da prática que constitui abuso do poder econômico, sob pena de intervenção. Dificilmente se estabelecerá na matéria repressão eficiente sem alterações ambiciosas nos critérios que dominam o funcionamento do sistema econômico que prevalece em nosso país.

<sup>17</sup> Klaus Tiedemann, "Delitos contra el orden económico", no volume *La reforma penal*, cit. (nota 3), 168.

## O DIREITO PENAL ECONÓMICO E A PROTEÇÃO DO CONSUMIDOR \*

René Ariel Dotti \*\*

I — INTRODUÇÃO GERAL DO TEMA. 1. Os primeiros dominadores. 2. O regime jurídico em vigor. 3. A abertura dos portos. 4. O princípio da não intervenção. 5. Uma nova ordem económica. 6. A formação de um Direito Económico. 7. O abuso do poder económico.

II — O DIREITO PENAL ECONÓMICO. § 1.º — Alguns problemas de elaboração. 8. A autonomia legislativa. 9. A delimitação. 10. Conceito e delimitação. 11. Aspectos de estrutura. 12. A incriminação da pessoa jurídica. 13. As reacções penais. § 2.º — A protecção do consumidor. 14. O problema brasileiro. 15. Os direitos do consumidor. 16. Os planos de protecção. 17. Garantias mínimas para a protecção. 18. A revisão do sistema.

### 1. Os primeiros dominadores

As mudanças políticas de relevo e os progressos na técnica de navegação e dos meios de transporte na Europa dos quatrocentos abriram perspectivas para novas e importantes rotas comerciais pela via marítima.

Os portugueses foram os pioneiros de um tempo de conquistas e navegação com o objetivo de ampliar os espaços territoriais de dominação e colonizar os grupos humanos que viviam em estado de liberdade natural. Desde o século XV eles "madrugaram" no continente africano (Ceuta, 1415), promovendo a exploração metódica de seu litoral.<sup>1</sup>

Os historiadores consideram que a rota marítima pela África para o abastecimento das especiarias da Índia — culminando com a chegada de Vasco da Gama a Calicute (1498) — foi a maior realização económica, no plano económico, da segunda metade do século XV. E a descoberta do Brasil (1500) ocorreu dentro daquele

\* Comunicação apresentada ao Colóquio preparatório do XIII Congresso Internacional de Direito Penal — Rio de Janeiro, 20-23 de outubro de 1982.

\*\* Professor Titular de Direito Penal. Membro do Grupo Brasileiro da Associação Internacional de Direito Penal.

<sup>1</sup> Aziz N. Ab'Saber e outros, *História Geral da Civilização Brasileira*, t. I, A Época Colonial, 2.º v., São Paulo, 1977, p. 193.

quadro de expansão. Na Carta em que D. Manuel comunicou aos Reis Católicos a nova conquista, o rei se desvanecia na enumeração dos produtos da Índia trazidos pela esquadra de Cabral na viagem de retorno: "Canela, cravo, gengibre, noz-moscada e outros gêneros de especiarias (...) muita pedraria fina de muitas sortes."<sup>2</sup>

Depois do açúcar das ilhas, do tráfico de escravos negros e do mercado de ouro em pó, o comércio das especiarias se tornou outro grande monopólio do Estado português e com tal desenvoltura que até o próprio rei era um grande negociante.

De uma abordagem puramente mercantilista durante as primeiras décadas a partir da descoberta, o Brasil passou a ser também objeto de ocupação económica de Portugal, que era pressionado por outras potências europeias como Holanda, França e Inglaterra igualmente empenhadas nas conquistas marítimas.

Uma política de efetiva ocupação do solo foi adotada tendo como objetivo a produção de gêneros alimentícios para servir aos mercados europeus. Para se organizar a produção era necessário estimular o povoamento e por meio de sesmarias a Coroa estendia os terrenos de cultivo prendendo neles o lavrador. Mais uma vez se revelava o caráter pioneiro da atividade dos conquistadores: tratava-se da primeira experiência de criação de uma colônia agrícola em terras da América, na base da grande lavoura. E, de simples empresa extrativa, destinada ao abastecimento de pau-brasil, a América portuguesa constituiu parte integrante da economia produtiva europeia.

A partir de 1532 iniciou-se a organização económica e civil da sociedade brasileira. A sua base era a agricultura que se desenvolveu na regularidade do trabalho escravocrata, tendo, no princípio, explorado o braço indígena. Aquela condição juntava-se a estabilidade patriarcal da família formada pela união do português com a mulher índia que se incorporava, assim, à cultura económica e social dos dominadores.

O elemento decisivo na formação nacional não residia numa consciência de raça — diante da natureza cosmopolita do invasor — mas no exclusivismo religioso desdobrado em sistema de proflaxia social e política, como narra Gilberto Freyre: menos pela ação oficial do que pelo braço e pela espada do particular. E através das grandes famílias proprietárias e autônomas "Senhores de engenho com altar e capela dentro da casa e índios de arco e flecha ou negros armados de arcabuzes às suas ordens; donos de terras e de escravos que dos senados de Câmara falaram sempre mais grosso aos representantes del-Rei e pela voz liberal dos filhos padres clamaram contra toda espécie de abusos da Metrópole e da própria Madre Igreja."<sup>3</sup>

<sup>2</sup> *Id.*, *ibid.*, p. 195.

<sup>3</sup> Gilberto Freyre, *Casa Grande & Senzala*, Recife, 1966, 1.º t., p. 5 e 6.

## 2. O regime jurídico em vigor

Ao tempo das capitânias hereditárias (1534-1549) as instituições jurídicas eram reguladas pelas *Ordenações* (primeiramente as *Afonsoas* e após 1514, as *Manuelinas*) e por diplomas do Direito Romano, do Direito Canônico e do direito costumeiro. Relativamente à propriedade e às suas manifestações como a servidão, a enfiteuse, o usufruto, etc., eram as disposições romanistas acrescidas ou alteradas em alguns pontos pelas regras estabelecidas nos *forais*. A matéria das obrigações não era regulamentada nas *Ordenações*, salvo quanto a algumas regras sobre determinados tipos de contrato.

Em face daquele regime jurídico e das condições políticas e institucionais, não se poderia cogitar da aplicação de um direito em bases de justiça econômica e social.<sup>4</sup>

Apesar do desenvolvimento de atividades comerciais na Colônia, ainda não aparecia um Direito Comercial autônomo, com suas disposições destacadas do Direito Civil.<sup>5</sup> E aquele quadro não se modificou durante a primeira fase do Governo Geral até a dominação espanhola.

Como característica central das relações internas entre os habitantes do Brasil e entre estes e a Europa, destacava-se uma política liberal na exportação de qualquer produto, ressalvados os monopólios reservados à Coroa, alguns direitos dos donatários e o pagamento dos tributos.

A atividade portuguesa propriamente colonizadora foi marcada ao fim do século XV e parte do século XVI, quando o Brasil adquiriu a "força de trunfo" no jogo das competições imperialistas com as nações do velho mundo. As formas de exploração agrária tiveram o seu fastígio pela valorização do açúcar nos mercados aristocráticos e burgueses da Europa. Era um "artigo de luxo, vendido a preços elevadíssimos e dando lucros enormes a produtores e intermediários".<sup>6</sup>

A partir de 1603 entravam em vigor as *Ordenações Filipinas*, que previam pena de morte, de degredo e de perdimento de bens para as atividades que prejudicassem os interesses fazendários da

<sup>4</sup> Ao tempo das capitânias hereditárias, as *Ordenações* não constituíam, a rigor, fontes do Direito aplicável, posto que, na prática, as regras jurídicas eram impostas pelos donatários. O capitão e o ouvidor tinham competência civil e criminal, podendo, conforme os casos, aplicar até a pena de morte. Paulo Merêa, *História da Colonização Portuguesa do Brasil*, Porto, 1926, v. 3, p. 176. Sobre o regime das donatárias, ver Jaime Cortesão, *A Colonização do Brasil*, Lisboa, 1969, p. 84 e s.

<sup>5</sup> César Tripoli, *História do Direito Brasileiro*, v. 1, *Época Colonial*, São Paulo, 1936, p. 261 e s.

<sup>6</sup> Gilberto Freyre, ob. cit., p. 219, "O Brasil foi como uma carta de paus puxada num jogo de trunfo em ouros. Um desapontamento para o imperialismo que se iniciara com a viagem à Índia de Vasco da Gama. Daí o gesto mole, desinteressado, sem vontade, com que a Coroa recolheu ao seu domínio as terras de pau-de-tinta descobertas por Pedralvares Cabral" (loc. cit.).

Coroa, representados pelos produtos de agricultura, da pecuária, e de minerais como o ouro e a prata.<sup>7</sup>

## 3. A abertura dos portos

Antes mesmo de ser decretada pelo Príncipe Regente a *abertura dos portos* (1808), o Brasil era um terminal de interesses econômicos de outros países. Como ilustra muito bem Gilberto Freyre "ao sangue do colonizador oficial logo se misturou livremente o de europeus das mais variadas procedências: ingleses, franceses, florentinos, genoveses, alemães, flamengos, espanhóis".<sup>8</sup>

O último quartel do século XVIII assistiria a decadência da mineração do ouro em nosso País. A Inglaterra, que já havia entrado em plena revolução industrial, assumiu já no começo do aludido século XVIII a posição de principal nação capitalista, possuindo um dos melhores sistemas bancários de toda a Europa.

Embora o Governo britânico estivesse longe de ser democrático, era mais liberal que os outros do mesmo continente. Segundo McNall Burns, a Revolução gloriosa de 1688-1689 muito fizera para estabelecer o conceito de soberania limitada. Tornara-se geralmente aceita a doutrina de que o poder do Estado não deve ir além da proteção dos direitos naturais do indivíduo à liberdade e ao gozo da propriedade. E sob a influência daquela doutrina, o Parlamento aboliu antigas leis que criavam monopólios especiais e interferiam na livre concorrência.<sup>9</sup>

A doutrina do liberalismo econômico presidiu as relações do Brasil com os *novos domínios*, em prejuízos acentuados para o nosso País. O Tratado de Comércio e Navegação firmado em 1810, entre Portugal e Inglaterra (herdado pelo Brasil independente) e que na aparência instituiu um "Systema Liberal de Commercio fundado sobre as Bases da Reciprocidade", criou, na verdade, uma série de privilégios para os ingleses. Celso Furtado refere que se a independência, do ponto de vista militar, constituiu uma operação simples, já sob a perspectiva diplomática exigiu grande esforço pois Portugal, na época, era dependente da Inglaterra. E se a Independência fosse interpretada como ato de agressão, os ingleses estavam obrigados a socorrer Portugal.<sup>10</sup>

Analisando o referido pacto, Celso Furtado demonstra que apesar das generosas palavras ("systema liberal...") constituía ele um instrumento de opressão e privilégios: os ingleses não cuidaram de abrir mercado aos produtos brasileiros, entre outros atos de

<sup>7</sup> Cf. os Tít. CXII e CXIII do Livro V.

<sup>8</sup> Ob. cit., p. 220. Os ingleses foram citados em primeiro lugar "porque neles é que se encarnou com mais relevo a heresia protestante, tão odiosa aos olhos dos portugueses e espanhóis, do século XVI, como hoje o tracoma, o sangue negro e o bolchevismo aos da burguesia norte-americana" (loc. cit.).

<sup>9</sup> Edward McNall Burns, *História da Civilização Ocidental*, ed. Globo, Porto Alegre, 1964, v. II, p. 665.

<sup>10</sup> *Formação econômica do Brasil*, Rio de Janeiro, 1959, p. 50-51.

pirataria comercial. Aplicada de modo unilateral, a ideologia do liberalismo passou a criar sérias dificuldades à economia brasileira, "exatamente na etapa em que a classe dos grandes agricultores começava a governar o país".<sup>11</sup>

A abertura dos portos não trouxe os benefícios que somados a outros fatores políticos, econômicos e sociais poderiam levar o Brasil, depois do 7 de setembro de 1822, ao estágio de uma nação moderna e forte, assim como sucedeu com os Estados Unidos da América do Norte.

#### 4. O princípio da não intervenção

Corolário lógico da filosofia política do liberalismo econômico, foi o princípio da não intervenção do Estado nas relações comerciais que contivessem cláusulas abusivas. A Constituição Imperial (1824) não tinha qualquer disposição a propósito, mesmo porque havia graves tensões oriundas do tratado comercial com os ingleses e que perduraram até a metade do século XIX, gerando um conflito com a classe dominante brasileira.

Como consequência, o Código Criminal do Império (1830) não previa normas penais para o abuso do poder econômico ou que, de outra forma, tutelassem o consumidor.<sup>12</sup>

Também omissão foi o Código da República Velha (1890), não obstante as previsões do Código napoleônico (1810) punindo a especulação de alimentos em consequência das proclamações da Convenção Nacional de 1793.

Na Itália, o Código Penal para o Grande Ducado de Toscana (1854) continha previsões sobre a usura e a quebra (art. 408 e s.).

Segundo a doutrina da economia liberal, o Estado deve se abster da intervenção nas relações do setor de aquisição, venda, troca e demais contratos, os quais devem ter suas cláusulas regidas pela lei da oferta e da procura e da livre iniciativa dos indivíduos.

Interpretando a doutrina, Nelson Hungria refere que diante da pureza de seus postulados, os interesses individuais em contraste acabam sempre por acomodarse, servindo inconscientemente ao bem-estar coletivo. "Qualquer ingerência do Estado para constringer a ação individual em um rumo diverso daquele em que se teria orientado, se deixada a si mesma, resultará contrária ao interesse geral. O Estado só deve intervir quando se torne absolutamente necessária a remoção de algum obstáculo ao livre jogo das atividades individuais. Fora daí, seu papel deve ser o da parte revel, adaptan-

<sup>11</sup> Ob. cit., p. 115. Para uma revisão sobre o comportamento da economia na época, consulte-se Virgílio Noya Pinto, "Balanço das transformações econômicas no Século XIX", em *Brasil em perspectiva*, São Paulo, 1981, p. 126 e s.

<sup>12</sup> Um Decreto de 23 de outubro de 1875 (n.º 2.682) tratou da incriminação da concorrência desleal através da adulteração de marca de manufatura e de comércio de produtos.

do-se a um retraimento passivo ou acomodaticio. É a fórmula do *laissez-faire laissez-passer*, de Gournay. É a teoria dos fisiocratas e da Escola de Manchester."<sup>13</sup>

#### 5. Uma nova ordem econômica

O Brasil foi golpeado com a deflagração da crise mundial (1929), atingindo gravemente a nossa economia que passou a sentir os reflexos da depressão do mercado internacional de capitais. A produção cafeeira que no último decênio do século XIX atingiu excelentes picos, viu-se às voltas com o terrível dilema resultante da baixa brusca de seu preço internacional: "colher o café ou deixá-lo apodrecer nos arbustos, abandonando parte das plantações como uma fábrica cujas portas se fecham durante a crise?"<sup>14</sup>

As dificuldades se agravaram com o esquema de defesa econômica da produção cafeeira através de grupos financeiros alemães, franceses e americanos que asseguraram para si as maiores vantagens, não somente em termos de pagamento do serviço da dívida, como também através do progressivo controle do comércio exterior.<sup>15</sup>

A política econômica do liberalismo cedeu lugar a medidas de intervenção estatal, quando a União passaria a representar diretamente os interesses cafeeiros, assumindo em nome deles o papel de guardião da economia nacional.

As repercussões legislativas da Revolução de 1930 logo se fizeram sentir com bastante firmeza no âmbito das relações econômico-financeiras, com desdobramentos em setores decisivos para a melhor proteção do consumidor.

O Governo Provisório, através do Decreto n.º 22.626, de 7 de abril de 1933, estabeleceu as normas incriminadoras da usura, cuja proibição viria a ser determinada sob sanção penal, na Constituição de 1934 (parág. único, art. 117). O Decreto n.º 22.796, de 1.º de junho de 1933, previu também penas severas para a falsificação e a fraude nos gêneros alimentícios.

Um Código de Propriedade Industrial para regular os problemas resultantes da concorrência desleal foi editado através do Decreto n.º 24.507, de 29 de junho de 1934.

A doutrina considera que, em harmonia com os valores políticos, sociais e econômicos, resguardados pela Carta Política promulgada em 16 de julho daquele ano,<sup>16</sup> o Decreto n.º 24.507/34 antecipou-se

<sup>13</sup> *Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações com reserva de domínio*, Rio de Janeiro, 1939, p. 5.

<sup>14</sup> Celso Furtado, ob. cit., p. 217. Ver, a propósito, o Cap. XXXI sobre "os mecanismos de defesa e a crise de 1929".

<sup>15</sup> Boris Fausto, "A revolução de 1930" em *Brasil em perspectiva*, cit., p. 230. Ver, também, Caio Prado Junior, *História Econômica do Brasil*, São Paulo, 1966, p. 237 e s.

<sup>16</sup> As restrições impostas à liberdade econômica eram muito importantes quando se proclamava o surgimento de uma ordem que atendesse os princípios da justiça e as necessidades da vida nacional, de modo a possibilitar a todos uma existência digna (art. 115). O monopólio de indústria ou atividade

“às tendências hoje vigorantes em matéria de concorrência desleal, vista como proteção dos interesses difusos dos consumidores, já reconhecida a ocorrência de lesão ao comprador iludido, atribuindo-lhe o direito de ação no âmbito criminal e civil”.<sup>17</sup>

A curva ascendente na repressão dos abusos do poder econômico alcançou o seu ponto alto através da Constituição de 10 de novembro de 1937, quando declarou que a riqueza e a propriedade nacional se fundavam na iniciativa individual, nos poderes de criação, de organização e invenção dos indivíduos, exercido nos limites do bem público. A intervenção estatal no domínio econômico se legitimaria “para suprir as deficiências da iniciativa individual e coordenar os fatores da produção de maneira a evitar ou resolver os seus conflitos e introduzir no jogo das competições individuais o pensamento dos interesses da Nação, representados pelo Estado. A intervenção no domínio econômico poderá ser mediata e imediata, revestindo a forma do controle, do estímulo ou da gestão direta” (art. 135, inspirado na *Carta del Lavoro*, da Itália).

O fomento à economia popular assegurando-lhe garantias especiais era proclamado pelo art. 141 que considerava os delitos contra a economia popular equiparados aos delitos contra o Estado “devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição”.

O Decreto-lei n.º 431, de 18 de maio de 1938, reproduzindo o art. 21 da Lei de Segurança n.º 38, de 4 de abril de 1935, previu como delito contra a ordem social, o fato de “tentar por meio de artifícios, promover a alta ou baixa dos preços de gêneros de primeira necessidade, com o fito de lucro ou proveito”. E o Decreto-lei n.º 869, de 18 de novembro de 1938 (que definiu os delitos contra a economia popular, sua guarda e seu emprego) passou a incriminar o fato cominando as penas de 2 a 10 anos de prisão celular e severa multa. Os crimes definidos naquele diploma eram declarados inafiançáveis, sendo processados e julgados pelo Tribunal de Segurança Nacional, não se concedendo o *sursis* e nem o livramento condicional (art. 6.º). O Decreto-lei n.º 1.716, de 28 de outubro de 1939, dispôs sobre a “configuração e o julgamento dos crimes contra a economia popular”.

Já em 29 de setembro daquele ano fora criada a Comissão de Defesa Nacional através do Decreto-lei n.º 1.641, de 29 de setembro, que também regulou o seu funcionamento.

Na sugestiva expressão de Nelson Hungria, “o Estado Novo, em matéria econômica, não se resigna a uma atitude muçulmana de não resistência: intervém, com a sua autoridade coercitiva, para

<sup>17</sup> Miguel Reale Júnior, “Concorrência desleal e interesse difuso no direito brasileiro”, Conferência, 1982, no prelo.

econômica; a promoção do fomento da economia popular, o desenvolvimento do crédito, a nacionalização progressiva dos bancos de depósito e das empresas de seguros “em todas as suas modalidades” (arts. 116 e 117) eram também providências de uma economia de guerra proposta pela Constituição de 1934.

reprimir o desentrelhe das ambições, controlando e orientando as atividades individuais no sentido do bem comum”.<sup>18</sup>

Um complemento adequado àquela *petição de princípio* viria através do Decreto-lei n.º 7.666, de 22 de junho de 1945, dispondo sobre os atos contrários à ordem moral e econômica.

O advento da Consolidação das Leis do Trabalho (Decreto-lei n.º 5.452, de 1.º de maio de 1943) confirmou uma das metas propostas pelo Governo revolucionário de 1930, no sentido de criar melhores condições de segurança profissional, econômica e social para os trabalhadores.

A Lei de Falências (Decreto-lei n.º 7.661, de 21.6.1945) e o Código de Propriedade Industrial (Decreto-lei n.º 7.903, de 27 de agosto de 1945) são importantes documentos legislativos para regular um Direito Penal da Economia.

## 6. A formação de um Direito Econômico

Um novo ramo jurídico viria nascer em consequência da superação das concepções de linhas clássicas em torno da economia liberal e também da guerra convencional.

Segundo lembra Fabio Konder Comparato, até o final do século passado, a guerra era considerada uma atividade marginal de certos grupos sociais que atuavam por tradição ou profissão: A partir de 1914, entanto, tornou-se ela um fenômeno social totalitário: “A guerra não se vencia apenas nas frentes de combate, mas nas usinas, nos campos, nas fábricas e nos laboratórios. O Estado não poderia manter indiferença quanto ao desenvolvimento da Economia que já estava superando o estágio do *laissez-faire*. Era preciso submetê-la às exigências de um novo tempo, surgindo, em consequência, abundante legislação nos domínios da atividade econômica que transforma em pouco tempo o panorama clássico do direito patrimonial, abolindo princípios, deformando institutos e confundindo fronteiras”.<sup>19</sup>

A Constituição brasileira do pós-guerra (1946) consagrou o princípio da intervenção estatal no domínio econômico e do monopólio de determinada indústria ou atividade. A intervenção teria por base o interesse público e por limite os direitos fundamentais assegurados pela Carta Magna (art. 146). Tal orientação resultava da concepção segundo a qual “a ordem econômica deve ser organizada conforme os princípios da justiça social, conciliando a liberdade de iniciativa com a valorização do trabalho humano”, assegurando a

<sup>18</sup> Ob. cit., p. 8. Para uma revisão de textos legais e da doutrina da época, é importante a leitura de Roberto Lyra, *Crimes contra a economia popular*. Ric de Janeiro, 1940, com destaque para a entrevista concedida à imprensa pelo Ministro Francisco Campos sobre a reforma legislativa, especialmente com o Decreto-lei n.º 869/38 (p. 83 e s.).

<sup>19</sup> “Direito Econômico”, em *Enciclopédia Saraiva do Direito*, São Paulo, v. 27, p. 1.

todos o "trabalho que possibilite existência digna" (art. 145 e parágrafo único).

E foi sob a inspiração desses ideais que se editaram o Decreto-lei n.º 9.125, de 4 de abril de 1946 (dispondo sobre o controle de preços e criando órgãos destinados a impedir o encarecimento da vida), e a Lei n.º 1.521, de 26 de dezembro de 1951, como diploma específico para incriminar as lesões à economia popular substituindo o Decreto-lei n.º 9.840, de 11 de setembro de 1946.<sup>20</sup>

Mas o conteúdo de um *Direito Econômico*, não se esgota no âmbito das relações da economia popular. Ele vai mais longe para abranger a disciplina das expressões do patrimônio material ou imaterial sem a qual a ordem econômica se tornaria opressiva e injusta.

A Constituição de 1967 estabeleceu que a ordem econômica "tem por fim realizar a justiça social", com base nos princípios da liberdade de iniciativa, valorização do trabalho como condição da dignidade humana, função social da propriedade, harmonia e solidariedade entre os fatores de produção, desenvolvimento econômico e da repressão ao abuso do poder econômico (art. 157).

A Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, através do art. 160, manteve a redação da Carta reformada, acrescentando que a ordem econômica visa também o desenvolvimento nacional.<sup>21</sup>

A Constituição de Portugal (1976), ao distinguir entre direitos econômicos e sociais, considera como integrantes dos primeiros o direito ao trabalho, à liberdade sindical, o direito à greve, o direito de constituir cooperativas (com as experiências de autogestão apoiadas pelo Estado e o direito à propriedade privada (arts. 51.º a 62.º)).

Entre os *direitos sociais* destacam-se a segurança social, a saúde, a habitação, o ambiente e a qualidade de vida ao lado da proteção da família, da maternidade, da infância, da juventude, dos deficientes e dos portadores da terceira idade (arts. 63.º a 72.º).

Discorrendo a propósito do sentido real do Estado de Direito democrático, Jorge Miranda salienta que a doutrina do Estado Social de Direito "recomenda não apenas a harmonia, decisiva e que se consegue, dos direitos de índole individualista com os de índole socializante como ainda a sua interpenetração e mútua sublimação. Em vez de se repelirem, completam-se, e, embora sejam diferenciados os objetos e as razões, servem valores comuns, que mal se comparam de uns desacompanhados de outros (...) o ponto conside-

<sup>20</sup> O caráter fragmentário do sistema positivo em torno da proteção da economia popular — como, de resto, do chamado Direito Penal Econômico — tem sido uma constante em nosso País. Veja-se, como exemplo dos anos 50, a Lei n.º 1.300, de 28.12.1950 que, alterando a lei do inquilinato, previu formas de contravenção penal (art. 20).

<sup>21</sup> Texto modificado: CF 1967: "harmonia e solidariedade entre os fatores de produção"; Emenda n.º 1: "harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção" (inc. IV). A Emenda n.º 1 eliminou a referência ao "desenvolvimento econômico" (inc. V) e acrescentou o princípio da "expansão das oportunidades de emprego produtivo" (inc. VI).

rável está em desenvolver simultaneamente a liberdade, a igualdade jurídica e a igualdade sócio-econômica."<sup>22</sup>

## 7. O abuso do poder econômico

O abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros, é um fenômeno de agressão aos princípios que devem reger as práticas econômicas empenhadas na realização do bem comum e na satisfação das aspirações individuais.

Nos países subdesenvolvidos ou em vias de desenvolvimento, os monopólios, oligopólios, trusts e cartéis<sup>23</sup> e o processo do *dumping* são realidades que contrastam com as *proclamações otimistas* colocadas em letra de forma pela Constituição.

Em tese apresentada na V Conferência da Ordem dos Advogados do Brasil (Rio de Janeiro, 1974), Miguel Reale reclamou a necessidade de se cumprir efetivamente o art. 160 da Constituição, atualizando-se a legislação no que se refere à prevenção e repressão dos abusos do poder econômico "sobretudo após o advento de empresas multinacionais que, por sua estrutura e situação, dispõem de meios e recursos que lhes permitem auferir lucros indevidos, em detrimento da economia nacional". E, sustentando a necessidade de se evitar e reprovar os abusos do poder econômico "por parte das empresas oficiais ou públicas em geral, devendo ser equiparada a responsabilidade de seus administradores à dos administradores particulares do setor financeiro, tanto sob o ponto de vista civil como penal", Reale acentua ser indispensável, no estudo do abuso do poder econômico, ter presente a sua correlação com outros dois conceitos: o *abuso de poder* e o *abuso de direito*.<sup>24</sup>

Essas modalidades de aparecimento, de expressão e de conteúdo do abuso do poder econômico se tem manifestado com tal intensidade que a ONU, pela sua Divisão de Defesa Social e através de pesquisa durante 20 anos em estatísticas de mais de 40 países, reconhece o aumento progressivo e incessante da criminalidade em três setores: 1.º — a delinqüência contra a propriedade; 2.º — a delinqüência financeira e econômica; e 3.º — a delinqüência juvenil.<sup>25</sup>

A pessimista mas realística conclusão evoca as palavras de Roosevelt: "uma verdadeira liberdade individual não pode existir sem a segurança jurídica e independência. Os homens em situação de

<sup>22</sup> A *Constituição de 1976*, Lisboa, 1978, p. 500, 501.

<sup>23</sup> Em *A ditadura dos cartéis*, Kurt Rudolf Mirow desvenda a imagem do feroz imperialismo "que mostra o grau de insegurança nacional a que o Brasil chegou, os cartéis internacionais dominando todos os setores da economia nacional e conduzindo o País a uma situação de completa insolvência..." (Moniz Bandeira, introdução), São Paulo, 1930.

<sup>24</sup> *Anais*, Rio de Janeiro, s/d., p. 202, 203, e *Questões de Direito*, São Paulo 1981, p. 44, 45.

<sup>25</sup> Cf. Miranda Gallino, *Delitos contra el orden economico*, Buenos Aires, 1970, p. 16.



O Código Penal brasileiro colocou à margem de sua enumeração de ilícitos, a criminalidade contra a economia popular (art. 360).

Existe uma vasta relação de diplomas de repressão às infrações tributárias e econômicas, durante o período pós 1964 que reflete o fenômeno saborosamente definido por Nelson Hungria como o "prurido legiferante" que "no Brasil é coceira de urticária".<sup>28</sup>

Analisando a "precaríssima legislação penal dos últimos tempos", Heleno Cláudio Fragoso conclui objetivamente: "tem-se a impressão de que as leis no Brasil são hoje feitas clandestinamente e no que tange ao Direito Penal, que são feitas por leigos".<sup>29</sup>

Além dos textos comentados especificamente por Fragoso, pode-se reconhecer a deficiência de outros diplomas elaborados nos anos 60 e 70 relativamente à ordem econômica. Alguns deles criaram novos tipos de ilícitos criminais e outros previram hipóteses de infrações administrativas e fiscais para sujeitar seus autores a reações extrapenais. Como exemplo, pode-se referir: Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962 (regula a repressão ao abuso do poder econômico); Lei delegada n.º 4, de 26 de setembro de 1962 (dispõe sobre a intervenção no domínio econômico para assegurar a livre distribuição de produtos necessários ao consumo do povo); Lei n.º 4.511, de 1.º de dezembro de 1964 (dispõe sobre o meio circulante); Lei n.º 4.591, de 16 de dezembro de 1964 (sobre o condomínio em edificações e as incorporações imobiliárias); Lei n.º 4.595, de 31 de dezembro de 1964 (dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias); Decreto-lei n.º 15, de 29 de julho de 1966 (estabelece normas e critérios para a uniformização dos reajustes salariais); Decreto-lei n.º 73, de 21 de novembro de 1966 (sobre o sistema nacional de seguros privados); Decreto-lei n.º 157, de 10 de fevereiro de 1967 (concede estímulos fiscais à capitalização das empresas, etc.); Decreto-lei n.º 326, de 8 de maio de 1967 (dispõe sobre o recolhimento do IPI); Decreto-lei n.º 422, de 20 de janeiro de 1969 (altera dispositivos da Lei delegada n.º 4); Decreto-lei n.º 1.060, de 21 de outubro de 1969 (sobre a declaração de bens, dinheiro ou valores

<sup>28</sup> "A nova lei de imprensa" em *Comentários ao Código Penal*, Rio de Janeiro, 1955, v. VI, p. 265.

<sup>29</sup> "O novo Direito Penal Tributário e Econômico", em *Revista Brasileira de Criminologia e Direito Penal*, n.º 12, de 1966, p. 63, 64. Em exame, diretamente, os diplomas: Lei n.º 4.728, de 14.7.1965 (mercado de capitais); Lei n.º 4.729 da mesma data (sonexação fiscal); Lei n.º 4.357, de 16.7.1964 (um novo tipo de apropriação indébita); Decreto-lei n.º 2, de 14.1.1966 (requisição de bens ou serviços essenciais ao abastecimento da população), etc. Relativamente do último diploma, foi editada "quase clandestinamente" uma suposta retificação para o efeito, na verdade, de submeter os autores de crimes econômicos à jurisdição penal militar (D.O. de 11.2.1966).

<sup>30</sup> A propósito, Celso Delmanto, *Infracções penais na incorporação, loteamento e correção de imóveis*, São Paulo, 1976. O autor alude à necessidade da criação de tipos especiais para se elaborar um *Direito Penal Imobiliário* (p. 9).

indigência, não são homens livres. Os povos famintos e sem trabalho constituem o material que fermenta as opressões e a violência" (Carta dos Direitos Econômicos, 1944).

No mesmo plano das inquietações universais e objetivando proteger os direitos individuais sacrificados pelos abusos do poder econômico e outros fatores de indigência, proclama-se a existência do *direito de viver ao abrigo da fome*. O Pacto de direitos econômicos, sociais e culturais (1966) reconhece o direito de todos a um padrão de vida suficiente para si e suas famílias, compreendendo alimentação, vestuário, e habitação, bem como o direito ao melhoramento constante das condições de existência. O compromisso imposto aos Estados consiste em medidas apropriadas a serem aplicadas visando à realização de tais direitos, cuja importância essencial justifica uma cooperação internacional livremente consentida (art. 11, 1).

As aspirações em torno de uma justiça econômica universal arancam, também, da Carta dos Direitos e dos Deveres Econômicos dos Estados, aprovada pela Assembleia Geral da ONU em 12 de dezembro de 1974.

### O DIREITO PENAL ECONÔMICO

#### § 1.º — Alguns problemas de elaboração

Respondendo a pergunta-epígrafe lançada por Curt Lindermann (gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?), Gerson Pereira dos Santos admite a realidade de um Direito Penal Econômico, posto que os delitos econômicos também existem embora sem uma *concepção unitária*.<sup>26</sup>

Alguns problemas essenciais à elaboração da nova disciplina, assumem conformação de pessimismo quando se pretende diagnosticar a estrutura do chamado *delito econômico* principalmente no que tange à sua disciplina através de arquetipos formais para cumprir, entre outras, a exigência do princípio da legalidade.

Consoante a observação de Raul Chaves, a regulamentação penal constitutiva de um Direito Penal Econômico, nele incluído o financeiro e o tributário, se não configura um labirinto, pela falta de sistematização de todos e cada um dos diplomas respectivos, "retrata os piores momentos legiferantes deste País desde sua independência política... E nem mesmo a sistematização doutrinária encetada por Manoel Pedro Pimentel e outros mestres, em estudos merecidos e ensaios diversos, poderá suprir-lhe as lacunas, corrigir-lhe as erronias, harmonizá-las com um sistema penal realmente científico."<sup>27</sup>

Entre as múltiplas questões e as tormentosas dúvidas que envolvem o tema, é possível dar os destaques adiante expostos.

<sup>26</sup> *Direito Penal Econômico*, São Paulo, 1981, p. 98.

<sup>27</sup> *Advocacia e reforma penal*, tese n.º 9 em *Anais da VI Conferência da OAB*, Salvador, 1976, p. 109.

lícitos contra a propriedade industrial, os direitos dos consumidores, os crimes financeiros, etc. — arts. 330 e s.) separadamente das infrações contra o patrimônio (furto, roubo, extorsão, etc. — arts. 236 e s.), o novíssimo Código Penal português (Decreto-lei n.º 400, de 23.9.1982) excluiu de sua relação os delitos antieconômicos. Justificando essa orientação a *exposição de motivos* reconhece em tais tipos de ilicitude, o seu caráter mutável de modo a serem melhor enquadrados em lei especial “segundo, aliás, a tradição jurídica portuguesa e a ideia de que o direito penal tem uma natureza pragmática”.<sup>33</sup>

A Alemanha adota um sistema misto, prevendo hipóteses de crimes no Código Penal<sup>34</sup> e em leis extravagantes.<sup>35</sup>

## 9. A denominação

Não existe uniformidade entre os escritores a propósito da denominação da disciplina. *Direito Penal Econômico* é uma designação de trânsito corrente na doutrina brasileira e internacional. Mas também são utilizadas expressões como: a) *Direito Penal da Economia*; b) *Wirtschaftsstrafrecht* (Direito Penal Econômico) na República Federal alemã; c) *Volkswirtschaft* (crimes contra a economia popular) na República Democrática alemã; d) *Droit Pénal Économique* ou então *Droit Pénal des Affaires*, em França; e) *White-collar criminality*, *Occupation crime* e *Corporate crime*, nos EUA.

Como se poderá constatar, a denominação científica leva em consideração as características do fato punível e também do seu autor.

Na lição de Eduardo Correia,<sup>36</sup> há quem limite a natureza e o âmbito do chamado Direito Penal Econômico por uma definição formal ligada a aspectos substantivos e de tática criminalística (dificuldades na descoberta e julgamento das infrações que exigem um

<sup>33</sup> Cf. o n.º 24. Portugal possui desde 1981 uma Lei de Defesa do Consumidor (n.º 29/81) considerada pelos juristas como a “primeira pedra” nesta difícil questão. A legislação mais recente em torno do Direito Penal Econômico vem desde 1957 com o Decreto n.º 41.204, de 24 de julho. Em 1980 foi editado um Código de Publicidade (Decreto-lei n.º 421/80). A propósito, Marques Borges, *Direito Penal Econômico e defesa do consumidor*, Lisboa, 1982. Também no México, há legislação específica sobre o tema: Ley Federal de Protección al consumidor, de 22 de dezembro de 1975.

<sup>34</sup> Assim, por exemplo, os § 264 (fraude para receber subvenções do Estado — *subventionsbezug*); § 265, “a” (fraude para receber créditos — *kreditbezug*); § 283, “d” (falência fraudulenta), e § 302, “a” (usura). Para um exame comparativo, v. “Los delitos económicos en la legislación de los países occidentales”, na coletânea *Textos y Documentos*, Madrid, 1979.

<sup>35</sup> Uma lei penal para os delitos econômicos (*Wirtschaftsstrafgesetze* — W. StG.) de 1954, atualizada em 1975, trata da incriminação em matéria de alimentos, preços de alugueres, etc. Outros diplomas sobre sociedades anônimas, cooperativas, organização de cartões, podem ser referidos, inclusive a lei para a proteção das marcas de fábrica (*Warenzeichengesetze* — 1968) e a lei de patentes (*Patengesetze* — 1981).

<sup>36</sup> “Introdução ao Direito Penal Econômico” em *Revista de Direito e Economia*, n.º 1, de 1977, notas n.º 4 e s. Sobre a denominação e a noção da matéria através dos diversos regimes jurídicos, ver Alex Jacquemin e Guy Schrans, *Le Droit Économique*, Paris, 1974, p. 52 e s.

existentes no estrangeiro, a prisão administrativa e o seqüestro de bens por infrações fiscais); Lei n.º 5.772, de 21 de dezembro de 1971 (Código de Propriedade Industrial); Lei n.º 6.404, de 15 de dezembro de 1976 (sociedade por ações); Lei n.º 6.435 (dispõe sobre as entidades de previdência privada); Lei n.º 6.437, de 20 de agosto de 1977 (infrações à legislação sanitária federal); Lei n.º 6.649, de 16 de maio de 1979 (regula a locação predial urbana); Lei n.º 6.766, de 19 de dezembro de 1979 (sobre o parcelamento do solo urbano).

Os trabalhos doutrinários de exegese da legislação mencionada — como de resto, do chamado Direito Econômico e/ou de seus ângulos penais — se reduzem a poucas monografias ou artigos, <sup>31</sup> não obstante a proliferação das normas incriminadoras que aparecem como nucleares de alguns diplomas ou de forma *quase clandestina*, isto é, na ponta da cauda de leis que regulam matéria completamente distinta dos objetivos visados pela norma penal.<sup>32</sup>

A questão referente à autonomização do Direito Penal Econômico em relação aos demais ramos de direito especial é uma das graves preocupações dos legisladores das reformas. Um simples confronto de sistemas modernos poderá bem ilustrar essa afirmação. Enquanto o projeto de Código Penal espanhol (1980) dedica um título para os delitos contra a ordem sócio-econômica (prevendo a insolvência, os

<sup>31</sup> Manoel Pedro Pimentel, *Direito Penal Econômico*, São Paulo, 1976; “Crimes contra a economia popular”, em *Legislação Penal Especial*, São Paulo, 1972, e “Crime de sonegação fiscal” em *Revista da Faculdade de Direito de São Paulo*, 1973, p. 68 e s.; Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Junior, *Direito Penal das Sociedades Anônimas*, v. I, do *Tratado de Direito Penal Econômico*, São Paulo, 1973; Gerson Pereira dos Santos, ob. cit.; Celso Delmanto, *Crimes de concorrência desleal*, São Paulo, 1975, e *Infrações penais na incorporação, loteamento e corretagem de imóveis*, cit.; Munir Karan, *Novos tipos penais*, São Paulo, 1975; Osman Loureiro, *Dos crimes especiais*, Rio de Janeiro, ed. José Konfino, s/d; Sérgio do Rego Macedo, “Direito Penal Financeiro”, em *Revista de Informação Legislativa*, jul./set. 1970, p. 174 e s.; Roberto Lya, *Criminalidade econômico-financeira*, Rio de Janeiro, 1973; Angelo Rafael Rossi, *Crime de sonegação fiscal*, Rio de Janeiro/São Paulo, 1967; Jorge Medeiros da Silva, *Direito Penal Especial*, São Paulo, 1981; Ricardo Antunes Andreucci, “O Direito Penal Econômico e o ilícito fiscal” em *Revista dos Tribunais*, 1971, 426/239 e s., e “Direito Penal Administrativo e o ilícito fiscal”, em *Revista dos Tribunais*, 1973, 417/24 e s.; Antonio Chaves, “Os direitos do inventor” em *Revista Forense*, 265/45 e s.; Otto Gil, “As sociedades *holdings*, os *trusts* e os conglomerados face à lei de repressão ao abuso do poder econômico” em *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, 1973, 37/65 e s.; Everardo da Cunha Luna, “Extinção da culpabilidade e sonegação fiscal” em *Justitia*, São Paulo, 1971, 75/97 e s.; Josaphá Marinho, “Princípios constitucionais tributários”, em *Estudos de Direito Público em homenagem a Aliomar Baleeiro*, Brasília, 1976; Ruy Barbosa Nogueira, “Direito Tributário”, em *Revista da Faculdade de Direito*, São Paulo, 1977, 72/33 e s.; e Ney Lopes de Souza, “As limitações constitucionais do Direito Econômico”, em *Revista de Direito Econômico*, Brasília, 1979.

<sup>32</sup> O tema envolve as preocupações em torno da *inflação legislativa* como um dos graves efeitos da hipercriminalização. Ver, a propósito, Nilo Batista, “Algumas palavras sobre descriminalização” em *Revista de Direito Penal*, 1974, n.º 13/14; René Ariel Doti, “Descriminalização e criminalização”, em *Enciclopédia Saraiva de Direito*, v. 24.

processo especializado e particulares conhecimentos de órgãos formais de controle).

Na definição de Sutherland, o *white-collar* crime constitui uma violação da norma penal por pessoas de elevado estatuto sócio-econômico, no exercício abusivo de uma profissão lícita. Como exemplos podem ser referidas as violações de lei antimonopólio e de forma geral as leis que procuram defender a livre concorrência; os abusos no campo da publicidade e da espionagem industrial; a deterioração e a sonegação de alimentos, medicamentos e cosméticos; os ilícitos fiscais e alfandegários; a obtenção ilegítima de fundos no setor de subvenções (agricultura, comércio exterior); as fraudes nas oficinas (de automóveis, de relógios, etc.); as múltiplas formas de insolvência como particulares modalidades da criminalidade econômica e financeira.<sup>37</sup>

Mas essa colocação de Sutherland tem sofrido reparos posto que existem crimes que podem ser enquadrados na categoria dos ilícitos econômicos, mas não estão ligados ao exercício de uma profissão ou atividade como no caso do cheque sem fundos. Eduardo Correia compartilha dessa crítica ao salientar que "o caminho de se recorrer a uma tipologia de agente para definir o direito penal econômico, esquece que toda a legislação criminal, num Estado social de direito, há de passar, fundamentalmente, pela definição dos bens jurídicos ou valores que pretende proteger e pela descrição do *modus operandi* que os viola ou põe em perigo: — não poderá ser, pois, um simples direito penal de "agentes".<sup>38</sup>

## 10. Conceito e delimitação

As tentativas em precisar conceitualmente a natureza, o objeto e os fins da disciplina traduzem esforços permanentes da doutrina e ainda não exauridos.

Segundo a lição de Manoel Pedro Pimentel, o Direito Penal Econômico é o "conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhes são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo, bens ou interesses juridicamente relevantes".<sup>39</sup>

A definição contém os elementos adequados à sua inteligência. Mas surgem dificuldades quando se pretende identificar a objetividade jurídica, distinguindo-se as múltiplas conformações de bens ou interesses em relação. Dentro do gênero "Direito Penal Econômico", gravitam as mais variadas espécies segundo as preferências semânticas dos escritores. Em consequência, teríamos uma proliferação de *direitos penais*: direito penal societário, comercial, tributário, imo-

<sup>37</sup> Ver, a propósito, Manuel da Costa Andrade, "A criminalidade do *white-collar*", lição publicada em *Ciências Criminais*, Coimbra, 1966, p. 67 e s.

<sup>38</sup> *Direito criminal — aspectos fundamentais da problemática do direito criminal*, 1975, p. 150, ref. no artigo cit., nota n.º 89.

<sup>39</sup> Ob. cit., p. 10.

bilário, financeiro, fiscal, agrário, do meio ambiente (na medida em que estes últimos desdobramentos revelem o interesse econômico na ofensa) e assim por diante.

A questão do conceito para o Direito Penal Econômico é indissoluvelmente ligada ao problema de sua delimitação relativamente às demais espécies do fenômeno geral. Os contornos entre os vários tipos de ilicitude (tributária, fiscal, financeira, etc.) revelam pontos de confluência e interpenetração diante dos limites muito esfumados e flexíveis.

O problema é avaliado em Portugal diante da redação do art. 88.º, 1, da Constituição: "As atividades delituosas contra a economia nacional serão definidas por lei e objecto de sanções adequadas à sua gravidade."

Interpretando o texto à luz das discussões da Assembléia Constituinte, Manuel da Costa Andrade reconhece que o preceito faz surgir para o legislativo, o executivo e os investigadores "o ônus da criação das condições que possibilitem uma legislação assente nas aquisições das modernas ciências penais e, por isso, idônea ao eficaz ataque a esses delitos".<sup>40</sup>

Como consequência, as dificuldades teóricas para conceituar e delimitar este ramo jurídico, não devem impedir o processo de tomada de consciência e de ação sobre a necessidade de realizar uma justiça sócio-econômica mais digna a fim de que o Direito Penal deixe de ser — como ainda profundamente o é — um *direito dos pobres* não porque os tutele e proteja, mas sim porque sobre eles, exclusivamente, faz recair a sua força e o seu rigor.<sup>41</sup>

## 11. Aspectos de estrutura

Alguns aspectos da formação do conceito de crime oferecem particulares observações quando se trata de examinar a delinquência econômica. Partindo-se do pressuposto de que somente o fato praticado pela pessoa natural pode merecer aquela *unidade de perspectiva valorada* inerente ao crime como conduta capaz de justificar a reprovabilidade pessoal, tem-se que o delito econômico revela uma estrutura no geral idêntica aos demais tipos legais de ilicitude.

Mas algumas particularidades devem ser realçadas, a começar pela tipicidade. Não obstante a preocupação muito viva e justificável no sentido de se reconhecer uma categoria importante de *infratores*

<sup>40</sup> "O Direito Penal Econômico na Constituição" em *Estudos sobre a Constituição*, Lisboa, 1977, v. I, p. 211. A propósito das discussões sobre a oportunidade do confisco para reprimir a criminalidade do *white-collar* em prejuízo da economia nacional, merecem leitura os debates dos constituintes em ambiente de liberdade de palavra e de voto (*Diário da Assembléia Constituinte*, n.º 47, de 17.9.1975, p. 1.361 e s., e n.º 55, de 1.10.1975, p. 1.652 e s.).

<sup>41</sup> Eduardo Nova Monreal, *El derecho como obstáculo ao cambio social*, México, 1975, p. 25; Heleno Cláudio Fragoso, "Igualdade e desigualdade na administração da justiça" em *Direito Penal e direitos humanos*, Rio de Janeiro, 1977, p. 28.

sociais que resvalam das classificações criminológicas ortodoxas, é preciso manter a exigência da tipicidade em sua função de garantia individual contra os excessos a que poderia conduzir um pensamento totalitário na proteção da economia nacional. Para uma perspectiva interacionista orientada pelo *labeling approach*, a condutas delituosas ou desviantes não se identificam em função do ato isolado, mas constituem a resultante da criação e da aplicação pelos outros das regras e sanções à pessoa do autor. *Desviantes*, na definição de Becker, é aquele a quem um tal estigma foi imposto com sucesso. Daí por que a sociedade não tem os criminosos que merece — segundo o antigo aforisma — mas tem “os delinquentes que quer”.<sup>42</sup>

Analisando o problema da tipicidade dos delitos econômicos, Manoel Pedro Pimentel refere a sua complexidade pois “o legislador não se comporta como o sociólogo, estabelecendo apenas conexões entre os fatos. Sua atitude no ato de legislar, não é a de mero observador da realidade. Deve ir além, buscando nessa realidade fática o substancial *dever ser* para tornar efetiva a tutela dos bens e interesses considerados relevantes”.<sup>43</sup> E mais incisivamente conclui que a falta de sistematização doutrinária do Direito Penal Econômico “deixou um claro na relação que deve existir entre a dogmática e a *praxis*. Muita improvisação, muito ensaio experimental, muita incerteza acompanharam a imperfeita formulação legislativa, males que persistem até os nossos dias”.<sup>44</sup>

A generalização do texto legal, embora com a finalidade de buscar justiça, compromete a segurança jurídica na medida em que com a criação das *cláusulas gerais* eliminam-se diferenças materiais, anulando-se a função de garantia da lei penal. Daí por que o legislador não apenas deve classificar as características diferenciais que são decisivas para a delimitação dos tipos legais de ilicitudes, como também destacá-las com o emprego de conceitos específicos gerais. Na advertência de Jescheck, somente através do jogo combinado de generalização e diferenciação é possível estabelecer as bases metodológicas para a *formação de tipos* em Direito Penal, mediante os quais a função de garantia da lei penal alcança a sua importância prática.<sup>45</sup>

A existência de uma grande variedade de *tipos abertos* e de *normas penais em branco* no contexto da legislação dos delitos antieconômicos, recomenda que sejam eles tratados em diplomas especiais — como ocorre, aliás, na generalidade dos sistemas de outros países — sem que tal solução possa ser interpretada como a redução do Direito Penal Econômico a uma *categoria menor*, no âmbito de um *direito penal secundário*.

<sup>42</sup> Cf. Jorge de Figueiredo Dias, “A perspectiva interacionista e o *labeling approach*”, lição publicada em *Ciências Criminais*, Coimbra, 1976, p. 121 e s.

<sup>43</sup> *Ob. cit.*, p. 37, 38.

<sup>44</sup> *Id.*, p. 42.

<sup>45</sup> *Tratado de Derecho Penal*, Parte geral, trad. de Mir Puig e Muñoz Conde, Barcelona, 1981, v. 1, p. 174, 175.

Também na criminalização das infrações contra o meio ambiente assim se tem procedido. A positividade de um direito protetor e sancionador para fora do Código Penal não tem, por esta circunstância, desvalorizado o problema e a sua solução, como se fossem “atirados para uma *segunda linha* da intervenção jurídico-penal, sem a dignidade de que se revestem as incriminações constantes do Código Penal”.<sup>46</sup>

Servem de exemplos padroes da existência de *normas penais em branco* em nosso ordenamento, a Lei n.º 1.521/51, art. 2.º, inciso VI; o Decreto-lei n.º 60.501/67; a Lei n.º 4.771/65 (Cód. Florestal, arts. 3.º e 26, letras “a”, “b”, “c”, etc.); a Lei n.º 5.197/67 (proteção à fauna) e o Decreto-lei n.º 221/67 (proteção da pesca).<sup>47</sup> O mesmo se diga em relação a tipos de ilicitude no próprio Código Penal e que podem ter conotação econômica embora ofendam outros bens jurídicos, como a saúde pública (arts. 274, 280).

A legislação extravagante é um endereço de melhor oportunidade técnica e de maior segurança jurídica para acolher a criminalização dos atentados econômicos, diante da peculiaridade de sua estrutura e da própria flutuação dos bens e interesses tutelados, o que corresponde, necessariamente, a alterações não apenas na elaboração dos tipos legais como também no estabelecimento das sanções e das regras próprias que um direito autonomizado deve ter em conta.

Relativamente ao plano da antijuridicidade, dois problemas são postos de imediato. Quanto à chamada *antijuridicidade formal* — que deve indicar o fato global como desvalor social — aparece a dificuldade apresentada por Bajo Fernandes: a tradição na linguagem do tipo legal, de conceitos e critérios pertencentes ao âmbito da economia e que sofrem, por sua vez, as deformações próprias do progresso tecnológico.<sup>48</sup>

Quanto à perspectiva da antijuridicidade *material*, entra em linha de considerações o conceito de bem jurídico na medida em que ele procura caracterizar uma necessidade ou interesse de satisfação geral. Enquanto em alguns casos, a lesão ou o perigo de lesão despertam reações concretas pela individualização do objeto e a repercussão do evento, existem muitas situações de ofensa a bens supra-individuais, isto é, à coletividade em seu todo, ou na melhor expressão, às “vítimas abstratas ou distantes”.

As violações causadas pelas infrações econômicas muitas vezes se apresentam como calculado risco de progresso em certas iniciati-

<sup>46</sup> Figueiredo Dias conclui que os delitos ecológicos, “seja qual for a forma jurídica que assumam, não devem ser integrados nos códigos penais, mas devem constar de legislação penal extravagante”, Em “Sobre o papel do direito penal na proteção do ambiente”, artigo publicado na *Revista de Direito e Economia*, n.º 1, de 1978, p. 5 e 13.

<sup>47</sup> A criminalidade econômica não raro marcha junto com a delinquência ecológica. Para uma abordagem desse ângulo, ver Gerson Pereira dos Santos, *Ob. cit.*, p. 70 e s., Paulo Afonso Leme Machado, *Direito ambiental brasileiro*, São Paulo, 1982, e Fábio Nusdeo, *Desenvolvimento e Ecologia*, São Paulo, 1975.

<sup>48</sup> Em Gerson Pereira dos Santos, *ob. cit.*, p. 108.

vas, daí por que o juízo social, em princípio, poderá ser de tolerância ou de compreensão. Ainda se pode raciocinar que a chamada criminalidade econômica é um ônus ou a "contrapartida necessária" da prosperidade no sistema capitalista e que não poderá debelar-se sem atingir o seu próprio desenvolvimento".<sup>49</sup>

Na atualidade, porém, o *fervor religioso* com que se amparavam os postulados do liberalismo econômico não pode mais esconder a vasta gama de injustiças sociais causadas pela *pirataria econômica*, denunciada na imprensa com grande frequência.<sup>50</sup>

E assim, não é possível assistir-se indiferentemente à perseguição movida pela justiça criminal somente contra os pobres — clientes dos processos e habitantes dos presídios — dispensando-se tratamento rigoroso somente à criminalidade patrimonial violenta. Essa "anistia prévia", além de iniqua e criminígena, atenta contra o princípio constitucional da igualdade de todos perante a lei.

Finalmente no que tange à culpabilidade três problemas se colocam como peculiares no estudo da delinquência econômica e a previsão normativa de um Direito Penal especializado que possa esbater quando não eliminar, os inconvenientes.

Em primeiro lugar e no plano da culpabilidade normativa, a sociedade tradicionalmente não reprova os *Kavaliersdelikte* porque convivem eles em ambiente onde a "moral de fronteira" debilita não apenas o sentimento ético-jurídico, como também corrói as concepções em torno do sucesso e do triunfo amparados não só pela impunidade mas também pelo virtual concurso de outras pessoas no mesmo ramo de atividade. Uma revisão profunda nesse panorama resultou da iniciativa de Middendorf em incluir os *cavalheiros da indústria* (ou *cavalheiros da inteligência*) no rol dos estelionatários.<sup>51</sup>

Também é problemática a situação da responsabilidade penal poder recair em terceiro que, efetivamente, não seja o autor do delito mas um instrumento que age atipicamente ou mesmo de forma lícita. Tal poderá suceder no caso da autoria mediata.<sup>52</sup> Assim ocorre com o emprego dos *testas de ferro* ou *homens de palha* mesmo estranhos a determinada atividade mas que assumem um cargo de direção ou chefia para atrair negócios e investimentos (empresas financeiras, bancos, administradores de bens, corretores de seguros, etc.).

Por último, a responsabilidade sem culpa é um acontecimento não raro quando a lei prevê formas de incriminação objetiva a terceiros que não concorrem para o fato. Alguns exemplos são suges-

<sup>49</sup> Eduardo Correia, "Introdução ao Direito Penal Econômico", cit.

<sup>50</sup> Talvez as mais surpreendentes e comprometedoras notícias em termos da criminalidade do *white-collar* tenham sido o escândalo das *mordomias de Praxita* (1976) e a anunciada intervenção do SNI (!) nas empresas estatais (1982).

<sup>51</sup> Wolf Middendorf, *Sociologia del delicto*, Madri, 1961, p. 121 e s. Sobre tais tipos de autor, Gerson Pereira dos Santos, *ob. cit.*, p. 114 e s.

<sup>52</sup> Sobre as várias hipóteses de conduta não culpável do instrumento, Nilo Batista, *Concurso de agentes*, Rio de Janeiro, 1979, p. 108 e s.

tivos e podem ser encontrados na Lei n.º 4.591/64 (art. 65, § 1.º); Lei n.º 4.595/64 (arts. 42, 44); Lei n.º 4.728/65 (art. 73, § 2.º); Decreto-lei n.º 73/66 (art. 110). O envolvimento do incorporador, do corretor, do construtor, de diretores ou gerentes de empresa em forma solidária ou sucessiva quando não existe uma conduta de autoria ou participação tipicamente antijurídica e culpável, representa uma violação clara ao dogma *nulla poena sine culpa* tão importante para fundamentar um Direito Penal que concebe a culpa como expressão da vontade consciente e livre, dirigida para a realização de um tipo de ilicitude.

As dificuldades na formação da prova, principalmente quando houver auxílio, instigação ou qualquer forma de participação oriunda de outros países, juntam-se às vicissitudes anteriormente expostas, para fazer da teoria e da prática do delito econômico um itinerário de dificuldades. Mas que podem e devem ser superadas.

## 12. A incriminação da pessoa jurídica

Os escritores entendem que as pessoas coletivas não têm capacidade para delinquir, posto não realizarem a conduta típica e não serem passíveis de sofrer a pena que se dirige para o lado físico do autor (prisão) embora possam ser objeto de sanção pecuniária (a multa administrativa) ou medidas de segurança (como o confisco e a interdição).

Essa é a posição majoritária da doutrina em quase todos os países, admitindo que a multa administrativa, por não ter conteúdo penal e nem se submeter às exigências estritas de uma reação tipicamente penal, "ofrece uma melhor defesa "social" contra estes entes usados como meios para a comissão de delitos".<sup>53</sup>

A preocupação em alvejar também as pessoas coletivas com sanções penais (multa, interdição, publicação de sentença, confisco) tem-se renovado. Na Alemanha, as chamadas *multas contravençionais* (*Geldbusse*) são aplicadas como penas acessórias contra as sociedades quando um seu agente, revestido de certa representatividade, comete um crime ou uma contravenção e o fato ilícito guarda relação com o giro comercial da pessoa moral (§ 30 da OWIG: Parte Geral da legislação contravençional da República Federal alemã). A capacidade penal das pessoas morais vem sendo reconhecida em vários países, como revela Dalmas-Marty.<sup>54</sup> Em França, o projeto de

<sup>53</sup> Eugenio Raul Zaffaroni, *Teoria del delito*, Buenos Aires, 1973, p. 98.

<sup>54</sup> *Droit Penal des Affaires*, Paris, 1973, p. 438 e s. Sobre o tema, Cesare Pedrazzi e Paulo José da Costa Júnior (*Dirêito Penal das Sociedades Anônimas*, São Paulo, 1973, p. 27), referindo-se à "penitência", para deixar de lado o princípio *Societas delinquere non potest*, particularmente comprometido no quadro de delinquência do *colarinho branco*. Também a propósito L. Gerardo Gabaldon, *La responsabilidad penal de la persona jurídica em Venezuela*, Caracas, 1978. E o novíssimo Código Penal português declara pelo art. 11.º que, "salve disposição em contrário, só as pessoas singulares são susceptíveis de responsabilidade criminal".

Código Penal (1978) declara expressamente a responsabilidade criminal dos entes coletivos no exercício de atividade de natureza comercial, industrial ou financeira (arts. 37, 38 e 39).

A polémica ganha novas luzes em face da recomendação do XII Congresso Internacional de Direito Penal (Hamburgo, 1979) no sentido de que a legislação penal especial não deve se limitar às disposições tradicionais para enfrentar os novos atentados contra o ambiente. Reconheceu-se a necessidade do recurso às medidas de caráter penal tanto para as violações de normas administrativas ou civis, como para qualquer fato capaz de pôr em perigo o equilíbrio ecológico. Considerando que os atentados são geralmente cometidos pelas pessoas coletivas (tanto privadas como públicas), o Congresso recomendou a admissão da responsabilidade penal para o efeito de se impor sanções variadas como as interdições e o fechamento da empresa, além da multa.

### 13. As reações penais

Matéria que também concita a atenção e o debate dos penalistas, criminólogos, sociólogos e demais participantes do processo de conhecimento do delito, de suas causas e circunstâncias, é a que deve regular as medidas penais adequadas à criminalidade econômica.

Desde logo se rejeita a tese segundo a qual a pena privativa de liberdade seria desaconselhável em face do objetivo de emenda que deve perseguir como fim de prevenção especial. Na verdade, a pena não visa exclusivamente a ressocialização, recuperação ou qualquer outra metamorfose espiritual do condenado. Na melhor compreensão do assunto, a chamada *ressocialização* tem um significado sociológico.<sup>55</sup> Este é o sentido que se deve extrair do direito positivo, a fim de que se cumpra a missão social da pena, concebida como a *criação de possibilidade de participação* na comunidade e a oferta de alternativas à conduta delituosa.

Mas a privação da liberdade deve ser a *ultima ratio* do contra-golpe ao delito e assim, as medidas alternativas, quer de caráter pessoal (como a limitação de liberdade) ou patrimonial (multa, interdição) devem ser mais empregadas desde que atendam à proporcionalidade da lesão ou do perigo de lesão e às condições pessoais do autor. Como acentua Eduardo Correia, a reação penal "não pode ser dominada, neste quadro, por uma pura idéia de intimidação, despreendida do facto, mas há que fixar-se pela gravidade da infração antieconômica".<sup>56</sup>

<sup>55</sup> Esta é a compreensão de Santiago Mir Puig, *Introducción a las bases del Derecho Penal*, Barcelona, 1976, p. 85, 86.

<sup>56</sup> Ob. cit., parte II, n.º 1. E além do dano material, deve-se ter em conta o imaterial, "no qual, para além do perigo de contaminação, da racionalização das condutas, da prática de outras infrações promovidas pela realização do comportamento antieconômico, haverá que considerar a sua frequência, a intensidade de sua dignidade criminal, como, do lado subjetivo, o maior ou menor grau de culpa do agente" (Eduardo Correia, *id.*).

A pena, portanto, deve ser necessariamente uma retribuição à culpa do agente e visar também os fins de prevenção.

É dentro de tal perspectiva, as reações penais dirigidas contra a delinqüência econômica podem satisfazer as exigências que lhes são próprias em atenção aos princípios de legalidade, proporcionalidade, personalidade e humanidade, posto que o rigor exigido na perseguição do crime — seja qual for — não deve criar um *direito penal do terror*.

As medidas não institucionais se colocam na preferência das reações em comparação com a pena privativa de liberdade no combate ao delito econômico, reservada a prisão para as hipóteses mais graves e atendidas as condições pessoais do autor e aos seus antecedentes.

Assim, a multa, as interdições de direitos (como sanção autônoma), o confisco, a admoestação, devem ser providências comuns que alcancem não somente as pessoas singulares, mas também as pessoas jurídicas, admitida a sua capacidade penal em relação às contravenções penais. Na oportuna observação de Mireille Delmas-Marty, se a jurisprudência durante muito tempo considerou a personalidade moral como uma personalidade fictícia, admitiu-se a partir de 1954 a concepção de uma personalidade real dos entes coletivos. A personalidade civil não é uma criação da lei; ela resulta, em princípio, da existência de todos os agrupamentos providos de possibilidade de expressão coletiva para a defesa de interesses.<sup>57</sup>

A necessidade consistente em sancionar penalmente as infrações econômicas não implica em rejeitarem-se os princípios da *intervenção mínima* e da *intervenção legalizada*, particularmente caros nos regimes penais estruturados nas bases de um Estado social e democrático de Direito.

### § 2.º — A proteção do consumidor

Nos últimos anos, a proteção do consumidor<sup>58</sup> tem se constituído em tema de grandes preocupações de penalistas, criminólogos e sociólogos na medida em que se multiplicam as ofensas e se fortalece a *criminalidade invisível* no campo econômico.

Refere Jean Calais-Auloy<sup>59</sup> que foi a partir dos anos 1950-1960 que os consumidores passaram a constituir um centro de interesses de proteção na medida em que os seus problemas se revelaram, tam-

<sup>57</sup> Ob. cit., p. 443.

<sup>58</sup> Por *consumidor* deve-se também entender o usuário de serviços. A Carta europeia do consumidor reconhece tal qualidade em toda pessoa física ou moral à qual sejam vendidos bens ou fornecidos serviços para uso privado. A propósito das questões preliminares à definição de consumidor e à categoria conceitual de consumo, Guido Alpa, *Tutela del consumatore e controllo sull'impresa*, Bolonha, 1971, p. 12 e s. Também, Jean Calais-Auloy, *Droit de la consommation*, Paris, 1980, p. 1 e s.

<sup>59</sup> Ob. cit., p. 5.

bém, problemas da sociedade. Aquele período corresponde a um desenvolvimento econômico sem precedentes, que multiplica os bens e os serviços ofertados ao consumo.

A reunião dos ministros de Justiça europeus durante o VIII Congresso (Estocolmo, 1973), as jornadas regionais de Criminologia (Lille, 1973), as Jornadas Franco-Quebequanas (1973), as II Jornadas Jurídicas Franco-Nórdicas, as IV Jornadas de penalistas espanhóis (1976) além de muitos outros encontros têm avaliado a problemática e reclamado melhores e mais eficientes mecanismos de luta contra a delinquência astuciosa.

Os direitos do consumidor alcançaram amplo reconhecimento através da expressão formal de uma Carta específica. A Assembléa consultiva do Conselho da Europa aprovou, através da Resolução n.º 543 de 1973, o texto definitivo numa *Carta europeia de proteção do consumidor*.

A Constituição espanhola consagrou o amparo do consumidor em texto autónomo. O art. 51 declara que os poderes públicos garantirão a defesa do consumidor e usuários, protegendo mediante procedimentos eficazes a segurança, a saúde e os seus legítimos interesses económicos. A educação e a informação dos consumidores e usuários, o fomento de suas organizações constituem dever do Estado que deverá conceder audiência nas questões respectivas.

A internacionalização do combate a determinadas fraudes como as alimentares, foi encetada por uma lei sueca de 1970, uma lei norueguesa de 1972 e um projeto de lei dinamarques de 1973. Em tal quadro, a atuação do *Ombudsman* é de notável destaque.

Novoa Monreal lembra que o Homem atual consome quase exclusivamente produtos alimentícios elaborados pela indústria, os quais, por inadequados processos de conservação, má qualidade das matérias neles empregados ou por distribuição que não se ajuste às regras de higiene, podem atentar contra a saúde e até mesmo contra a vida do consumidor. Daí a importância que adquirem os ilícitos contra a saúde, merecendo relevo especial os delitos de perigo e culposos que possam ser praticados através de substâncias alimentares.<sup>60</sup>

#### 14. O problema brasileiro

Em nosso país, a proteção do consumidor somente vem alcançando projeção na medida em que a liberdade de imprensa e de outros meios de denúncia iniciam o processo de conscientizar a população na defesa de seus direitos e de romper os muros da impunidade que se erguem para a defesa dos infratores.

O consumidor brasileiro é um ser carente de proteção contra as mais variadas formas de abuso, desde a qualidade da alimentação, dos medicamentos e de outros produtos de primeira necessidade, até

os serviços e as coisas supérfluas. Uma vítima ambulante e multi-“reincidente”.

Um aspecto inquietador nesse quadro consiste na submissão permanente das pessoas aos diversos meios de ilusão empregados para estimular o consumismo, tanto os rotineiros como os sofisticados. Eles surgem na imprensa, rádio, televisão, cinema ou ruas pelos insistentes e perseguidores volantes ou através das imagens coloridamente provocantes dos *outdoors*. Em tais circunstâncias, a propaganda é um poderoso instrumento de *marketing*.

Não é raro constatar-se que muitos tipos de negócios aparentemente simples como a venda e compra de imóveis ou a captação de investimentos, podem ser transferidos da seção dos classificados para o setor policial, quando caracterizam um estelionato (área irregular, medidas inferiores, empresas-fantasma, etc.) ou outro ilícito contra o patrimônio.

Mas, se no plano das relações pessoais com a individualização das partes no negócio, a proteção penal é, em princípio, factível, já o mesmo não sucede quando a mercadoria é oferecida por aquele que não produziu e adquirida por um número indefinido de pessoas. A legislação penal relativa à economia popular não consegue ameaçar e muito menos esbater a chamada *criminalidade invisível*, quando não diluída sob a capa da pessoa jurídica.

Crescem entre nós as inquietações no sentido de melhor se garantir os compradores e os usuários frente às mais variadas hipóteses da criminalidade do *white-collar*. Trata-se da subversão do *status* de “rei do mercado” que o consumidor usufruía ao tempo da teoria clássica do consumo inspirado pela filosofia do liberalismo.

No Relatório da Comissão Parlamentar de Inquérito instaurada no âmbito da Câmara dos Deputados e destinada a apurar o não cumprimento das exigências técnicas ao consumo e os métodos adotados para a sua divulgação, o Deputado Gerson Camata (relator) destacou a existência de 350 projetos no setor, tramitando pelo Congresso Nacional.<sup>61</sup> A *algaravia legislante* resulta da semelhança dos projetos, do conflito entre eles ou do fato de alguns repetirem, ingenuamente, as medidas do Executivo com propostas ineficazes.

O amparo jurídico-penal do consumidor é um dos desafios para a inteligência nacional dos dias presentes. A paciência e a obstinação no enfrentamento das mais árduas questões e a esperança em equacioná-las através de uma legislação moderna e eficiente, sugerem, inicialmente, a abordagem de alguns temas preambulares como seguem.

#### 15. Os direitos do consumidor

Em mensagem especial enviada ao Congresso pelo Presidente Kennedy em 15 de março de 1962, foram declarados os seguintes direitos do consumidor: o direito à segurança contra a comerciali-

<sup>61</sup> Em *Diário do Congresso Nacional*, Suplemento ao n.º 38, de 12 de maio de 1977, p. 27.

<sup>60</sup> “Progresso humano e Direito Penal”, em *Revista de Direito Penal*, n.º 2, de 1971, p. 23.

zação de produtos danosos à vida ou à saúde; o direito de ser protegido contra informações fraudulentas e enganosas em anúncios ou rótulos; o direito à livre escolha de produtos e serviços a preços justos e o direito de ser ouvido na defesa dos interesses a ele atinente.

A *Magna Carta* do consumidor resume os direitos em quatro grandes categorias: a) direito de ser informado e educado; b) direito de ser ouvido; c) direito de ser representado; d) direito de ser ressarcido. Trata-se de um primeiro estágio, elemento para o reconhecimento e o exercício dos direitos que em alguns países já estão sendo positivados numa segunda fase (Suécia, EUA, Inglaterra).

A preocupação na defesa de tais direitos sensibilizou a Comissão francesa sob a orientação de A. Peyrefitte e instituída para examinar as causas da violência e da criminalidade e propor sugestões de combate. A *Recomendação* n.º 31 trata de estudar a repressão aos abusos dominantes na economia e de acentuar a necessidade de revelação pública de tais abusos.<sup>62</sup>

#### 16. Os planos de proteção

A defesa do consumidor deve ser promovida em atenção a três grandes planos de proteção: 1.º — A *proteção penal* (proteção física, proteção dos interesses econômicos e a eficácia da proteção penal no campo do processo); 2.º — A *proteção extrapenal* (a proteção aos projetos de elaboração das regras jurídicas, a proteção no campo das regras de processo); 3.º — A *política global de proteção* (a institucionalização da proteção dos consumidores, a informação e a assistência jurídica).<sup>63</sup>

A *proteção física* aparece na generalidade dos países através da incriminação dos fatos prejudiciais à saúde (alimentação, medicamentos e produtos de outra natureza que possam ser perigosos). Na *proteção dos interesses econômicos*, a diversificação ao infinito das coisas ofertadas, o controle dos modernos métodos de venda e as várias modalidades de embuste em matéria de venda, condições contratuais, preço e publicidade, assumem aspectos extremamente complexos. A regulação jurídico-penal das modalidades de ofensa é um problema que concita as atenções de juristas e de técnicos numa perspectiva interdisciplinar.<sup>64</sup> Para a efetiva promoção de um plano de amparo ao consumidor através do Direito Penal, torna-se imprescindível a *eficácia* do processo penal. A diversificação dos ritos com a adoção de modernos recursos da ciência e da tecnologia; a supressão de *fórmulas barrocas* para a descoberta da verdade; a maior celeridade nos atos de investigação e julgamento, são algumas das pro-

<sup>62</sup> *Réponses à la violence*, Paris, 1977, v. 1, p. 177 e s.

<sup>63</sup> Reynald Ottenhof, "La protection des consommateurs en droit comparé", em *Revue Internationale de Droit Pénal*, 1.º e 2.º trim. de 1982, p. 369 e s.

<sup>64</sup> Entre as várias leis especiais de natureza mista contendo normas incriminadoras, podem ser referidas a francesa (Lei n.º 78-23, de 10.1.1978) e a alemã ocidental (15.8.1974).

postas — ao lado de um sem número delas<sup>65</sup> — vertidas para a melhor aplicação da justiça e para a recuperação (ou a obtenção!) do prestígio popular do Direito Penal, largamente comprometido com a delinquência econômica.

Relativamente à proteção extrapenal, numa primeira abordagem, ela compreende o plano das regras jurídicas, destacando-se as pertinentes ao Direito Civil, ao Direito Administrativo e ao chamado Direito Tributário.

Uma política global de proteção implica em se adotarem as seguintes providências: a) a *institucionalização da defesa dos consumidores* (ao nível dos poderes públicos e do governo e ao nível privado, através das associações de consumidores);<sup>66</sup> b) a *informação* (que poderá consistir no anúncio de testes sobre a qualidade dos diferentes produtos; a informação de caráter geral e a educação); e finalmente, c) a *assistência jurídica* (que prevê um *bureau* de reclamações e os serviços de consulta).

#### 17. Garantias mínimas para a proteção

Num Estado social e democrático de Direito onde as liberdades sejam reais e não meramente formais, devem ser garantidas algumas condições básicas para que a tutela do consumidor se torne uma realidade e não uma miragem. Não se cogita mais, portanto, de regulamentação de direitos nem de exposição de planos para a modelação da ordem econômica. É indispensável concretizar as aspirações através de atitudes do Estado e dos indivíduos numa efetiva, livre e fecunda interpenetração com as instâncias de controle, tanto *formais* (lei, polícia, tribunais, etc.) como *informais* (família, grupo social, escola, núcleo religioso, etc.).

Além dos planos de proteção anteriormente analisados, é necessário o concurso de garantias mínimas para se amparar o consumidor, as quais podem ser resumidas no quadro adiante: a) o *exercício das liberdades públicas e dos direitos fundamentais do indivíduo*. É impossível a formação de uma consciência de defesa do consumidor e a apresentação de propostas quando o Estado não garante o cidadão contra a indiferença ou o despotismo de seus agentes ou de

<sup>65</sup> Um projeto para a criação dos *juizados para pequenas causas* está atraindo as atenções do povo brasileiro. Duas questões ainda não foram suficientemente explicadas: qual o entendimento de *pequenas causas*? Por que os advogados são dispensados em tais foros? Não se discute, porém, a necessidade dos procedimentos simplificados para os pequenos litígios cíveis, bem como os procedimentos para judiciais e o recurso à arbitragem (Cf. R. Ottenhof, ob. cit., p. 385).

<sup>66</sup> Em Curitiba, realizou-se em novembro de 1979, o I Encontro Nacional de Associações de Defesa do Consumidor, reunindo mais de 15 entidades. O Ministro da Fazenda, Carlos Rischbieter, em Conferência no aludido encontro estimulou o combate ao "capitalismo selvagem", propondo aos consumidores a união na defesa de seus interesses através do boicote dos produtos de baixa qualidade ou de preços inflacionados (O *Estado de São Paulo*, 17.11.1979; *Jornal do Brasil*, 17.11.1979).



terceiros; b) a participação na vida pública. Todos os cidadãos tem o direito de tomar parte na vida política e na direção dos assuntos públicos do país, tanto pela forma direta como através de representantes livremente eleitos. Estas liberdades estão expressamente declaradas na Constituição portuguesa (art. 48.º); c) o princípio da publicidade. A imprensa e outros meios de difusão do conhecimento devem ser liberdade de acesso ao fato e à notícia e de informar sem constrangimentos ou ameaças; d) a liberdade de associação. Não somente as associações de consumidores constituem importantes grupos de influência.<sup>67</sup> Também as associações de moradores de bairros devem ter legitimidade (inclusive processual) para intervir diretamente junto aos poderes públicos e à comunidade, objetivando o cumprimento de uma política de prevenção e de repressão da criminalidade econômica; f) as liberdades parlamentares e judiciárias. A proteção do consumidor não pode continuar a ser vista como um problema do bom ou do mau governo. Trata-se de um assunto da comunidade e como tal, reclamando a interferência de todos os seus setores. Um Parlamento desfigurado como instituição representativa<sup>68-69</sup> e um Judiciário carente de autonomia manterão o profundo fosso entre a defesa dos direitos individuais e as instâncias do poder; g) *Universidade livre e aberta*. Num exame crítico da missão da Universidade e particularmente em função das estruturas sociais latino-americanas, Novoa Monreal aponta tais estruturas como deficientes, mal planificadas e geradoras de uma ordem social injusta "formada por grupos no integrados entre si, cuyos miembros llevan en su enorme mayoría una vida sin esperanzas, sumidos en la miseria y la ignorancia (...) la tarea de indagar y ponderar los hechos sociales y de preparar soluciones favorables a la vida de los hombres en so-

<sup>67</sup> Lucas Verdú define o *pressure group*, como qualquer formação social, permanente e organizada que intenta, com êxito ou não, obter dos poderes (legislativos, administrativos ou judiciais) que favoreçam ou, pelo menos, não prejudiquem suas idéias e interesses (*Princípios de Ciência Política*, Madri, 1973, t. III, p. 139).

<sup>68</sup> O sacrifício das imunidades parlamentares constitui melancólica e repetida imagem de *servidão ao príncipe* que tanto marca as casas legislativas em nosso País. O problema ainda remanesce com a exclusão dos delitos contra a honra da cláusula geral de imunidade em razão das opiniões, palavras e votos. E se agrava quando a licença para o processo criminal fica na dependência da decisão das Mesas do Congresso Nacional e não do julgamento plenário (Cf. a Emenda n.º 22, de 29 de junho de 1982, que deu nova redação ao art. 32 e §§ da Constituição).

<sup>69</sup> A dignidade e a importância do Parlamento não extremamente comprometidas quando, entre outras formas de restrição, as comissões parlamentares de inquérito destinadas a apurar corrupção sofrem toda sorte de boicotes para excluir pessoas públicas e entidades do âmbito das investigações. Famosas CPIs como a da corrupção na administração direta e indireta da União; dos gastos da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos; das causas crescentes do empobrecimento dos Estados e Municípios face ao sistema tributário nacional e das multinacionais, são alguns exemplos. A propósito, os requerimentos e as entrevistas do Deputado Hélio Dugue, entre muitos outros congressistas.

ciudad, es absolutamente científica, y toca a uno de los más importantes sectores de la Universidad".<sup>70</sup> Nada é preciso acrescentar para se concluir que não pode a Universidade se divorciar do povo na análise de seus (de todos) problemas e na proposta de soluções; h) uma política de defesa social. Todas as garantias mínimas até agora vistas devem compor um grande e ordenado conjunto de meios e métodos aglutinados numa política de defesa da sociedade.

Superadas as barreiras de um direito penal envilecido pelas ortodoxias do nazi-fascismo — que tanto influenciou os sistemas jurídicos latino-americanos deste século — e vencido o pensamento marginalizador da Criminologia e de outras ciências da conduta, abrem-se as perspectivas para os estudos oficiais e particulares e a adoção de providências em nível interministerial para o conhecimento concreto dos problemas criminológicos do Brasil<sup>71</sup> e o estudo de respostas.

Uma nova luz em torno dessa problemática não consiste, apenas, em eliminar as supostas antinomias entre a Criminologia e o Direito Penal. É preciso, também, revisar as suas fronteiras e mudar o ponto de partida das investigações criminológicas quando se comprometem com o conceito formal de crime.<sup>72</sup> Uma Criminologia que desnude o véu de uma ordem social imaginária e passe a trabalhar com os elementos de uma ordem social real,<sup>73</sup> em todas as suas expressões de injustiças e desigualdades.

#### 18. A revisão do sistema

Uma proposta concreta em torno da reformulação positiva brasileira a fim de disciplinar as infrações penais contra o consumidor deve ser considerada como a etapa posterior de um processo de amadurecimento, reflexão e adoção das garantias mínimas já aludidas e de outras que se mostrem indispensáveis.

Não se advoga o estabelecimento de um "código" ou de um "estatuto" do consumidor para recolher toda a legislação em torno de sua proteção. Tal hipótese teria a inconveniência de um diploma supostamente fechado e, portanto, contrário à índole do Direito Penal Econômico cambiante e ainda em vias de desenvolvimento. A tutela penal do consumidor deve ser garantida pela legislação extravagante, devidamente sistematizada. Esta foi uma das propostas que apresentamos no Grupo de Trabalho instituído no Ministério da Justiça para avaliar os problemas da criminalidade e violência e propor su-

<sup>70</sup> *La Universidad Latinoamericana y el problema social*, México, 1978, p. 29.

<sup>71</sup> Sobre a ausência de uma política global de defesa social e o desprezo tradicional pela Criminologia, Virgílio Luiz Donnicci, *Criminalidade e Estado de Direito*, tese n.º 3, da VII Conferência da OAB (1978), em *Anais*, Curitiba, 1979, p. 49 e s.

<sup>72</sup> Ver a crítica oportuna e corajosa de Juarez Cirino dos Santos, *A Criminologia Radical*, Rio de Janeiro, 1981, p. 8 e s.

<sup>73</sup> Juarez Cirino dos Santos, ob. cit., p. 11.

gestões ao Governo. Naquela oportunidade, foi também indicado: a) a revisão das medidas penais para inclusão de outras sanções além da privação da liberdade e da multa, como o confisco de produtos, a dissolução da pessoa jurídica, a interdição de estabelecimento e de atividade e a publicação de sentença (em se tratando de pessoa coletiva) como pena autônoma; b) a especialização de juízes e tribunais; c) rito sumaríssimo para julgamento das infrações; d) o estímulo às associações de defesa do consumidor. "Emoldurando tais recomendações, há necessidade de dar ao assunto a dignidade normativa tratando em norma da Constituição." <sup>74</sup>

A proteção dos direitos do consumidor em nível constitucional, será a consagração dos ideais de liberdade e de justiça social de um povo generoso que, em grande parte, é martirizado pela ferocidade econômica de velhos e novos conquistadores. Desde quando Pero Vaz de Caminha escreveu para os reis de Portugal, narrando as virtudes da terra descoberta: "Há lá muitas palmeiras, de que colhemos muitos e bons palmitos. (...) Até agora não pudemos saber se há ouro ou prata nela, ou outra coisa de metal, ou ferro; nem lha vimos. Contudo a terra em si é de muitos bons ares frescos e temperados..."

## CONCORRÊNCIA DESLEAL E INTERESSE DIFUSO NO DIREITO BRASILEIRO

Miguel Reale Junior

A — DIRETRIZES DO DECRETO-LEI N.º 24.507 DE 1934

A Revolução de 1930, reunindo as forças mais heterogêneas, não apenas estabeleceu modificações no plano institucional, desfazendo o sistema político vigente na República Velha, que consagrara a predominância das chefias regionais e os currais eleitorais.

Destarte, ao lado dos temas relativos à reforma eleitoral e administrativa, a Revolução de 1930 trazia em seu bojo uma nova perspectiva da ordem econômico-social, atribuindo ao Estado o papel de interventor para a consecução de um equilíbrio social, não alcançado pelo livre jogo de mercado.<sup>1</sup>

Estava desfeita a crença iluminista da economia liberal, no sentido de que o combate entre os produtores levaria, naturalmente, para salvaguarda de seus próprios interesses, a que saísse favorecido o conjunto da sociedade, único vencedor permanente da rivalidade na conquista da clientela. Melhores produtos e preços mais baixos seriam decorrência natural da disputa pelo mercado.

A breve história do capitalismo industrial<sup>2</sup> revelara a falácia dessa pretendida harmonia preestabelecida entre as forças sociais, impondo-se a intervenção do Estado no âmbito econômico-social.

No que tange à matéria relativa à propriedade industrial, fora o Brasil signatário da Convenção da União de Paris (1883), ratificando-a, bem como às posteriores modificações. Grande relevo, no entanto, tiveram as recomendações do Congresso Interamericano de Washington, de 1929.

<sup>1</sup> Miguel Reale, "Abuso do poder econômico e garantias individuais", in *Questões de Direito*, S. Paulo, 1981, p. 38; Eli Diniz, "O Estado novo: estrutura de poder, relações de classe", in *O Brasil Republicano*, III, São Paulo, 1981, p. 107; Leônício Martins Rodrigues, "Sindicalismo e classe operária (1930-1934)", in *O Brasil Republicano*, III, cit., p. 514; Boris Fausto, *A Revolução de 1930*, 4.ª ed., S. Paulo, 1976, p. 106 e segs.

<sup>2</sup> Acerca da revolução industrial e da economia clássica, veja-se a síntese de Franceschelli, *Studi e Capitoli sul Diritto della Concorrenza*, Milão, 1974, p. 257 e segs.

<sup>74</sup> René Ariel Doti (e outros), *Violência e Criminalidade — Propostas de Solução*, Ed. Forense, Rio de Janeiro, 1980, p. 129; *Criminalidade e violência* (relatórios oficiais), ed. do Ministério da Justiça, Brasília, 1980, p. 117 e s.

O Código veio a ser editado pelo Decreto n.º 24.507, de 29 de junho de 1934, dias antes da promulgação da Constituição Federal, que data de 16 de julho daquele ano.

Antecipando-se, portanto, ao que vinha sendo estatuído na Constituição Federal de 1934, presidiu à elaboração do Decreto-Lei n.º 24.507 uma preocupação com a função social da propriedade. Não é possível, portanto, interpretar-se a legislação ordinária sem remissão aos valores político-sócio-econômicos que defluem do texto constitucional, mesmo porque um dos autores do Código de Propriedade Industrial de 1934, Campos Bernfeld, escreveu:<sup>3</sup>

“A nossa lei reflete a concepção econômica surta da Revolução de 1930: a luta contra o passado seguido da reconciliação com as tradições. O desejo incoerente de aperfeiçoamento do aparelho comercial e industrial do país, necessidade de moralização nas relações entre as que se defrontam na competição de cada dia exigiram este alto e novo padrão de ética e diretrizes de uma política social de largo alcance, a qual visava a melhoria material e moral do ambiente brasileiro.”

Bernfeld, em seu Anteprojeto, ponderava que a repressão à concorrência desleal não apenas era fundamental para reger as relações jurídicas das classes industriais e comerciais entre si, mas também *para com o público*.<sup>4</sup>

Na Constituição Federal de 1934 é garantida a liberdade econômica ao mesmo tempo em que lhe são fixados limites, consistentes em uma “ordem econômica organizada conforme os princípios de justiça e as necessidades da vida nacional, de modo que possibilite a todos a existência digna (art. 115). Dá-se prevalência, de consequente, ao interesse público, em função do qual autoriza-se a União a monopolizar determinada indústria ou atividade econômica (art. 116). Estabelece-se programa na Constituição Federal no sentido de haver o fomento da economia popular e a nacionalização progressiva dos bancos e das empresas de seguro (art. 117).

Em consonância com estes valores político-sócio-econômicos editados da Carta Maior, o Decreto n.º 24.507, de 1934, antecipando-se às tendências hoje vigorantes em matéria de concorrência desleal, vista como proteção dos interesses difusos dos consumidores, já reconhecia a ocorrência de lesão ao comprador iludido, atribuindo-lhe o *direito de ação no âmbito criminal e civil*.

Merece destaque, por consequente, a circunstância de que, no inciso 1.º, do art. 39, relativo à falsa afirmação, pela imprensa, seja considerada vítima não só o concorrente prejudicado, mas, igualmente, *quem foi induzido a erro*.

Igualmente, relevante é a referência, no inciso 3.º, do art. 39, ao fato de que o uso sem consentimento do nome ou marca de

<sup>3</sup> Campos Bernfeld, *Da Concorrência Desleal*, Rio de Janeiro, 1937, p. 78.

<sup>4</sup> Campos Bernfeld, ob. cit., p. 86; José Pinto Antunes, malgrado adepto do liberalismo, afirma: “A concorrência é de interesse público”. *Da Concorrência Desleal na Legislação Brasileira*, São Paulo, 1940, p. 38.

terceiro em produto seu dê “ao comprador a impressão de que a mercadoria é de sua própria produção”.

Na verdade, as figuras penais instituídas pelo Decreto n.º 24.507, de 1934, foram em grande parte reproduzidas no Código Penal de 1940 e posteriormente no Código de Propriedade Industrial, Decreto-Lei n.º 7.093, de 27 de agosto de 1945, hoje em vigor na matéria relativa aos crimes de concorrência desleal, por força da Lei n.º 5.772, de 21 de dezembro de 1971.<sup>5</sup>

Além das referências ao consumidor acima lembradas, difere, no entanto, o Decreto de 1934 no que tange à legitimação para agir, pois apenas nas hipóteses de divulgação de falsas informações, feitas por outros meios que não a imprensa, e prejudiciais ao concorrente, bem como na revelação de segredo de fábrica ou do negócio, a ação criminal e civil cabe ao dono ou gerente da empresa. Nos demais casos, de falsa afirmação pela imprensa, em detrimento de concorrente, de falsa indicação de procedência, de uso sem consentimento de nome ou marca alheios em produto seu; de falsa indicação com o emprego de termos retificativos; de uso de recompensas inexistentes; de venda de mercadorias falsificadas em vasilhames de outro fabricante, têm legitimação *ad causam* tanto o concorrente prejudicado, como o *comprador iludido*.

Bernfeld explica que por “comprador iludido” deve-se entender não só o comprador habitual como também o acidental, “O PÚBLICO EM GERAL, ou seja, a grande massa de compradores”<sup>6</sup> (grifo nosso).

De relevo é verificar que a indenização por perdas e danos cabe não só ao comprador, bem como ao *inducido, associações civis e industriais*, e “outras quaisquer pessoas prejudicadas” (art. 41, inciso 2.º), defluindo-se, portanto, que se preconizava em 1934, a hoje tão exigida e propalada participação, com atuação de corpos intermediários, a exemplo do previsto pela lei alemã de 21 de julho de 1965, cujo art. 13 atribui o direito de agir às associações dos consumidores.<sup>7</sup>

## B — DIRETRIZES DO CÓDIGO PENAL DE 1940, DO CÓDIGO DE PROPRIEDADE INDUSTRIAL

O Decreto de 1940 foi revogado pelo Código Penal de 1940, que dedicou à concorrência desleal o capítulo IV do título III, relativo aos “Crimes contra a Propriedade Imaterial”.

<sup>5</sup> Sobre o hiato legislativo a que ficou sujeita a matéria relativa à incriminação da concorrência desleal, desde a edição do Novo Código de Propriedade Industrial, em 1967, até o surgimento da Lei n.º 5.772, de 1971 que deu vigência, neste ponto, ao antigo Código de Propriedade Industrial (Decreto-lei n.º 7.093, de 1945), vide o trabalho de Alvaro Villaga de Azevedo, “Crime de concorrência desleal”, in *Revista dos Tribunais*, n.º 498, p. 255 e segs.

<sup>6</sup> Campos Bernfeld, ob. cit., p. 148.

<sup>7</sup> Dietrich Reimer, *La Répression de la Concurrence Déloyale en Allemagne*, trad. Denise Baumann, Paris, 1978, p. 105.

Nos incisos do § 1.º, do art. 196, do Código Penal, em grande parte, reproduziram-se as normas incriminadoras contidas no Decreto de 1934, com o importante acréscimo de uma figura genérica, que recorre ao elemento normativo "meio fraudulento", como fórmula para açambarcar as condutas não enquadráveis nas específicas descrições dos demais incisos. Assim, tipificou-se, no art. 196, § 1.º, III, como crime de concorrência desleal, "o emprego de meio fraudulento para desviar, em proveito próprio ou alheio, cliente, clientela de outrem".

No § 2.º do art. 196 fez-se um passo atrás, ao se estabelecer que apenas se procederá mediante queixa,<sup>8</sup> sendo que se eliminará, dos tipos penais da propagação desleal (inciso I) e da oposição do próprio nome em mercadoria de outro (inciso VI) a explícita referência, feita no Decreto de 1934 (incisos 1.º e 3.º do art. 39), ao induzimento do comprador a erro.

Sem dúvida é bastante significativo o fato de que a lei brasileira estenda a proteção penal à livre concorrência, incriminando os abusos e fraudes que tornam *desleal* a competição e rivalidade próprias da conquista da clientela.

A lei brasileira, que neste passo, filia-se à linha seguida pela legislação alemã, ressalta a importância e o valor atribuído às práticas honestas na concorrência, de acordo com o proclamado pelo art. 10, *bis*, da Convenção da União.

A circunstância, no entanto, de se alçar a *concorrência leal* a bem jurídico digno de tutela penal não significa, por si só, como ressalta Filippo Sgubbi, que se lhe atribua a natureza de *interesse coletivo*.<sup>9</sup>

Na verdade, a noção de bem jurídico não deixa de ser corolário, em matéria penal, de direito subjetivo, pois, o meta-individualismo da noção de bem jurídico "não é senão uma sublimação e ideologização de conceito privatístico".<sup>10</sup>

Destarte, o Direito Penal, realizado sem caráter publicístico, pode estar a privilegiar direitos subjetivos dos particulares, que são protegidos mediante a ameaça da sanção penal, mormente quando se menospreza o interesse coletivo atingido por determinadas condutas, atribuindo-se, exclusivamente, a determinados sujeitos a qualidade de vítimas, titulares do bem jurídico, únicos com legitimação ativa para propor a ação penal.

Destarte, tanto o Código Penal de 1940 como o Código de Propriedade Industrial, Decreto-Lei n.º 7.903, de 1945, que o repete,

<sup>8</sup> Nelson Hungria, em seus *Comentários*, apenas menciona que os crimes de concorrência desleal no Código de 1940 e no Código de Propriedade Industrial são de iniciativa privada sem dar qualquer relevo à modificação no sentido da exclusão da competência do comprador iludido para agir, *Comentários ao Código Penal*, vol. VII, 2.ª ed., Rio de Janeiro, 1958, p. 387.

<sup>9</sup> F. Sgubbi, "L'interesse diffuso come oggetto della tutela penale", na coletânea *La Tutela Degli Interessi Diffusi nel Diritto Comparato*, Milão, 1976, p. 576.

<sup>10</sup> F. Sgubbi, ob. cit., p. 577.

adotavam em matéria de concorrência desleal postura político-econômica não condizente com as diretrizes constantes de nossas Constituições Federais (1934-1937-1946). O Código de 1940 e o Código de Propriedade Industrial são consentâneos com uma política econômica clássica, na qual se destaca, tão-só, o direito subjetivo do empresário de competir livremente segundo regras honestas, em uma perspectiva individualística, entregue o consumidor ao natural desenvolvimento das leis econômicas, no qual estará protegido.<sup>11</sup>

Instaura-se a "paz burguesa", sendo cada qual soberano no exercício de seu próprio direito, garantido, portanto, no aspecto formal, pelo império da lei, e beneficiário, por outro lado, do livre jogo do mercado, garantido, desta feita, sob o aspecto material, pelas leis naturais e automáticas de uma economia baseada na concorrência.

## C — A INTERPRETAÇÃO SISTEMÁTICA

Apenas apego ao dogmatismo jurídico justifica que se afirme que "a procura do bem jurídico não deve preceder à lei, é com a análise desta que este transparece nítido e não pelas teorias prévias".<sup>12</sup>

A colheita do bem jurídico apenas pode realizar-se, admitindo-se que o legislador parta de determinadas diretrizes políticas quando da criação legislativa e que informam a norma legal, sendo certo que a *ratio* sofre mutações no processo histórico, sujeitando-se a uma interpretação evolutiva,<sup>13</sup> decorrente, também, de mutações no ordenamento a que pertence a norma e no conjunto do qual deve ser entendida.

Destarte, a matéria é de ser vislumbrada à luz do Ordenamento, a partir da Constituição Federal, Emenda Constitucional n.º 1, da lei contra abuso do poder econômico, bem como diante da nova configuração do capitalismo, caracterizado por uma economia planejada, pelo entrecchoque de interesses entre produtores e consumidores, pela formação de monopólios, pela força da publicidade, pelo papel intervencionista do Estado. De relevo é também o aspecto relativo à remodelação da democracia representativa, que se transforma em *democracia participativa*, a exigir e a reconhecer a atuação das entidades intermediárias.

A Constituição Federal, Emenda Constitucional n.º 1, de 1969, impõe os valores positivos que devem presidir a ordem econômica, bem como fixa o comportamento que, por contrariar frontalmente tais valores, deva ser reprimido.

<sup>11</sup> N. Trocker, "La tutela giurisdizionale degli interessi diffusi con particolare riguardo alla protezione dei consumatori contro atti di concorrenza sleale: analisi comparativa dell'esperienza tedesca", na coletânea *La Tutela degli Interessi*, cit., p. 479.

<sup>12</sup> Celso Delmanto, *Crimes de Concorrência Desleal*, S. Paulo, 1975, p. 19.

<sup>13</sup> Perelman, "L'interprétation juridique", in *Archives de Philosophie du Droit*, 1972, n.º 17, p. 31.

Destarte, o art. 160 da Constituição Federal estabelece que a ordem econômica, com vistas a realizar o desenvolvimento nacional e a justiça social, deve ter por base os seguintes princípios: *liberdade de iniciativa*; valorização do trabalho como condição de dignidade humana; *função social da propriedade*; harmonia e solidariedade entre as categorias sociais de produção; expansão das oportunidades de emprego. Estes são os valores cuja positividade a Constituição Federal consagra, ao mesmo tempo em que expressa a negatividade do abuso do poder econômico caracterizado pelo *domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros* (inciso V do art. 160).

A consecução da justiça social deve-se, portanto, conjugar dois valores, *liberdade de iniciativa e função social da propriedade*, sendo de evidência que tal liberdade desatende ao sentido social atribuído à propriedade quando se traduza em abuso do poder econômico, que é melhor definido e punido pela Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962.

Reputa-se abuso do poder econômico, conforme exata síntese de Fabio Konder Comparato,<sup>14</sup> o fato de "dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência" (art. 2.º, n.º I), "elevar sem justa causa os preços, nos casos de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção" (art. 2.º II), provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva (e o adjetivo é sugestivo) com o fim de promover a elevação temporária de preços (art. 2.º, n.º III), "formar grupo econômico por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores" (n.º IV), e, finalmente, "exercer concorrência desleal por meio de:

- a) exigência de exclusividade de propaganda publicitária, e
- b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens da concorrência pública."

Ora, diante desse quadro normativo é de convir que se a prática da concorrência desleal causa obviamente dano ou perigo de dano patrimonial ao concorrente, há, no entanto, igualmente uma desvirtuação da livre iniciativa que lesa ao interesse difuso dos consumidores, desatendendo-se a outro princípio consagrado pela Constituição, qual seja, a função social da propriedade.

Por fixar a Constituição italiana o princípio da "utilidade social", entende Ghidini que, em interpretação sistemática, tal diretriz deve presidir à análise das hipóteses concretas de concorrência desleal, devendo-se considerar ilícito o comportamento concorrencial que fira o princípio da utilidade social e mais amplamente "os interesses constitucionalmente garantidos".<sup>15</sup>

<sup>14</sup> Fabio Konder Comparato, "Concorrência Desleal", in *Revista dos Tribunais*, n.º 375, p. 34.

<sup>15</sup> G. Ghidini, *Sicilittà della Concorrenza e Costituzione Economica*, Pádua, 1978, p. 120.

A "utilidade social", na sistemática do direito italiano, seria, segundo Ghidini, um princípio limite,<sup>16</sup> estabelecendo-se, portanto, a proibição absoluta de que seja desrespeitada, como um valor que se acresce ao da liberdade empresarial, sendo ambas tuteladas pelo ordenamento.

Como foi ressaltado por Alpa e outros, ainda não se tomou consciência de que "a idéia de utilidade social possa ser usada como instrumento seletivo dos interesses concorrenciais em jogo, e, portanto, para valorizar aqueles modelos de comportamento concorrenciais mais adequados ou que menos conflitem com o interesse geral".<sup>17</sup>

Ao ver de Santagata, a utilidade social constitui um critério médio de equilíbrio entre os interesses opostos dos organismos empresariais e dos consumidores.<sup>18</sup>

O que se põe para o direito italiano, com referência à norma constitucional, é de ser analisado perante o nosso direito, diante dos princípios incartados no art. 160 da Constituição Federal, e que não constituem meras recomendações, pois possuem, como afirma Miguel Reale, força vinculante tanto para o legislador como para o intérprete.<sup>19</sup>

Celso Antonio Bandeira de Mello, em tese apresentada recentemente à IX Conferência Nacional dos Advogados, conclui que as disposições constitucionais relativas à Justiça Social não são meras exortações, de simples valor moral, mas comandos jurídicos, tendo o efeito de compelir a interpretação na linha de direção adotada de tais disposições. Por essa razão, entende que "tanto o Executivo, ao aplicar a lei, quanto o Judiciário, ao decidir situações contenciosas, das mais diversas áreas do Direito, estão cingidos a proceder em sintonia com os princípios e normas concernentes à Justiça Social".<sup>20</sup>

## D — A SOCIEDADE TECNOLÓGICA E O NOVO SISTEMA ECONÔMICO

A exigência da Justiça Social, bem como a do interesse geral, na Constituição Federal, decorrem da inegável existência de conflitos, entre produtores e consumidores, entre empresários e a classe assalariada, que não devem ser mascarados, mas reconhecidos, para serem enfrentados.

<sup>16</sup> G. Ghidini, ob. cit., p. 121.

<sup>17</sup> G. Alpa, M. Bessone; V. Carnevali, G. Ghidini, "Tutela giuridica di interessi diffusi con particolare riguardo alla protezione del consumatore. Aspetti privatistici", na coletânea *La Tutela degli Interessi Diffusi*, cit., p. 194.

<sup>18</sup> C. Santagata, *Concorrenza Sleale e Interessi Protetti*, Nápoles, 1975, p. 193.

<sup>19</sup> Miguel Reale, ob. cit., p. 39.

<sup>20</sup> Celso Antonio Bandeira de Mello, "Eficácia das Normas Constitucionais sobre Justiça Social", tese n.º 8, IX Conferência Nacional da Ordem dos Advogados do Brasil, p. 34.

O progresso tecnológico, por requerer investimento de vulto, propicia a concentração de capital, e o mundo econômico está sujeito às grandes empresas multinacionais, que visam dominar o mercado. Cartéis, consórcios e coligações tornam o consumidor mero objeto dos interesses empresariais. A rivalidade comercial, mormente diante da publicidade avassaladora graças aos meios de comunicação, tem transformado o consumidor no ser que compra ao sabor das manipulações da "mídia".

É impossível não reconhecer que a defesa do interesse geral se põe como obrigatória em matéria de concorrência, em uma ordem econômica que se caracteriza por uma luta desigual, em que a grande empresa, a concentração e o oligopólio predominam.

A conquista e manutenção de uma clientela colocam "o consumidor-cidadão", núcleo do interesse geral, na expressão de Roger Le Moal,<sup>21</sup> em meio a uma rivalidade assustadora, mesmo porque os contendores, dado sua desigualdade, recorrem a práticas desonestas, seja por sua força excessiva, seja por sua debilidade.

A sociedade de consumo, por outro lado, não é, como assinalou Goytisolo, a sociedade dos consumidores, mas dos produtores, que para sobreviver constroem o consumidor, por todos os meios, principalmente a propaganda, a adaptar o consumo à produção. O consumo se torna "um só e único receptáculo gigante e elástico".<sup>22</sup>

Há, de conseguinte, ao lado do dano sofrido pelo empresário, em razão de uma prática concorrencial desonesta, um prejuízo para os consumidores. Se há dano, muitas vezes economicamente vultoso, para o empresário cujo concorrente agiu deslealmente, não deixa de haver lesão ao interesse difuso dos consumidores.

Pode ser irrisório o interesse de cada qual dos compradores, mas é de relevo o prejuízo quando vislumbrado o desrespeito à honestidade que fraudula e ludibria a massa dos consumidores, que escolhem no pressuposto de uma verdade de informação.

Tendo a propriedade uma função social, não pode a massa consumidora ser enganada, pois seria supervalorizar a livre iniciativa, sobrepondo-a ao interesse geral.

Por estas razões, tanto se ressalta hodiernamente que a ilicitude ou incriminação da concorrência desleal visam a proteger o interesse geral, o interesse dos consumidores.<sup>23</sup>

Neste sentido, aliás, interpreta-se o inciso 3.º, do art. 10, *bis*, da Convenção da União, fruto da reunião de Lisboa de 1958, pelo qual se descreve como concorrência desleal, "as indicações ou alegações cujo uso, no exercício do comércio sejam suscetíveis de induzir o público em erro sobre a natureza, o modo de fabricação, as caracte-

<sup>21</sup> Roger Le Moal, "Droit de Concurrence", Paris, 1979, p. 192.  
<sup>22</sup> J. V. Goytisolo, *Ideologia, Praxis y Mito de la Tecnocracia*, Madrid, 1975, p. 113.

<sup>23</sup> Alpa e outros ob. cit., p. 187; Trocker, ob. cit., p. 462; F. Sgubbi, ob. cit., *passim*; Ghidini, ob. cit., p. 202; Roger Le Moal, ob. cit., p. 193; Santagata, ob. cit., p. 54; Dietrich Reimer, ob. cit., p. 105; M. Pinnaró, *Profili Soggettivi della Concorrenza Sleale*, Milão, 1976, p. 54, nota.

rísticas, a aptidão no emprego e a quantidade das mercadorias"<sup>24</sup> (grifo nosso).

## E — A LEGISLAÇÃO ATUAL E O INTERESSE DO CONSUMIDOR

A maioria das figuras penais contempladas no Código de Propriedade Industrial de 1945, em vigor quanto a concorrência desleal, protege além do *concorrente* a *massa consumidora*, pois se causa dano ou perigo ao empresário concorrente, fere, também, o interesse dos consumidores. São, sem dúvida, tipos penais pluriativos.

Destarte, com exceção dos delitos de aposição arbitrária do próprio nome em mercadoria de outro; suborno de emprego e de divulgação ou utilização de segredo de fábrica ou de negócio (incisos VI, IX, X, XI e XII, do art. 178, do Decreto-Lei n.º 7.903, de 1945) os demais incisos visam proteger a *empresa concorrente* e a *massa consumidora*, pois as condutas incriminadas a ambos fere, criando-lhes uma situação de perigo.

É o que se deflui dos tipos penais relativos à propaganda desleal; ao desvio de clientela; à falsa indicação de procedência do produto; ao uso indevido de termos retificativos; à falsa atribuição de distinção ou recompensa; à falsa utilização de recipiente ou invólucro de outro produto.

Duas questões, no entanto, devem ser enfrentadas: a natureza dos delitos, se de dano ou perigo, e a norma no seu todo, ou seja, vista também à luz das disposições de ordem processual, no que se refere à legitimação para agir, afrontando-se o problema de a quem deve caber o direito de acusar.

As figuras descritas nos incisos I, III, IV, V, VII e VIII, do art. 176 (Decreto-Lei n.º 7.903/45) constituem crimes de perigo, sendo de perigo abstrato, por conterem as condutas, por trazerem em si mesmas, segundo a experiência e a lógica, a potencialidade de lesar a massa de consumidores, bem como o concorrente. Apenas o delito delineado no inciso II, "prestar ou divulgar falsa informação acerca de concorrente *capaz de causar-lhe prejuízo*", faz referência à necessidade de que se corporifique um perigo concreto.

Há, de conseguinte, maior acento sobre o aspecto *da conduta* do que sobre o aspecto *resultado*, sendo, destarte, consentâneos os ilícitos penais com a lesividade ao interesse difuso dos consumidores.

Sgubbi considera que um tipo penal de mera conduta facilita a construção de uma "política criminal emancipada de uma visão individualístico-liberal",<sup>25</sup> o que parece ser condizente com a natureza da maioria das disposições penais da legislação brasileira.

<sup>24</sup> O Brasil não foi signatário da reunião de Lisboa. O dano ao consumidor está igualmente referido no art. 86 no Tratado da Comunidade Econômica Européia. A respeito, veja-se Piero Ziccardi, "La Libertà di concorrenza nel diritto della comunità europea", na coletânea *La Libertà di Concorrenza*, Milão, 1970, p. 28.

<sup>25</sup> F. Sgubbi, ob. cit., p. 594.

Esta configuração dos tipos penais como de perigo revela que a incriminação da concorrência desleal, enquanto proteção dos consumidores, não se confunde com o *crime de dano*, consistente na fraude no comércio (art. 175 do Código Penal), onde há *um sujeito individualizado, vítima do delito*.

A segunda questão a ser enfrentada diz respeito à legitimação para agir, sendo correta a observação de Ardigzone, no sentido de que "a exigência da queixa se liga também à valoração do conteúdo substancial do crime".<sup>26</sup>

Destarte, nos crimes em que se procede mediante queixa o interesse do particular ofendido sobressai.

Diante do conteúdo que se atribui à incriminação da concorrência desleal, como proteção da massa de consumidores, que soma à defesa do interesse dos concorrentes de que a liberdade de competir seja exercitada honestamente, não é possível a permanência da maioria dos delitos (incisos I, II, III, IV, V, VII, VIII, do art. 176, do Decreto-lei n.º 9.703) como sujeitos à queixa do ofendido.

Nos demais casos (VI e IX a XII) não só a configuração do tipo penal depende do "não consentimento" da não autorização do concorrente, como também há valores em jogo, podendo ser manifestamente prejudicial ao empresário concorrente tornar pelo processo mais público o segredo divulgado ou a quebra do dever do empregado, no caso de suborno.

Não se vislumbra, ademais, possível lesividade à massa dos consumidores nas figuras ora mencionadas.

Por derradeiro é mister fixar a quem cabe o direito de agir, especialmente, diante da experiência alemã.

A lei alemã de 1965 atribui a legitimação para agir (no campo civil) não só ao concorrente mas também às *associações dos consumidores*, entendendo que a entrega do poder de atuar ao particular poderia tornar a promoção da responsabilidade aleatória.<sup>27</sup>

A associação deve, como requisito para a *legitimatio ad causam*, ter entre seus fins sociais a defesa do consumidor.

A experiência, no entanto, revelou que não "faltaram tentativas, da parte de empresários mais fortes, de submeter a ação judiciária das associações às próprias finalidades concorrenciais, bem como não faltaram tentativas de constituir "associações que não visam à proteção dos interesses dos consumidores". Por esta razão, Trocker entende que os interesses supra-individuais devam ser defendidos também pelo indivíduo.<sup>28</sup>

Uma visão realista não pode deixar de notar o frágil poder dos consumidores, mesmo porque o interesse ferido diz respeito a necessidades passageiras, de pequeno valor econômico, quando refe-

ridas a cada um dos compradores, sendo difícil, portanto, a coesão dos mesmos para enfrentar uma luta judiciária.<sup>29</sup>

Desse modo, a conclusão não pode ser senão a que de certo modo já estava, curiosamente, estampada no Decreto n.º 24.503, de 1934, pois os crimes de concorrência desleal, descritos nos incisos I, II, III, IV, V, VII e VIII, do art. 176, do Decreto-Lei n.º 9.703/45, devem ser de *ação pública*, podendo dar a *notícia-crime* tanto o concorrente prejudicado, como as *associações de defesa do consumidor*<sup>30</sup> ou o particular, cumprindo ao Ministério Público analisar, posteriormente, do legítimo interesse para a propositura da ação penal.

É evidente que esta perspectiva publicista da concorrência desleal, já presente na Lei n.º 4.137/62, que reprime o abuso de poder econômico, exige uma mudança de mentalidade.

É preciso conscientizar-se que a honesta e leal concorrência não atende aos interesses recíprocos dos concorrentes, mas é indispensável à proteção dos consumidores.

Só a prática e a participação democrática facilitarão a tomada de consciência por parte da sociedade acerca de seus direitos.

<sup>29</sup> Santagata, ob. cit., p. 197.

<sup>30</sup> Sobre a defesa dos interesses difusos, veja-se recente trabalho de Barbosa Moreira, "A legislação para defesa dos interesses difusos no direito brasileiro", in *Revista Forense*, n.º 276, p. 1 e segs.

<sup>26</sup> S. Ardigzone, *I Delitti di Esercizio Arbitrario delle Proprie Ragioni*, Milão, 1975, p. 202.

<sup>27</sup> Trocker, ob. cit., p. 463.

<sup>28</sup> Trocker, ob. cit., p. 486.

# BRASIL — UM PAÍS INVADIDO PELA VIOLÊNCIA, PELA IMPUNIDADE E PELOS ABUSOS DO PODER ECONÔMICO<sup>1</sup>

Virgílio Luiz Donnici

SUMÁRIO: I. Uma introdução à violência no Brasil. II. Os índices criminais no Rio de Janeiro e São Paulo no ano de 1950. III. A violência dos homicídios dolosos nos anos 70 na cidade do Rio de Janeiro. IV. A violência dos homicídios dolosos, os furtos e roubos, nos anos 1980/1981 na cidade do Rio de Janeiro e na Área Metropolitana do Estado do Rio de Janeiro. V. A violência na cidade de São Paulo e na Grande São Paulo. VI. Conclusões sobre a violência no Rio e São Paulo. VII. A violência dos abusos do poder econômico. VIII. Conclusões.

## I. UMA INTRODUÇÃO À VIOLÊNCIA NO BRASIL

“É bom lembrar que esta Cidade não é uma selva, porque na selva o otimismo milenar criou regras de comportamento. O mais forte devora o mais fraco dentro de um equilíbrio ecológico e natural. Na megalópole sem respeito pelo humano, como o Rio, a situação é muito pior. Aqui não há regra ou lei, a não ser a da cobiça, que contamina e explode na noite escura em orgias de sangue, rito e celebração de um tempo de assassinatos”. (Informe — JB — *Journal do Brasil*, de 25 de julho de 1982.)

Esta é a situação em que vive a cidade do Rio de Janeiro, o mesmo acontecendo com a cidade de São Paulo, em outras cidades do Brasil e em todo o interior.

A violência no Brasil, hoje, em 1982, é um fato corriqueiro, banal, diário, onde a característica é a impunidade, iniciada em 1500, fazendo-nos ter uma história de repressões sociais e econômicas desde o Brasil-Colônia, existindo opressores e oprimidos, onde a insegurança torna a vida insuportável, com uma terrível injustiça social e uma inflação que faz o povo perder a alegria, a afetividade e a solidariedade humana.

<sup>1</sup> Virgílio Luiz Donnici, “A política da repressão e a crise do sistema policial. A polícia como função social, como instituição social e como profissão”, p. 225 — Trabalho apresentado no Seminário “Criminalidade Violenta”, realizado pelo Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil, abril de 1980.

A indiferença afetiva de governantes e governados traz-nos uma crescente taxa de crimes cometidos por menores de 18 anos, num país que possuindo 110 milhões de habitantes, tem 50 milhões com menos de 20 anos de idade.

A miséria e a pobreza causam desvios de comportamento e aqui surge uma crescente criminalidade aquisitiva, violenta e assustadora, com uma enorme taxa de crimes contra o patrimônio (furtos e roubos), cujos autores superlotam as prisões brasileiras, anotando-se que os seus ocupantes são produtos de uma inadaptação social e econômica, que na linguagem comum significa a classe baixa, os pobres, os abandonados da sorte, os abandonados da vida, os sem-nomes, os párias da sociedade brasileira injusta e desigual, sociedade falida que precisa ser mudada na sua estrutura social, de maneira funda e total, com uma melhor distribuição de riquezas, sob pena de nos tornarmos um Brasil de assassinos, todos armados, à procura de comida, à procura de paz, à procura de tranqüilidade, que não pode ser resolvida pela violência policial, como se o problema da criminalidade crescente no Brasil fosse um problema da polícia, de matar para eliminar aqueles que incomodam, mas que na verdade o Estado não lhes dá condições mínimas para sobreviver.

A linguagem aqui empregada parece ter um fundo demagógico, sensacionalista, inquietador, subversivo, demolicor, mas os próprios números oficiais, de origem policial, mostram a verdade dos fatos, autorizando-nos a previsão de uma criminalidade cada vez maior até o ano 2000, em função de uma enorme quantidade de milhões de pessoas com menos de 20 anos de idade, muitos sem oportunidade, o que os tornará, sem dúvida alguma, como pretendentes a uma alimentação razoável, e com o chamamento elitista da televisão, com as mulheres e o sexo entrando pelas casas humildes e pelos barracos infectos, os tornará, candidatos, autores e participantes de uma sociedade cada vez mais desigual e violenta.

A toda essa violência, no que o Sexto Congresso das Nações Unidas sobre Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente (Caracas, Venezuela, setembro de 1980) discutiu sob o título: “Delito e abuso do Poder: delitos e delinqüentes fora do alcance da lei”, bem como o que recomendou o “Comitê de Ministros dos Estados” Membros do Conselho da Europa sobre a Criminalidade dos Negócios em Strasbourg, 25 de junho de 1981, ambas as reuniões alertaram o mundo sobre a necessidade de melhorar as condições sociais, elevando o nível de qualidade da vida, adaptando a Justiça Penal às novas formas de criminalidade e às formas nocivas do abuso do poder econômico e político, cuja característica é também a impunidade.

Quando em 1971 lancei, na Ordem dos Advogados do Brasil, o meu Plano Nacional de Pesquisas sobre a Administração da Justiça Criminal (sistemas policial, judicial e penitenciário), plano de estudos que teve enorme receptividade em toda a imprensa, mas um enorme desinteresse dos governantes, pela razão de que o plano



significava uma tomada de posição contra o arbítrio e o terror existentes na época, com um planejamento social para uma política criminal, o Rio de Janeiro apresentava uma população de 4.252.009 habitantes, com uma taxa de 623 homicídios dolosos, 1.741 homicídios culposos (automóveis), 2.990 mortes sem qualificação jurídica, tudo perfazendo um total de 6.461 necropsias.

Era o início da escalada da violência que caracterizou toda a década nos anos 70, devendo eu afirmar que o meu Plano era um aviso, uma previsão para a criminalidade que crescia e que veio explodir e vai continuar explodindo na década dos anos 80, no que é confirmado pelas estatísticas policiais de hoje e magnificamente expresso num trabalho de Matheus Schnaider, Presidente do Clube de Engenharia, Rio de Janeiro, sob o título "Reinado do Crime" (Jornal do Brasil, 29 de julho de 1982), quando afirmou: "O problema da segurança está se transformando numa simples questão de vida ou morte para a população do Rio de Janeiro, pois também é aquele que mais preocupa os cidadãos brasileiros residentes nas grandes concentrações urbanas."<sup>2</sup>

E Matheus Schnaider ainda arremata, com uma realidade bem crua mas equivocada, não conseguindo, e nem jamais conseguirá, sensibilizar os donos do poder: "Em paralelo, a vizinhança entre as favelas e os bairros mais ricos e luxuosos da cidade gera também, no dia-a-dia, uma seqüência de roubos e latrocínios, muitas vezes com o adicional do estupro ou das lesões físicas, que os jornais estão fartos de relatar, valendo ressaltar que aquilo que vem publicado pela imprensa corresponde a uma fração bem pequena da realidade. Assaltos incessantes a residências, sejam casas ou apartamentos, roubos em plena via pública, muitas vezes à luz do dia, em lugares movimentados, com as vítimas desprotegidas, enfim, assaltos coletivos feitos a passageiros dos ônibus."

Não é a criminalidade um problema social como diz o articulista, devendo-se fazer uma indagação, como recomenda Manuel Lopez-Rey, eminente criminólogo e Chefe da Seção da Defesa Social das Nações Unidas no período 1945-1970: "Existe uma diferenciação entre criminalidade como fenômeno sócio-político e criminalidade como fenômeno social?"<sup>3</sup>

E Lopez-Rey mostra a diferenciação perfeita entre uma e outra, quando afirma: "Construir a criminalidade como um fenômeno social corresponde à índole dependente da Criminologia, que, semelhante ao Direito Penal, facilita a manutenção dos sistemas sociais injustos."<sup>4</sup>

E a causa está apontada e bem esclarecida pelo Eminente Mestre Lopez-Rey: "Contrariamente ao que se crê, todo criminoso atua, conscientemente ou não, sócio-politicamente. Assim, os que, habitando

<sup>2</sup> Matheus Schnaider, "Reinado do crime" (Jornal do Brasil, 29.7.82).

<sup>3</sup> Manuel Lopez-Rey, *Criminologia — Criminalidade e Planificação da Política Criminal*, Aguilar Ediciones, Madrid, 1978, p. 28.

<sup>4</sup> Obra acima, p. 26.

em ranchitos e favelas das grandes Cidades se dedicam mais ou menos habitualmente a cometer uma série de delitos, põem uma atitude de protesto ou rebeldia sócio-politicamente inspirada ou enraizada. Essa atitude é ignorada ou deformada por razões de classe, ou, profissionalmente, por psicólogos ou psiquiatras para os quais o caso individual-clínico é, com freqüência, o mais importante. Menos equívocos são os trabalhadores sociais. No entanto, ditos delinquentes são qualificados de anti-sociais e contra eles se organizam as proclâmadas lutas contra o delito, que, bem entendido, têm um escasso resultado quanto à diminuição da criminalidade. O sócio-político acha-se bem cimentado também, embora numa modalidade diferente, com o prevaricador, o corruptor de políticos e funcionários, o industrial e o financista que igualmente se servem da corrupção, as grandes empresas multinacionais que conjugam a penetração política ou submissão política e econômica com a subordinação ou intervenção política, em formas mais ou menos larvadas, etc. Os exemplos podem multiplicar-se; porém, curiosamente, não se tem aprofundado ainda o necessário para mostrar o substrato sócio-político que tem a maior parte das modalidades da criminalidade. Ela se reconhece no terrorismo, no bandleirismo aéreo e outras formas conexas, porém não no que eu chamo criminalidade convencional. Mas em concreto, pode-se afirmar que em todas as manifestações da criminalidade convencional, de uma forma ou de outra e com diferente profundidade, o poder, o desenvolvimento, a desigualdade, a condição humana e o sistema penal (policia, justiça e prisões) se acham sempre presentes.

Com o crescimento das taxas de criminalidade no Brasil, espelhando-se com as estatísticas policiais, as únicas existentes no Brasil, à exceção da Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados (SEADE) de São Paulo, podemos ver a evolução da criminalidade no Brasil, onde jamais entra a classe dos cavalheiros, dos barões, dos empresários, das corporações financeiras, das empresas, a chamada criminalidade *White-Collar Crime* (Criminalidade do colarinho branco), apesar de uma legislação dentro e fora do Código Penal, no chamado direito penal fiscal, cuja aplicação constitui ficção jurídica.

As pessoas ricas, dotadas de poder econômico ou político, raramente são processadas, devido à própria estrutura do poder existente no Brasil, devido ao Direito Penal burguês aplicado tão-somente contra a classe pobre.

O que existiu sempre no Brasil, e continuará sendo, é a criminalidade juvenil, já assinalada por Evaristo de Moraes em 1916, no seu livro "Criminalidade da Infância e da Adolescência",<sup>5</sup> quando afirmou que o fenômeno da delinqüência juvenil alarmava a sociedade pelo número de prisões, bem como pela torpeza, a infâmia e a crueldade reveladas nos fatos cometidos. O mesmo fenômeno de patologia social, denominação de Evaristo de Moraes, ainda é o

<sup>5</sup> Evaristo de Moraes, *Criminalidade da Infância e da Adolescência*, Livraria Francisco Alves, 2.ª edição, 1927, Rio.

mesmo na sociedade atual (1982), onde a faixa etária da criminalidade juvenil está agora entre os 12 e os 18 anos.

O que também assusta realmente, é a criminalidade chamada tradicional, num crescente aumento dos crimes contra o patrimônio, cujos autores superlotam os cárceres, tudo acrescido de uma violência oficial da polícia brasileira, destacando-se os policiais militares pelos inúmeros homicídios, praticados, segundo eles, no cumprimento do dever legal de repressão ao crime.

A sociedade brasileira está atravessando um período crítico, uma crise sócio-política, refletindo-se em todos os setores, especialmente no campo da reação social.

## II. OS ÍNDICES CRIMINAIS NO RIO DE JANEIRO E SÃO PAULO NO ANO DE 1950

Em 1950, a cidade do Rio de Janeiro tinha uma população de 2.377.451 habitantes e uma população carcerária de 1.818 reclusos, assim distribuídos pelos crimes cometidos:

HOMICÍDIOS DOLOSOS	124
LESÕES CORPORAIS DOLOSAS	187
FURTOS	439
ROUBO	87
LATROCÍNIOS	2
ESTELIONATO	62
OUTROS CRIMES	238
CONTRAVENÇÕES	567

Em 1950, o Estado de São Paulo tinha uma população de 9 milhões de habitantes e uma população carcerária de 2.436 reclusos, assim distribuídos pelos crimes cometidos:

HOMICÍDIOS DOLOSOS	516
TENTATIVAS DE HOMICÍDIO	129
LESÕES CORPORAIS	296
FURTO E ROUBO	1.294
COSTUMES	168
CONTRAVENÇÕES	33

O Estado do Rio Grande do Sul, em 1950, era o que apresentava o maior índice de violência, pois tinha uma população carcerária de 2.135 reclusos, assim distribuídos pelos crimes cometidos:

HOMICÍDIOS DOLOSOS	428
TENTATIVA DE HOMICÍDIOS	28
LESÕES CORPORAIS	299
FURTOS E ROUBOS	1.148
COSTUMES	212
CONTRAVENÇÕES	20

Os dados foram o resultado do melhor trabalho criminológico já realizado no Brasil por ocasião do Seminário Latino-Americano de Prevenção do Delito e Tratamento do Delinqüente, pela equipe do falecido Procurador da Justiça, Dr. César Salgado.<sup>6</sup>

## III. A VIOLÊNCIA DOS HOMICÍDIOS DOLOSOS NOS ANOS 70 NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO

A escalada da violência no Rio de Janeiro começou realmente em 1970, ano que se caracterizou pelo seqüestro dos advogados Heleno Fragozo, George Tavares e Augusto Sussekind de Moraes Rego, não se podendo esclarecer a prisão do Advogado e Professor Evaristo de Moraes Filho e a de Antonio Evaristo de Moraes Filho, também em 1970.

Começava então uma criminalidade aquisitiva violenta, o que caracterizou todo o período de 1970 a 1979.

Quanto aos homicídios dolosos, o crescimento foi paulatino e crescente:

ANOS	HOMICÍDIOS		MORTES		NECROPSIAS
	DOLOSOS	SUSPEITAS	DOLOSOS	SUSPEITAS	
1970	664	878	5.995	—	
1971	623	629	6.461	—	
1972	637	—	—	—	
1973	837	—	—	—	
1974	1.345	502	8.637	—	
1975	986	—	—	—	
1976	1.066	1.047	12.130	—	
1977	1.036	1.664	8.971	—	
1978	1.514	—	—	—	
1979	1.211	—	—	—	

## IV. A VIOLÊNCIA DOS HOMICÍDIOS DOLOSOS, OS FURTOS E ROUBOS NOS ANOS 1980/1981 NA CIDADE DO RIO DE JANEIRO E NA ÁREA METROPOLITANA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

Ao entrarmos no período 1980/81, é que verificamos a violência existente na cidade do Rio de Janeiro e na chamada área integrada (Mangaratiba, Itaguaí, Paracambi, Nova Iguaçu, Mesquita, Belford Roxo, Queimados, Comendador Soares, Nilópolis, Duque de Caxias, Campos Elísios, Xerém, Embaré, Vilar dos Telles, Petrópolis, Mage,

<sup>6</sup> "Manifestações predominantes da criminalidade no Brasil", trabalho apresentado em 1953, pela equipe do Dr. César Salgado, publicado nos *Anais da VI Reunião Penitenciária Brasileira* (São Paulo, 1957), promovida pela Associação Brasileira de Prisões, Edição da Secretaria de Segurança de São Paulo (1961).

Ribeira, Iapora, São Gonçalo, Neves, Alcântara, Niterói, Santa Rosa, Fonseca, Jurujuaba, Barreto e Maricá), numa estatística apresentada pela Divisão de Planejamento e Operações do Departamento de Polícia Metropolitana (DPM) da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro.

Façamos agora uma comparação entre os índices da criminalidade anotada e registrada pelo Departamento de Polícia Metropolitana do Departamento Geral de Polícia Civil da Secretaria de Segurança Pública do Estado do Rio de Janeiro, com as distribuições judiciais da Corregedoria da Justiça da Cidade do Rio de Janeiro onde não estão incluídos os Juizados de Bangu, Santa Cruz e Campo Grande.

Na comparação dos números, ver-se-á a enorme quantidade de processos não submetidos à apreciação judicial:

ANOS	REGISTRO DE CRIMES		DISTRIB. A JUSTIÇA		NÃO DISTRIBUÍDOS	
	CRIMES	DISTRIB. A JUSTIÇA	CRIMES	DISTRIB. A JUSTIÇA	CRIMES	DISTRIB. A JUSTIÇA
1978	87.987	21.123	87.987	21.123	66.664	
1979	93.056	18.991	93.056	18.991	74.065	
1980	98.136	19.538	98.136	19.538	78.598	

Observamos agora a grande criminalidade no Rio de Janeiro, em dados policiais, no período 1978/1980:

Examinando-se as estatísticas policiais (1978/1979/1980), verifica-se que a área mais violenta do Rio de Janeiro é o bairro de Bangu, na parte referente aos crimes contra a pessoa. Seguem-se os bairros de Bonsucesso, Santa Cruz, Honório Gurgel, Jacarepaguá, ou seja, a Zona Norte. Já os crimes contra o patrimônio, as áreas de maior índice criminal são Leblon, Copacabana, Botafogo e Tijuca.

Na área metropolitana, excluindo-se o Rio de Janeiro, as taxas de crimes dolosos contra as pessoas são muito altas:

	1978	1979	1980	1981
HOMICÍDIO DOLOSO	874	1.064	1.368	1.308
HOMICÍDIO TENTADO	253	235	893	258
LESÃO CORPORAL DOLOSA	5.736	6.245	8.029	8.932
TOTAL	6.863	7.544	10.290	10.498

Se examinarmos os índices criminais da cidade do Rio de Janeiro, no que se refere aos crimes dolosos contra a vida, nota-se um aumento crescente da violência, seja nos homicídios dolosos e tentados, como na lesão corporal dolosa.

DPM/DPO/SEÇÃO DE ESTATÍSTICA  
INCIDÊNCIA CRIMINAL  
COMPARATIVO 1980 E 1981

REGIAO METROPOLITANA		AREA INTEGRADA		RIO DE JANEIRO		INFRAÇÕES	
	%		%		%		%
HOMICÍDIO	2.826	1.368	1.308	20.751	1.458	1.281	1.458
FURTO	28.564	7.930	7.930	20.634	1.281	1.281	1.281
FURTO DE AUTO	6.431	1.142	1.326	5.405	5.405	5.405	5.405
ROUBO	17.483	5.552	5.463	12.020	13.959	12.020	13.959
ROUBO DE AUTO	8.057	1.221	1.442	6.836	7.932	6.836	7.932
TOTAL PARCIAL	128.587	38.244	38.244	90.960	92.683	90.960	92.683
TOTAL GERAL	134.965	40.047	36.829	98.909	98.136	98.909	98.136

	1978	1979	1980	1981
HOMICÍDIO DOLOSO	—	928	1.211	1.456
HOMICÍDIO TENTADO	—	305	339	463
LESÃO CORP. DOLOSA	—	10.603	11.552	14.218
TOTAL	=	11.836	13.103	16.696

Vê-se, portanto, que a imagem do brasileiro cordial não pode ser aceita normalmente, pois os números da violência expressam, ano a ano, um aumento cada vez maior, isto sem falar na cifra negra, ou seja, das infrações criminais não registradas na polícia.

#### V. A VIOLÊNCIA NA CIDADE DE SÃO PAULO E NA GRANDE SÃO PAULO NO PERÍODO 1980/1981<sup>7</sup>

Os números da violência na cidade de São Paulo e na Grande São Paulo são também muito altos, sabendo-se que São Paulo tem hoje cerca de 9 milhões de habitantes, violência num nível imensamente inferior ao da cidade do Rio de Janeiro.

Os dados fornecidos pela SEADE — Fundação Sistema Estadual de Análise de Dados — mostram uma discrepância entre 1981, entre as ocorrências policiais registradas e o número de inquéritos instaurados, mas, de qualquer modo, o índice é também bem alto.

Em 1980 a SEADE ainda coletava os índices criminais de uma maneira incorreta do ponto de vista criminológico, pois anotava em conjunto, os crimes contra a pessoa, englobando acidentes de trânsito e outras infrações contra a pessoa, o mesmo acontecendo com o furto e o roubo, enquadrando-os sob a rubrica “crimes contra o patrimônio”.

ANO 1980		ACIDENTES CONTRA PESSOA	CONTRA PATRIMÔNIO
GRANDE SÃO PAULO	—	51.061	54.846
SÃO PAULO	—	38.370	40.068

Apesar da errada colocação criminológica, do ponto de vista da estatística criminal, já os dados sobre inquéritos policiais instaurados

<sup>7</sup> Números fornecidos pela Fundação e Sistema Estadual de Análise de Dados — SEADE, São Paulo.

em 1980, as infrações vieram especificadas, anotando-se 1.549 e 887 homicídios dolosos, respectivamente no ano de 1980, para a Grande São Paulo e para o Município de São Paulo.

Em 1981, a Grande São Paulo e o Município de São Paulo acusaram, respectivamente 1.710 e 901 inquéritos policiais de homicídios dolosos.

Em 1980 a taxa de homicídios tentados, ainda no que se refere aos inquéritos policiais instaurados, atinge a taxa de 655 para a Grande São Paulo e 437 para o Município de São Paulo. Em 1981, as taxas de homicídios tentados foram de 669 para a Grande São Paulo e 410 para o Município.

Vê-se, portanto, que a cidade do Rio de Janeiro e a área integrada, que constituem a chamada Área Metropolitana, são superiores em violência ao Município de São Paulo e à Grande São Paulo.

#### VI. CONCLUSÕES SOBRE A VIOLÊNCIA NO RIO E EM SÃO PAULO

Os números apresentados sobre a criminalidade no Rio e em São Paulo, tanto nos municípios, como nas áreas integradas, estão a demonstrar que vivemos uma era de inquietações e de inseguranças, com os órgãos encarregados da prevenção e repressão totalmente despreparados em planos e estatísticas criminais, fazendo das nossas maiores cidades ou se quisermos chamar as áreas urbanas inchadas do ponto de vista demográfico, higiene, direitos humanos e toda uma gama completa para um bem-estar social relativo pelo menos uma completa confusão, sem uma adequação ou um princípio de planejamento social, com vistas a uma política criminal, que é a arte de conter a criminalidade.

Aumentando dia a dia a inflação e o desemprego, aumentando dia a dia a insegurança do povo, terá que surgir a reação repressiva da própria polícia, terão que surgir cada vez mais os “esquadrões da morte”, terão que aumentar os linchamentos, terá que aumentar a indiferença afetiva, com todos se armando e procurando se proteger, do pobre ao rico, do rico ao pobre.

Tinha eu inteira razão quando lancei em 1971 o meu Plano Nacional de Pesquisas sobre a Administração da Justiça Criminal (sistemas policial, judicial e penitenciário), tinha e tenho inteira razão — e não perdi a fé — em continuar batalhando, combatendo o bom combate, para abrir os olhos dos donos do poder para a violência que aumenta dia a dia, fazendo-a um fato banal, mas de consequências imprevisíveis no campo da tranquilidade social e no universo dos direitos humanos.

#### VII. OS ABUSOS DO PODER ECONÔMICO

O abuso do poder econômico constitui uma violência?

A violência desde o princípio do mundo sempre foi uma constante social, e após a Segunda Grande Guerra ela tem crescido em

todo o mundo, de maneira exaustiva e monótona, e aí estão os motivos raciais na África do Sul, as lutas de Israel e dos palestinos, as lutas da Irlanda do Norte, as matanças do colonialismo ligados aos interesses econômicos, os atos de terrorismo, os seqüestros políticos, os apoderamentos ilícitos de aeronaves, num sem-fim de atos violentos.

A violência é uma realidade sócio-política?

Existe uma definição correta de violência?

Devemos estudar a violência no enfoque sócio-político, no enfoque jurídico, ou em suma, qual a metodologia a ser empregada?

Um fato deve ficar bem assinalado: não será a Criminologia Tradicional a regra própria para o estudo dos abusos do poder econômico, com as violências decorrentes, aqui entrando o crime organizado, a máfia e a Cosa Nostra.

Existe a violência no campo político, como aquela que emana das instituições e o exemplo clássico repressivo e a reação social e econômica, ao mesmo tempo que existe a violência contra-institucional que são as manifestações públicas, o direito de reunião, as resoluções, os motins, o apoderamento de aviões e o terrorismo.

A violência nos campos político, econômico e cultural é matéria eminente ideológica, de fundo polêmico e pode ser colocada de maneira arbitrária se o estudioso não tiver os cuidados necessários, no campo metodológico e epistemológico, sendo claro que o político é ao mesmo tempo econômico e que o econômico é ao mesmo tempo cultural.

Na sociedade moderna o abuso do poder econômico é uma violência e só pode ser tratado no campo criminológico e no campo jurídico, um estudando e apresentando planos e pesquisas para um planejamento social ao lado da política criminal e outro aplicando as sanções penais e administrativas.

Quando se fala em abuso do poder econômico, entramos no campo da igualdade e da desigualdade, verificando-se que a estratificação social tem sido desde o princípio do mundo uma fonte de controvérsias, que tem gerado violência e até mesmo revoluções como a Revolução Francesa e a Revolução Russa.

Não se pode negar que os sistemas sociais são inevitavelmente divididos entre aqueles que trabalham e aqueles que ditam as regras, os donos do poder.

Através de toda a história, em todas as sociedades, aqueles que gozam de posições sociais pouco valorizadas rejeitam seus estados sociais inferiores, exigindo uma ordem social mais igualitária. Na sociedade moderna já caiu o privilégio da hereditariedade e todos lutam pela igualdade, entrando a violência pela falta de oportunidade e pela própria desigualdade social.

Daí entendermos que os abusos do poder econômico fazem parte da violência da moderna sociedade, abusos que vão crescendo assustadoramente, permitidos pelos poderes públicos.

Toda essa violência do abuso do poder econômico, e também do poder político, é uma questão de ideologia, bem expressa por Roberto

Lyra Filho: "As formações ideológicas estariam, assim, relacionadas com a divisão de classes, favorecendo uma (privilegiada) e se impondo à outra (espóliada na própria base da sua existência material). Tal dominação, evidentemente, não será eterna, pois as contradições da estrutura acabam rompendo a pirâmide do poder e, conscientizados, nisto, os que carregam o peso da opressão, abre-se o espaço à contestação da ideologia oficial."

Quando uma estrutura social não funciona normalmente, quando há um rompimento do consenso entre cidadãos, com uma constante infringência às normas de direito afetando o controle social, ocorre o fenômeno da desorganização social e "suas causas estão na pobreza, na delinqüência juvenil, na criminalidade, etc.", no dizer de Emílio Willens.<sup>8</sup>

Outros aspectos da desorganização social estão no conflito entre interesses e valores na sociedade, nas posições sociais impondo obrigações conflitantes (católico, democrata, etc.), na falta de comunicação entre pessoas no sistema social e na maneira de as pessoas adaptarem suas obrigações sociais às mudanças sociais, tudo concorrendo para a criminalidade,<sup>9</sup> aqui entrando a violência.

#### a. A teoria da associação diferencial de Edwin H. Sutherland

A teoria da associação diferencial, criada pelo professor Edwin H. Sutherland (1833-1950) da Indiana University, é importante na Criminologia Moderna, baseada na teoria da desorganização social: "A função social do crime é de mostrar as fraquezas da desorganização social. Ao mesmo tempo que a dor revela que o corpo vai mal, o crime revela um vício da estrutura social, sobretudo quando ele tende a predominar. O crime é um sintoma de desorganização social e pode sem dúvida ser reduzido em proporções consideráveis, simplesmente por uma reforma da estrutura social."

Ao explicar o comportamento criminal, Sutherland diz que: "A conduta criminal sistemática é consequência imediata da associação diferencial em uma determinada situação na qual existem conflitos culturais e, em última instância, uma desorganização social."

A teoria da associação diferencial na Criminologia é uma teoria sociológica do comportamento criminal, mediante um processo no qual o indivíduo se torna criminoso em contato com outras pessoas do mesmo meio, interpretando a lei de maneira favorável, não podendo ser comparado ao processo de imitação da teoria de Gabriel Tarde.<sup>10</sup>

<sup>8</sup> Emílio Willens, sociólogo e antropólogo brasileiro, que exerceu funções de professor da Escola de Sociologia e Política de São Paulo, a partir de 1940, com enorme número de artigos em revistas nacionais e estrangeiras, especialmente em organização social.

<sup>9</sup> Robert K. Merton, *Contemporary social problems*, fourth edition, (1976) by Harcourt Brace Jovanovich, Inc. A citação é do artigo de Merton sob o título "The sociology of social problems".

<sup>10</sup> Donald R. Cressey, *Princípios de Criminologia*, Edições Cuijas, Edwin H. Sutherland, 1966, Paris. É uma tradução do original americano de 1953.

princípios do processo pelo qual se desenvolve o comportamento criminoso são os mesmos do processo pelo qual se desenvolve o comportamento legal, sendo uma associação com pessoas que se empenham no comportamento criminoso sistemático, tudo num processo de aprendizagem (*learning process*) onde a conduta criminal é algo que se aprende.

No Brasil, poucos conhecem a obra de Sutherland, existindo uma única tradução brasileira datada de 1949, graças ao sociólogo Donald Pierson quando lecionava na Escola Livre de Sociologia e Política de São Paulo.<sup>11</sup>

A teoria da associação diferencial de Sutherland, embora com muitos seguidores nos Estados Unidos, mereceu de Marshall Clinard, Professor de Sociologia da Wisconsin University, o seguinte comentário: "Edwin H. Sutherland equipara-se a Lombroso como um dos criminólogos mais controversos. Começando em 1939, ele desenvolveu a importante teoria compreensiva sociológica de que o crime é aprendido como qualquer outro comportamento, através de um processo de associação diferencial com as normas criminais ou não criminais. As técnicas criminosas e as racionalizações, os impulsos e motivos envolvidos são aprendidos através da interação pessoal com grupos pessoais íntimos tais como *gangs* juvenis, grupos criminosos profissionais ou organizações comerciais. Qualquer sociedade complexa possui definições conflitantes sobre códigos legais, algumas das quais favorecem a violação do código, enquanto outras agem exatamente ao contrário. Se um indivíduo torna-se ou não criminoso depende do equilíbrio e da natureza dos seus contatos entre estes dois tipos de definição, ou, mais especificamente, da relativa frequência, duração, prioridade e intensidade de sua associação com os padrões criminosos ou anticriminosos. Esta teoria recebeu bastante apoio de um grande número de escritores, especialmente os estudos sobre o comportamento das *gangs* (turmas), da autoria de Thrasher, Short e Strodbeck, Miller e outros, e dos estudos sobre delinquência e ecologia realizados por Shaw e Mckay."<sup>12</sup>

b. *Os crimes de colarinho branco e os crimes das empresas, uma forma de violência*

Edwin Sutherland em 1949 publicou um trabalho sob o título "*White-Collar Crime*" talvez a sua maior contribuição,<sup>13</sup> onde demonstra que existe um equívoco em se afirmar que as classes pobres é que cometem uma maior proporção de crimes, conforme dizem as estatísticas oficiais.

<sup>11</sup> Edwin H. Sutherland, *Princípios de Criminologia*, Livraria Martins Editora, São Paulo, 1949, traduzido do original norte-americano *Principles of Criminology*, 3.ª edição (1939).

<sup>12</sup> Marshall B. Clinard, "Criminalidade", *Revista OAB* n.º 27, 1978, p. 858.

<sup>13</sup> Edwin H. Sutherland, *White-Collar Crime* (1949), Nova York, Holt, Rinehart Winston.

No Brasil esse tipo de comportamento criminoso tomou o nome de crime de colarinho branco, na França o nome de *delit de chevrier* (delito de cavalheiros) e *criminalité des affaires* (negócios como objeto de atos criminosos).

O "*White-Collar Crime*" é a criminalidade econômica, a criminalidade dos barões, dos cavalheiros, a criminalidade das empresas, as condutas fraudulentas, cuja característica fundamental é a impunidade devido ao forte poder social e econômico dos autores. Sutherland diz que o "*White-Collar Crime*" é um crime cometido por pessoas respeitáveis, por pessoas de alto nível social no curso de sua ocupação comercial ou industrial.

Dai Robert K. Merton afirmar que: "desde que se aclare o conceito de delito para relacioná-lo à violação da Lei penal, aplicando-o a ponto de acabar a delinquência das classes que usam colarinho branco, ou seja, na esfera dos negócios e das profissões liberais — violações que se refletem com menor frequência do que as violações da classe baixa — então a suposta associação entre baixa posição social e delito já não pode prevalecer".<sup>14</sup>

Nos Estados Unidos existe, atualmente, uma grande atividade no combate ao chamado "*corporate crime*", havendo inúmeras agências federais para tal, destacando-se as seguintes: Securities and Exchange Commission, Federal Trade Commission, Food and Administration, Environmental Protection Agency e outras, para o exame do comportamento ilegal de grandes corporações, com a aplicação de multas pesadíssimas além da atuação do Departamento de Justiça seguindo sentenças criminais condenatórias.

Marshall B. Clinard, talvez um dos primeiros sociólogos americanos a tratar do comportamento criminal das corporações (*corporate criminal behaviour*), diz que o crime cometido pelos "funcionários das empresas e as próprias empresas gozam de alto status social na sociedade e não se consideram, como não são considerados pela sociedade em geral, como criminosos".<sup>15</sup>

Nos Estados Unidos em torno dos crimes das empresas (*corporate crime*) e do crime de colarinho branco (*white-collar crime*) tem surgido uma enorme reação do público, especialmente na figura de Ralph Nader, que é chamado por Gilber Geis (Universidade de Califórnia — Irvine) de "*The Nader Phenomenon*", comparando-o a Sutherland: "Nenhuma discussão sobre o crime do colarinho branco (*White-collar crime*) pode ser completa se não for considerado o trabalho de Ralph Nader e seus associados".<sup>16</sup>

Sucedem-se os trabalhos e os autores entendem que o "*corporate crime*" é um tipo de "crime de organização" ocorrendo no contexto

<sup>14</sup> Robert K. Merton, *Sociologia (teoria e estrutura)*, Editora Mestre Jou, São Paulo, 1970, p. 159.

<sup>15</sup> Marshall B. Clinard, citado na nota 12. Com Richard Quinney talvez tenha sido um dos primeiros a tratar do tema, no livro *Criminal behavior systems: a typology* (1973, Nova York).

<sup>16</sup> Gilber Geis, "Avocational Crime", in *Handbook of Criminology*, Ed. by Daniel Glaser, 1974, p. 273.

de complexos e variados setores na relação entre conselhos de diretores, executivos, gerentes, nas corporações e suas subsidiárias, sendo de difícil apuração criminal e mais difícil ainda a pesquisa criminológica, pois isso significaria um exame da corporação, nos seus segredos e na estrutura funcional.<sup>17</sup>

Não é só porém nos Estados Unidos que se está cuidando da criminalidade de colarinho branco e dos crimes das empresas e foi Severin Carlos Versele (falecido em 1978) que lançou um magnífico trabalho no *European Consortium for Political Research* (1976), sob o título "*Les chiffres dorés de la delinquance*", onde afirmou: "*Notre propos est de souligner un des aspects de la crise actual du système pénal, que nous avons appelé 'chiffres dorés' de la criminalité, visant nocives qui semblent 'immunisées' par le pouvoir politique ou la puissance économique, fréquemment alliés à cet effet.*"<sup>18</sup>

Na Europa, por intermédio da Sociedade Internacional de Defesa Social (Milão), foi realizado, em outubro de 1977, o primeiro Simpósio sobre "A criminalidade dos negócios" (*criminalité d'affaires; economic crime*), onde foram discutidos os seguintes pontos: 1) a criminalidade dos negócios; 2) problemas de definição e perspectiva de pesquisas; 3) delitos financeiros nas organizações comerciais; condições, favorecimento, procedimentos penais e sanções; 4) os abusos dos financiamentos oficiais e situações semelhantes; aspectos do direito penal; 5) a evasão do imposto de renda; a importância penal de evasão do imposto de renda.

A violência dos abusos do poder econômico passaram a constituir preocupações das reuniões internacionais e o Quinto Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do crime e tratamento do criminoso (Genebra — 1975) discutiu o crime como negócio, o crime organizado, o crime financeiro e a corrupção, anotando-se que "as consequências econômicas e sociais do crime como negócio eram geralmente maiores que as consequências das formas tradicionais da violência interpessoal e dos crimes contra a propriedade, entre outras razões porque os crimes organizados e os crimes financeiros podiam levar também à violência interpessoal consistente no homicídio, atos de intimidação e atos criminosos similares".<sup>19</sup>

Vê-se portanto que o problema da criminalidade das empresas, os chamados crimes de colarinho branco, a criminalidade econômica, já está inquietando os meios científicos e criminológicos, cuja culminância foi atingida por ocasião do Sexto Congresso das Nações Unidas sobre "prevenção do crime e tratamento do criminoso" realizado em Caracas — Venezuela (agosto de 1980), onde o tema "Crime

<sup>17</sup> Marshall B. Clinard — "Corporate crime, issues in research", *Criminology*, vol. 16, August, 1978.

<sup>18</sup> Severin Carlo Versele, *European Consortium for Political Research* (Louvain, 8-13 avril 1976), "Atelier: Justice et Politique — Les chiffres dorés de la delinquance".

<sup>19</sup> Quinto Congresso das Nações Unidas (Genebra, 1975) sobre prevenção do crime e tratamento do delinqüente, p. 11.

e abuso de poder: crimes e criminosos fora do alcance da lei" foi sem dúvida um dos mais importantes.

### c. A ideologia dos abusos do poder econômico

A crescente criminalidade na sociedade moderna está ligada ao binômio desenvolvimento-mudança social, observando-se como fato censurado que o aparato da Administração da Justiça Criminal (sistemas policial, judicial e penitenciário) é dirigido exclusivamente para a criminalidade tradicional, deixando-se inteiramente no esquecimento a criminalidade econômica, o crime dos poderosos, das classes dominantes e ricas, a criminalidade das empresas.

Frank Pearce<sup>20</sup> no seu admirável livro "*Crimes of Powerful (Marxism, crime and deviance)*", após fazer uma análise num *ap-proach* marxista, da criminalidade das empresas americanas e o crime organizado (*ruling class and organized crime*) faz uma indagação curiosa: "O que aconteceria se os hábitos, problemas, segredos e motivações inconscientes dos ricos e poderosos fossem a cada hora examinados, analisados, citados, tabulados, e publicados...?"

É que Frank Pearce diz que "dentro da sociologia, e particularmente dentro da criminologia, virtualmente não existe nenhum estudo sério sobre a relação entre o Estado e seus agentes e as atividades da *ruling class*".

No seu livro, Frank Pearce teve a preocupação de mostrar que na sociedade americana, "somente compreendendo-se o desenvolvimento do monopólio capitalista dentro do contexto mundial, torna-se possível entender o desenvolvimento do *syndicated crime* na América e em outros países".

É verdade que nos Estados Unidos tal interpretação pode ser admitida, mas tal preocupação ainda não chegou ao Brasil, embora tenhamos um capitalismo selvagem e agressivo, com a violência dos abusos do poder econômico e a violência dos abusos do poder político, não existindo entre nós uma política nacional para a prevenção e a fiscalização de tais abusos, onde o direito seria o instrumento de fiscalização social, muito embora exista legislação adequada para tal.

Para compreender-se o significado do trabalho de Frank Pearce, temos que examinar a criminologia do *establishment*, preocupada com os prejuízos da sociedade burguesa e com a apresentação de estudos e trabalhos com os interesses das classes dominantes. Dai Jack Young, no prefácio, ter afirmado que "a obra de Frank Pearce é um marco na criação de uma criminologia marxista e uma nítida réplica àqueles socialistas que vêem o crime como um assunto marginal ou uma diferenciação dos interesses e da prática marxista".

Os crimes referentes ao abuso de poder econômico podem ser cometidos por pessoas físicas ou jurídicas, devendo-se assinalar a dificuldade da repressão aos crimes econômicos quando há intervenção

<sup>20</sup> Frank Pearce, *Crimes of powerful (Marxism, crime and deviance)* Pluto Press, Ltd., London, 1976.

de organizações comerciais, devido ao princípio da *societas delinquere non potest*, eis que os códigos penais centram a responsabilidade penal nas pessoas físicas.<sup>21</sup>

Seria o caso de serem elaboradas doutrinas de responsabilidade penal coletiva para os crimes econômicos cometidos por organizações ou indústrias?

Pessoalmente estou entre aqueles que pensam que a responsabilidade das empresas deve ser coletiva, com a responsabilidade penal de empresa, seja ela privada ou estatal, sem que com isso se exclua a responsabilidade particular de cada pessoa que tenha participado do crime econômico.

Outro aspecto a ser estudado seria o da inabilitação profissional do dirigente empresarial, caso ficasse constatado o crime econômico e as lesões dele decorrentes.

Impõe-se uma revisão nas sanções penais aos crimes econômicos, pois é pacífico que a justiça criminal sempre trata os seus autores com uma indulgência que não atinge os autores da chamada criminalidade tradicional, devendo-se incluir-se nas sanções uma exasperação das multas, de acordo com os prejuízos causados, muito embora elas possam ser absorvidas pelas empresas, e daí, um estudo cuidadoso para tal prática judicial.

Como o poder econômico está sempre muito vinculado ao poder político e social, seja diretamente ou de forma sutil, somente as reformas estruturais são capazes de impedir abusos do poder, reforma que seria colocada numa redistribuição de poder, no sentido de ser lograda mais igualmente na sociedade moderna.

Há sempre uma ligação entre o poder econômico e o poder público, pois em muitos casos os que têm poder econômico exercem também o poder público, entrando aqui o suborno e a corrupção, que prejudicam sensivelmente o processo de desenvolvimento social, sem falar nos famosos escândalos financeiros internacionais.

Por todas estas razões é que o Sexto Congresso das Nações Unidas (Caracas, agosto 1980) ao discutir o tema: "crime e abuso do poder: crimes e criminosos fora do alcance da lei", afirmou: "O fato de que tenha sido relacionado um tema potencialmente controverso como "crime e abuso do poder" para seu exame num Congresso Mundial sobre prevenção do crime constitui uma prova de que a situação está mudando. Até pouco tempo a atenção dos criminólogos, das autoridades nacionais e da comunidade internacional vinculada com a justiça penal que compartie suas propriedades, sempre se centrou na luta contra a criminalidade tradicional. Os intentos ocasionais de encerrar questões de interesses, como a corrupção, em particular no contexto do desenvolvimento, considerava-se como arriscado e com poucas probabilidades de resultados frutíferos. Alegava-se que graves violações dos direitos humanos, equivalentes ao genocídio em alguns países, eram assuntos internos dos países."<sup>22</sup>

<sup>21</sup> John Braithwaite, *Inequality, Crime and Public Policy*, Londres, 1979.

<sup>22</sup> Sexto Congresso das Nações Unidas sobre prevenção do crime e tratamento do delinqüente (Caracas, setembro, 1980).

Ao assinalar que a violência dos abusos do poder econômico e do poder político ultrapassam as fronteiras nacionais, a Organização das Nações Unidas teve a preocupação de propor estratégias políticas apropriadas de prevenção, eis que, situando-se no campo dos direitos humanos com as violações notórias desses direitos, quer impedir que grandes grupos de cidadãos sejam vítimas desse tipo de crimes, onde quase sempre resulta praticamente impossível determinar o dano sofrido por cada indivíduo.

São os crimes de suborno e corrupção, a fraude fiscal, as malversações de dinheiros públicos e privados, a especulação de terras, a poluição do meio ambiente, as violações das leis trabalhistas, a fixação de preços excessivos, os monopólios e os trusts, a fuga ilícita de capitais, as vendas fraudulentas, os alimentos adulterados, os medicamentos perigosos, etc., no plano nacional como no internacional e "a única que seja a redistribuição do poder é o aumento da responsabilidade do poder para garantir um maior grau de equidade".<sup>23</sup>

#### d. A legislação brasileira sobre os abusos do poder econômico

O Brasil está preparado para coibir os abusos do poder econômico dentro do campo jurídico?

A legislação penal sobre os abusos do poder econômico estão contidas no Código Penal (1940) e numa legislação esparsa.

No que se refere à criminalidade econômica das sociedades anônimas, o Código Penal trata expressamente no capítulo do estelionato e outras fraudes, sob a rubrica "fraudes e abusos na fundação ou administração de sociedades por ações", onde é tratada a fraude na constituição de sociedades por ações, a fraude acerca das condições econômicas de sociedades por ações, a falsa cotação de ações ou de títulos da sociedade, o empréstimo de bens ou haveres da sociedade, sem prévia autorização da assembleia geral, a compra e venda ilegal de ações emitidas pela sociedade, o penhor ou caução de ações da sociedade, a distribuição de bens ou dividendos fictícios, a aprovação fraudulenta de conta ou parecer, as fraudes e abusos praticados pelo liquidante, as fraudes e abusos do representante de sociedade anônima estrangeira e a negociação de voto nas deliberações da assembleia geral, tendo conjugado com a Lei n.º 6.404 de 15 de dezembro de 1976 (Lei das Sociedades Anônimas).

Outras leis existem sobre os abusos do poder econômico:

1. Lei n.º 4.137 de 10 de setembro de 1962, que regula a repressão ao abuso do poder econômico. É uma lei não penal, cuja sanção administrativa poderá atingir o máximo de 10.000 o maior salário mínimo do país.
2. Lei n.º 4.595 de 31 de dezembro de 1964, que dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, com a criação do Conselho Monetário.

<sup>23</sup> Trabalho acima, nota 22.



3. Lei n.º 4.728 de 14 de julho de 1965, que disciplina o mercado de capitais e estabelece medidas para o seu desenvolvimento.
4. Código de Propriedade Industrial (1945).
5. Lei n.º 4.729 de 14 de julho de 1965, que define o crime de sonegação fiscal.
6. Código Penal (1940) no capítulo referente à organização do trabalho (arts. 197 a 207).

O direito penal econômico no Brasil, como se vê, é tratado basicamente pelo Código Penal e algumas leis esparsas, mas se pode afirmar taxativamente que não existem processos judiciais contra os abusos da ordem econômica, o que está a merecer um sério estudo criminológico sobre as estruturas do poder e a criminalidade econômica que existe, evidentemente, mas que consta da cifra negra, a chamada criminalidade não conhecida, existindo, sim, processo de estelionato em relação aos cheques sem suficiente provisão de fundos. Esta é a triste realidade brasileira, onde funciona a impunidade no campo dos abusos do poder econômico.

### VIII. CONCLUSÕES

De todo o exposto, sem enfatizar o velho tema da insegurança pública, mas mostrando os números da violência no Rio e São Paulo, números sempre num crescendo assustador, ao lado da impunidade para os abusos do poder econômico, com a omissão dos encarregados da repressão aos infratores da legislação econômica, resta um saldo desalentador, tanto no presente como no futuro.

Quanto à chamada criminalidade tradicional ou convencional, quanto à ausência cada vez maior de uma justiça social, de uma melhor distribuição de riquezas, urgem providências para um Plano Nacional de Defesa Social, prioritário, tão ou mais importante que a recessão econômica ou a inflação angustiante.

Quanto aos abusos do poder econômico, não existe nenhuma necessidade para o Brasil de novas leis penais, não tão-somente a aplicação das mesmas por pessoal especializado, com uma justiça especializada aguardando que as leis sejam cumpridas.

A solução imediata, porém, no Brasil, fora da legislação penal, que não é aplicada, está na solução legal da AÇÃO POPULAR, instrumento judicial forte e poderoso para os abusos do poder econômico, bastando que a opinião pública e o povo saibam que ela não é onerosa, que as custas judiciais são pagas no final da demanda popular, tudo assegurado pelo art. 153 da Constituição Federal, § 31, que assim determina:

*Art. 153* "A Constituição assegura aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no país a inviabilidade dos direitos concernentes à vida, à liberdade, à segurança e à propriedade nos termos seguintes."

§ 31 "Qualquer cidadão será parte legítima para propor ação popular que vise anular atos lesivos ao patrimônio das entidades públicas."

O dispositivo constitucional está bem na Lei n.º 4.717 de 29 de junho de 1965, que regula a ação popular, pelo qual, qualquer cidadão, cuja cidadania é o Título Eleitoral, é parte legítima para pleitear a anulação ou a declaração de nulidade de atos lesivos ao patrimônio da União, seja entidade autárquica ou econômica mista, considerando-se patrimônio público os bens e direitos de valor econômico, artístico, estético ou histórico.<sup>24</sup>

A gama de direitos que o cidadão brasileiro tem, por imperativo constitucional, é sem dúvida, hoje, o maior e o melhor instrumento jurídico cujo objeto é restabelecer a moralidade da Administração, o cumprimento da lei, como princípio essencial do Moderno Estado de Direito.

<sup>24</sup> José Afonso da Silva — "Ação popular", verbete da *Enciclopédia Saraiva de Direito*.

## DIREITO PENAL ECONÔMICO

João Mestieri

1. O Direito Econômico conheceu desenvolvimento sem precedentes, máximo nos últimos anos. Superada a bizantina discussão sobre a sua individualidade e autonomia, parece que as autoridades estão de acordo sobre o fato de ele se expressar em uma zona intermediária entre o direito público e o privado, porque abrangente de regras jurídicas de direito civil e comercial, assim como de direito administrativo, tributário e penal; porém tal diversidade não impede que o assim chamado direito econômico presente, a garantir-lhe a individualidade, um sentido unitário tripartido: de espírito, de objeto e de método. (O. Gomes — A. Varela, *Direito Econômico*, p. 4 e 5 S. Paulo, 1977.)

Nada obstante o sentido da unidade direito econômico parece mesmo estar garantido pelo trinômio: espírito (finalidade técnica), objeto e método, no submeter a um raciocínio jurídico comum regras do direito privado e do público, seu alcance prático apenas pode ser compreendido pelo estudo do conteúdo ideológico, permeando toda a construção do direito econômico: o *dado político*.

Tal aspecto é da maior relevância na compreensão desse segmento do direito, de vez que vem a ser o canal de expressão do direito econômico, caracterizando toda a elaboração legislativa neste campo. Exame digressivo das estratégias da teoria do direito nos anos sessenta demonstra que nos países desenvolvidos o câmbio qualitativo operado no tratamento dispensado à regra jurídica, teve na legislação econômica seu veículo natural de expressão. A regra de direito, antes estudada como uma abstrata realidade do mundo fenomênico, voltada para a consecução do ideal da justiça e do bem comum, passa a ser considerada prevalentemente como um dado instrumental, essencialmente técnico e medial, a serviço da implementação de alguma política ou estratégia do sistema. Assim, do raciocínio pelo qual a regra jurídica não faria mais que captar e corroborear uma realidade do mundo fático, passa-se a moldar-se novos hábitos sociais e econômicos, pela criação de regras jurídicas de conteúdo essencialmente técnico e instrumental. A legislação econômica brasileira posterior a 1964 é exemplo vivo de tal tendência baseada, inquestionavelmente, nas idéias e modelos, então em voga nos E.E.U.U., do "direito e do desenvolvimento".

O estudo crítico das distorções e absurdos dessa tendência legislativa, bem como da imposição em forma de "kit" ou "pacote", de um sistema em muitos pontos divorciado de nossa realidade sócio-econômica não cabe nos modestos limites da presente comunicação, além de haver sido objeto de vários trabalhos nacionais e estrangeiros. Contudo, é de se consignar observação positiva, muito raramente encontrado em tais obras: a visão tecnocrática do planejamento econômico, malgrado seus conhecidos malefícios, teve um ponto positivo no centralizar todas as realidades na idéia de sistema e no demandar precisão muito maior dos dados compondo o quadro econômico. É que no Brasil de após-guerra um observador estrangeiro ficaria tocado pela maneira superficial e descuidada pela qual muitos itens importantes da política econômica nacional eram tratados; atitudes, conclusões e mesmo "dados" eram de tal modo tidos como "aprioristicamente" verdadeiros que pouco lugar havia para a discussão dessas "verdades evidentes por si mesmas" (Leif, *Brazilian Economic Planning*, p. 139, s. d.).

2. A matéria objeto do delito econômico é vasta e multiforme, além de permitir as abordagens mais diversificadas. A presente comunicação deverá, pois, restringir-se à análise de um particular aspecto do fenômeno, qual seja, a natureza, alcance e oportunidade da sanção criminal como expediente supletivo sancionador das obrigações econômicas. Para ilustrar os múltiplos aspectos da questão escolhemos, como exemplo, o direito tributário, considerando-o por vários aspectos: da política econômica, da sanção administrativa cominada para a consecução dos objetivos da política fiscal, da pena criminal como reforço sancionatório e a figura do destinatário de obrigação econômico-fiscal.

Como se disse acima, qualquer segmento do direito econômico é a expressão de uma política, de uma estratégia, e assim no direito tributário vemos que o planejamento econômico caminha em harmonia com a estratégia fiscal; tal interligação é estreita e suplementada pela política monetária. Esses três fatores são reconhecidos pela moderna doutrina como fundamentais para a realização dos fins econômicos e sociais da comunidade, como o vigoroso e estável crescimento econômico, a elevada taxa de empregos, a relativa estabilidade da moeda, a redistribuição da renda em favor dos estratos menos favorecidos e o equilíbrio da balança de pagamentos (veja-se Fritz Neumark — "Problems and Methods of Modern Fiscal Policy", in *Law and State*, vol. I, p. 139, 1970).

Vê-se, pois, que o conteúdo do direito tributário deve refletir necessariamente os outros segmentos da construção teórica da estratégia econômica, como um tentáculo necessário à implementação da política econômica, como conceituada. O direito penal tributário, como simples reflexo sancionatório suplementar dessa realidade complexa deve, nos aspectos do conteúdo, suficiência e oportunidade, expressar tal sentido unitário de princípio e de finalidade, não se

dividindo o intérprete de que a divisão do direito em ramos não é mais do que uma facilidade da técnica.

3. Melhor, pois, a análise das sanções tributárias em seu conjunto, promanam da esfera tributária ou da criminal, em consonância com a tipologia de cada classe de infrações fiscais.

Nesse sentido é conhecida a classificação tripartida de Frei, distinguindo: 1. as subtrações fiscais simples (*Steuerhinterziehung*), cometidas pelos contribuintes seja por negligência no produzir a declaração, seja por preencher os formulários oficiais de maneira incompleta ou inexacta; 2. As fraudes fiscais (*Steuerbetrüge*) ou subtrações qualificadas realizadas com a ajuda de um outro documento falso ou falsificado; 3. as infrações de processo ou violações de certas prescrições legais e das ordens da autoridade fiscal (*Ordnungsverletzung*) (Walter Frei — *Steuerhinterziehung und Nach- und Strafsteuern bei den Staats- und Gemeindesteuern nach zürcherischen Recht, unter besonderer Berücksichtigung der Oberrechenkurs — Kommission*, p. 18, Zurich, 1945). Outros doutrinadores dão-nos classificações baseadas na natureza da pena, como Rastelb (*La Pena Pecuniaria nel Diritto Tributario*, p. 19/20, Roma, 1959) mas o importante é não se perder de vista o sentido unitário que a estratégia punitiva deve de conter, seja no plano administrativo, seja no criminal.

O fundamental na matéria é o estudo da natureza do comportamento do destinatário da obrigação tributária, das causas da fraude fiscal e dos particulares aspectos do delinqüente nesses delitos.

No que respeita a linha de progressão das sanções, o direito tributário apresenta aspecto interessante na figura da evasão fiscal; aqui existe igual inibição do aumento da receita derivada do Estado mas o comportamento não é inquinado da ilicitude uma vez que é direito do contribuinte, em não violando regra jurídica, organizar os seus negócios da maneira menos onerosa. Como disse Lerouge, "o dever moral, não menos que o dever civil, não tem eficácia ao ponto de obrigar alguém a escolher a via que mais aproveite ao Tesouro (Gaston Lerouge, *Theorie de La Fraude en Droit Fiscal*, p. 103, Paris, 1944).

Respeitados os limites da licitude traçados pela teoria da evasão fiscal, cai o contribuinte na esfera da ilicitude, sujeitando-se, pois, aos remédios repressivos e preventivos do sistema. Os preceitos da repressão são de criação política, *mala prohibita*, e são desrespeitados por delinqüentes "do colarinho branco", pertencendo a uma espécie que, estudada psicologicamente, nos mostra autores permitindo sua ambição superasse seus escrúpulos de consciência, não sendo certo que a maioria das pessoas convencidas de infrações fiscais, veja nelas, em suas consciências, uma ilicitude socialmente reprovável. O provérbio "*voler l'État, ce n'est pas voler*" tem aqui inteira aplicação.

4. Outro fator particularmente importante é a impossibilidade material da administração pública de verificar, por exemplo, todas as declarações de rendimento, fato que determina o que se poderia denominar de "roleta fiscal". O contribuinte com isso assumiria voluntário e calculado risco de detecção da fraude, em que entra-quece sobremodo qualquer política de evitação das fraudes fiscais. O fenómeno é quanto mais importante quanto se sabe que a maioria dos contribuintes não endossa a filosofia do grande juiz americano Oliver Wendell Holmes que afirmou certa vez: "eu gosto de pagar impostos, com eles compro civilização" (veja-se Eva Müller, "*Public Attitudes Toward Fiscal Programs*", in *Quarterly Journal of Economics*, vol. LXXVII, p. 210 e segs., maio, 1943).

A questão sob exame já nos mostra, portanto, dois pontos extremamente negativos para a implementação de qualquer política legal condicionante de comportamentos lícitos neste campo: (1) a não internalização de tais fraudes como fatos normalmente reprováveis, na suficiência necessária a garantir o respeito à norma; (2) a impunidade da imensa maioria das fraudes pela incapacidade material de detecção e outros motivos, como o prestígio social e a corrupção. O primeiro dos itens está relacionado ao fenómeno a que o Prof. Sanford Kadish denominava de "neutralidade moral" dos delitos económicos; questionava o autor sobre a oportunidade de se impor sanções severas a pessoas violando o código legal mas não o moral. Na visão de Kadish e outros, na aplicação das sanções criminais às realidades emergentes do mundo dos negócios a relação entre a moralidade prevalente e os ditames da lei criminal é decisiva. A questão é colocada da seguinte forma: são os delitos económicos moralmente reprováveis, vistos sociologicamente? Em o sendo, os autores de malefícios devem receber o tratamento ordinário oferecido pelo sistema criminal, ou se impõe elenco de medidas particulares?

Essa última indagação nos leva a examinar o segundo dos itens acima referidos com mais profundidade, relacionando-o à qualidade das pessoas envolvidas em fraudes e outros crimes emergentes do mundo dos negócios. Sabe-se de longa data que o elenco de medidas repressivas de que dispõe o sistema é de todo infamante e que tais penas, historicamente, não se destinam a reprimir pessoas pertencentes à classe dominante da sociedade. Como os delitos económicos são delitos "da gente honesta", a intangibilidade é quase absoluta e em raríssimos casos em que se efetiva a sanção, o efeito estigmatizador é muita vez mais desastroso do que a própria aplicação ou execução da pena (veja-se Stanton Wheeler, *The Labeling Process*, in Cressy-Jonas, *Criminology*, p. 609). Tal efeito enfraquece o magistério punitivo, uma vez que, nos delitos económicos, o julgamento de fatos particulares constantes de uma denúncia criminal não são de nenhum modo sociologicamente dissociáveis da qualidade e estado do acusado.

Como consequência, as disposições penais nos delitos económicos satisfazem-se com expressarem-se no mundo da existência, sendo a

efetiva aplicação de sanções momento de mínima significação, ao contrário do que ocorre, por exemplo, nos delitos patrimoniais comuns, praticados por indivíduos das classes baixas, nos quais a brutalidade da repressão é a tônica. Por isso as questões referentes à política de criminalizar determinada realidade do mundo econômico devem de ser analisadas nos dois planos, no da existência e no da aplicação, para se fundamentar a decisão de se utilizar, ou não, sanções penais econômicas. A experiência sociológica demonstra que a eficácia da pena, como entidade, se irradia nesses dois planos e não está de nenhum modo ausente naquelas regras jurídicas que, existindo, não são aplicadas regularmente. A punição é, em última análise, um estímulo e como tal é eficaz seja pela cominação da pena, em forma de sistema, seja nas eventuais aplicações das sanções a casos concretos (veja-se John F. Scott, *Internalization of Norms*, p. 58, N. Jersey, 1971).

5. A condição particular dos destinatários da norma penal nos delitos econômicos deve ser, assim, consideração essencial na implementação de qualquer estratégia de tratamento criminal dessas realidades. Não só parece ser inconveniente, senão praticamente impossível, submeter tal tipo de autor aos critérios e remédios repressivos do direito criminal comum, como também, não raro, os delitos econômicos cometidos através das grandes corporações revelam insignificante participação psicológica pessoal dos autores envolvidos. Robert E. Lane, em estudo sobre o acatamento de normas governamentais, concluiu que a análise do comportamento de vários dirigentes de empresas transgressoras de mandamentos legais não revelava tendência maior em reagir contra um largo espectro de leis e regulamentos, não se evidenciando nenhum ânimo geral de reação às normas imperantes; essas pessoas agiram ilicitamente tendo em vista não uma posição ou interesse individual mas a conveniência da sociedade, do grupo ou da corporação.

Assim, não só no direito tributário, mas também em outros segmentos do direito em que se pretenda utilizar da sanção criminal para obter o acatamento a mandamentos de conteúdo econômico, os seguintes princípios fundamentais parecem ser de valia:

a) A natureza particular dos delitos econômicos, principalmente no que respeita os destinatários da norma, autoriza se dê prevalência absoluta às medidas preventivas, aprimorando-se o sistema, concentrando-se neste nível os investimentos oficiais.

b) No que respeita o uso efetivo de sanções criminais, não parece haver dúvida se deva conceder preferência absoluta às penas pecuniárias, bem como às restrições patrimoniais e de privilégios, além das prestações de serviços à comunidade. A pena de prisão deve ser reservada somente para violações que por sua natureza ou gravidade se apresentem praticamente despidas das características do delito econômico.

c) O uso exclusivo de sanções negativas no sistema de direito sempre foi um fator de desequilíbrio; o direito econômico parece permitir com mais facilidade o recurso às sanções positivas. Com sua adoção consegue-se um tipo de prevenção que, ao lado do maior desenvolvimento do poder estatal de detectar e perseguir os delitos econômicos, determinará presumivelmente substancial aumento do índice de acatamento das normas legais de conteúdo econômico.

pressupostos na criminalidade econômica, em contraposição à tendência redutora do Direito Penal convencional, que criminaliza, seletivamente, comportamentos característicos das classes e categorias sociais dominadas, especialmente os setores marginalizados do mercado de trabalho.

O que se pode chamar de Direito Penal Econômico brasileiro se concentra em leis especiais e algumas disposições do Código Penal: os crimes (a) contra a economia popular, (b) falimentares, (c) societários, (d) contra a propriedade imaterial, e (e) de sonegação fiscal. Essa é a matéria objeto de análise, constitutiva dos limites jurídicos do Direito Penal econômico. Os valores protegidos situam-se no âmbito da economia do povo, das relações *intra* e *inter* empresas e destas com seus credores, e, finalmente, das relações tributárias.

1) Na esfera da *economia popular*, os valores protegidos são (a) o patrimônio do consumidor, (b) o sistema de livre concorrência da economia capitalista, e (c) complementarmente, a liberdade do consumidor. O patrimônio do consumidor é protegido pela incriminação de práticas anti-sociais nas áreas das relações comerciais, das relações econômicas e das relações financeiras: no primeiro caso, as fraudes em relação aos preços, pesos e medidas, mercadorias e contratos comerciais; no segundo caso, a manutenção ou elevação monopolista de preços, as fraudes no mercado mobiliário, na gestão temerária de empresas financeiras, seguradoras, caixas e cooperativas, etc.; no último caso, as práticas usurárias. A economia capitalista é protegida pela incriminação de práticas anti-sociais impeditivas da livre concorrência, mediante convênios, subpreço, controle de várias empresas do mesmo ramo, etc. A liberdade do consumidor é protegida pela incriminação da recusa de venda ou de serviço.

2) Na esfera das *relações internas das empresas*, o principal valor objeto de proteção é o patrimônio dos interessados, contra fraudes na constituição daquelas, ou de seus diretores, gerentes, etc. 3) Na esfera das *relações entre as empresas*, o valor protegido é a propriedade imaterial, contra a concorrência desleal, fraudes na propaganda e violações de privilégios de invenção, de patentes, modelos, marcas, sinais, etc. 4) Na esfera das *relações entre as empresas e seus credores*, o objeto principal de proteção é o patrimônio destes, contra a imprudência/incompetência e a fraude no controle/gestão da atividade econômico-negocial, antes (devedor) e durante (devedor, credores, síndico e protagonistas judiciais do processo falimentar) a falência. 5) Na esfera das *relações tributárias*, o único objeto de proteção é o patrimônio do Estado, contra fraudes em declarações, informações, registros contábeis, dedução de tributos, etc.

O espectro de valores protegidos pelas formas legais do Direito Penal Econômico pode ser assim delimitado: a) o patrimônio (1) do consumidor, (2) dos interessados/sócios de sociedades por ações, (3) da coletividade investidora, (4) imaterial das empresas, (5) dos credores destas, e b) os fundamentos econômicos do sistema de livre empresa. Esse o conteúdo axiológico do Direito Penal Econômico, como definido nas formas legais vigentes: setor especial do Direito

## DIREITO PENAL ECONÔMICO

Juarez Cirino dos Santos

### I. Introdução

O objetivo deste estudo é esboçar o conceito de Direito Penal Econômico e os princípios que o caracterizam no sistema jurídico brasileiro. A metodologia indicada compreende a descrição do direito legislado, a sistematização dos interesses protegidos, a análise da relação entre a definição legal e a definição criminológica de criminalidade econômica, a verificação do nível de compatibilização entre esse direito e as categorias científicas do Direito Penal, etc. Como o propósito do texto é apresentar uma visão geral do sistema de Direito Penal Econômico, a principal exigência metodológica é a seleção de questões centrais e o desenvolvimento de linhas teóricas que auxiliem sua compreensão simplificada.

### II. A definição legal de crime econômico

O conceito moderno de crime econômico é um produto da pesquisa criminológica na área do *white-collar crime*: o conjunto das práticas anti-sociais das elites econômico-financeiras, mediante a utilização das empresas, lesivas do patrimônio da coletividade e do Estado. A definição legal desse crime é mais restrita do que a definição criminológica, pela razão (aparentemente suficiente) de que a sua seleção legislativa é retardada em relação ao desenvolvimento tecnológico e mudanças estruturais das sociedades contemporâneas, criando novas formas de práticas lesivas do patrimônio social, identificadas pela pesquisa criminológica mas não introduzidas nos catálogos de crimes. A definição legal de crime econômico só pode ser construída com base nas descrições legais dessas condutas anti-sociais: o ponto de partida é o recorte do material legislativo existente. Esse procedimento destacará as limitações da legalidade, contribuindo para superar o atraso legislativo em relação ao trabalho científico na área. O critério condutivo do trabalho se alinha na perspectiva de ampliação do sistema punitivo na direção do bloco de classes dominantes da formação social brasileira, criminalizando as ações anti-sociais características dessa posição de classe, a única que dispõe do poder político, dos recursos financeiros e instrumentais

Penal que tem por objetivo a proteção do patrimônio do consumidor, do interessado/sócio em sociedade por ações, do investidor, do participante no sistema de livre empresa, dos credores desses participantes, da população e do Estado, pela incriminação de práticas fraudulentas, monopolísticas e imprevidentes. Assim, pode-se dizer que o Direito Penal Econômico brasileiro tem por objeto as práticas fraudulentas, imprudentes e monopolísticas lesivas do patrimônio da coletividade, nas dimensões do consumo, da credibilidade/operacionalidade/funcionalidade desse sistema e dos recursos para sua garantia/reprodução pelo Estado. Essa parece ser a definição legal mais geral do Direito Penal Econômico, erigida sobre a base dos interesses protegidos pelas formas legais vigentes.

A extensão da definição legal em relação à definição criminológica (ou real) do conceito de criminalidade econômica é limitada, tanto do ponto de vista geral dos valores protegidos, como dos objetos específicos de proteção no âmbito desses valores, que devem compreender a tipologia integral das práticas anti-sociais nas sociedades capitalistas subdesenvolvidas e dependentes, sob a ação hegemônica do capital imperialista. A moderna criminologia (crítica ou radical) define o crime econômico como a principal subespecie dos chamados crimes de *colarinho branco*, caracterizados pela posição de classe dominante dos autores (elites dirigentes, econômicas e políticas, da formação social), através do aparelho econômico (empresas) ou político (Estado), produzindo intenso dano à vida, à saúde e ao patrimônio social e estatal da coletividade. Dentro desse grupo, o Direito Penal Econômico amplia o círculo de autores (inclui a pequena burguesia, nos casos de sonegação fiscal, de falência, de propriedade imaterial, etc.) mas exclui as práticas anti-sociais com a utilização do aparelho do Estado, ou produtoras de lesões exclusivas à vida, à saúde da coletividade e à natureza. A categoria geral do *abuso do poder econômico*, compreendendo o suborno e a corrupção, a poluição ambiental, a produção/distribuição de produtos, drogas e alimentos inseguros, perigosos ou nocivos, as fraudes ao consumidor e contra credores, a evasão de impostos, as falências intencionais, as práticas monopolísticas na produção/comércio, as violações da saúde industrial e dos padrões mínimos de segurança no trabalho, as apropriações ilegais ou usurpação da propriedade social e o crime organizado, indica as limitações da definição legal do Direito Penal Econômico, convenientemente *fragmentário* em relação às práticas anti-sociais ampliadas pelas inovações tecnológicas, a concentração e a diversificação das atividades do capital produtivo, comercial e financeiro. Essas limitações aprofundam a ineficácia protetiva desse segmento do sistema punitivo, por dois modos principais: a exclusão de conjuntos de valores individuais e coletivos de seu objeto de proteção, e a reduzida eficácia protetiva dos valores abrangidos pelo seu restrito objeto. A explicação dessa ineficácia é de natureza exclusivamente política.

### III. Princípios do Direito Penal Econômico

O pertencimento do Direito Penal Econômico ao Direito Penal coloca a questão da compatibilização das categorias e teorias gerais deste às práticas anti-sociais incriminadas por aquele, tarefa que excede os limites deste trabalho. O Direito Penal Econômico, regido pelo princípio da legalidade, está subordinado ao critério da tipicidade, como a descrição legal do comportamento criminoso, mas a estrutura interna do tipo de conduta proibida põe o problema não resolvido dos elementos subjetivos, pela insuficiência dos conceitos tradicionais de dolo e de culpa (erigidos sobre a representação e a vontade do indivíduo) em relação à criminalidade das corporações. A criminalidade econômica e negocial, um produto menos do comportamento individual e mais de uma atividade complexa, mediante intrincadas formas de interação entre sujeitos em diferentes níveis hierárquicos e de poder, requer mudanças essenciais nas categorias científicas ou metodologia do Direito Penal, como a intenção, a negligência, a autoria, a tentativa, a antijuridicidade e sua exclusão, a culpabilidade e suas defeições, o mesmo acontecendo na área da prova criminal, com ampliação de seus limites para a verificação judicial de práticas sofisticadas, inacessíveis à pesquisa pelo seu modo peculiar de execução, sem falar nos privilégios de classe, nas imunidades processuais e desigualdades na aplicação da lei penal. Igualmente, a questão das consequências penais: o revigoramento das penas pecuniárias, a apreensão de lucros ilegais, a prisão de empresários (nas condutas dolosas ou danos sérios a bens jurídicos protegidos), a ampliação das hipóteses de interdições, de perda/suspensão de direitos e de extinções de empresas ou corporações.

Portanto, se a posição do Direito Penal Econômico em face do Direito Penal coloca a subordinação daquele aos princípios e categorias conceituais deste (com a necessidade do tratamento científico das condutas proibidas por aquele com o instrumental metodológico deste), por outro lado gera contradições no interior da metodologia científica generalizada, ligadas à diversidade da matéria de proibição, a nível de autoria, de meios e modos de execução, de relação de causalidade, de resultados, e, especialmente, de estruturação subjetiva do comportamento criminoso e dos elementos informadores da reprovação da conduta típica não justificada. A incompatibilidade entre a matéria da proibição do Direito Penal Econômico (caracterizada por decisões coletivas ou impessoais, realizadas no interior ou através das empresas, com resultado de dano social generalizado à vida, à saúde e ao patrimônio da coletividade e do Estado) e a matéria da proibição do Direito Penal convencional (caracterizada pela psicologia individual, nas dimensões de representação e de vontade, com resultados danosos circunscritos, avaliados com base em uma liberdade pressuposta, fundamentando o poder concreto de agir de outro modo conforme exista ou não a consciência da anti-juridicidade, e admitindo escusas absolutórias em situações de

inexigibilidade de comportamento diverso) deve ser superada por novos critérios científicos capazes de apreender a especificidade da matéria da proibição daquele. Em outras palavras, o Direito Penal Econômico integra o Direito Penal, mas como um segmento diferenciado, com características próprias, subordinando-se às categorias científicas do Direito Penal, mas exigindo mediações adaptativas dessas categorias à especificidade da natureza econômica (e política) daquele. A direção, os limites e o significado dessa mediação adaptativa é assunto que, a nível científico e prático, só poderá ser resolvido pelo exame sistemático da fenomenologia das condutas anti-sociais abrangidas (definição legal) ou abrangíveis (definição criminológica) pelo Direito Penal Econômico, situando-se fora dos propósitos deste trabalho. As propostas não se reduzem às categorias teóricas ou ao instrumental metodológico capaz de dar conta da especificidade da matéria do Direito Penal Econômico, mas incluem, em primeira linha, as formas legais descritivas da tipologia das práticas anti-sociais, nas áreas de atuação dos capitais produtivo, comercial e financeiro, na complexa diversificação do estágio tecnológico do capitalismo contemporâneo, ampliando a divisão técnica e social do trabalho e as relações de produção e distribuição respectivas. Entretanto, ao nível das categorias teóricas ou das práticas anti-sociais, o critério de superação dos limites atuais (dogmáticos e legislativos) do Direito Penal Econômico radica na definição criminológica de seu objeto, como proposta pela criminologia crítica, desde as construções situadas nos limites da ideologia dominante (teoria da rotulação) até as formulações politicamente comprometidas com o bloco dominado das sociedades capitalistas (criminologia radical).

É a relação entre a definição legal e a definição criminológica de crime econômico e negocial, nas sociedades estruturadas na divisão de classes e movidas pela luta de classes, que coloca a questão central dos limites políticos do Direito Penal Econômico: as classes e categorias sociais do bloco dominante da contradição fundamental da sociedade, em cujos limites se situam os sujeitos/autores das práticas anti-sociais identificadas pela definição criminológica de crime econômico (cujos efeitos se difundem, especialmente, entre sujeitos/vítimas pertencentes às classes e categorias sociais do bloco dominado dessa contradição estrutural), possuem a hegemonia econômica e política do bloco histórico, e, portanto, o poder de criminalizar as práticas anti-sociais cuja autoria está circunscrita aos limites econômicos e políticos de sua posição de classe dominante. A questão básica é esta: que interesse possuem as classes hegemônicas da formação social na criminalização das práticas anti-sociais lucrativas em que assenta o seu modo de existência e reprodução como classes dominantes, autolimitando-se sob ameaças de penas eficazes? As classes e categorias sociais interessadas na criminalização formal e aplicação eficaz do Direito Penal Econômico são as integrantes do bloco dominado das sociedades capitalistas, destruídas do poder político capaz de institucionalizar legalmente as definições

criminológicas de crime econômico, ou de criar os procedimentos judiciais garantidores de sua eficácia.

A constatação dos limites políticos intrínsecos ao processo de institucionalização formal e aplicação judicial do Direito Penal Econômico, na direção das propostas criminológicas consequentes, não pode servir de pretexto ao imobilismo teórico ou ao ecletismo pragmático dos intelectuais da área superestrutural de controle político-jurídico da sociedade, comprometidos com os interesses das classes e categorias sociais do bloco dominado, transitoriamente privado do poder de superar os entraves colocados pelos referidos limites. O trabalho ao nível das superestruturas de reprodução ideológica da sociedade, hegemonizado pelo bloco de classes e categorias sociais dominantes, admite mediações restritivas dessa dominação, embora meramente reformistas. Essa mediação restritiva do processo de dominação, correspondente à correlação de forças entre os blocos dominante e dominado da formação social, produz efeitos reais, econômicos, políticos e jurídicos, que se desdobram no quadro geral da luta de classes, alterando, em maior ou menor extensão, em favor do bloco dominado, as condições históricas dessa luta, e contribuindo para antecipar o aparecimento das condições objetivas e subjetivas capazes de promover a libertação econômica e política do conjunto da sociedade, pela socialização dos meios de produção e a institucionalização de superestruturas político-jurídicas que realizem e reproduzam as condições adequadas ao pleno desenvolvimento das potencialidades humanas.

- 13 — ATB — Aplicações Técnicas Brasileiras Distribuidores Associados de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. — Dívida: Cr\$ 2.000.000,00;
- 14 — FINANCILAR Banco de Investimento S. A. — Dívida — Cr\$ 355.000.000,00;
- 15 — RODAC — Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. — Dívida: Cr\$ 5.000.000,00;
- 16 — TRADE Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários Ltda. — Dívida: Cr\$ 31.000.000,00;
- 17 — INDEPENDÊNCIA S. A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários — Dívida: Cr\$ 4.000.000,00.

Os prejuízos causados à economia popular por essas 17 empresas foi, portanto, de mais de UM BILHÃO E VINTE MILHÕES DE CRUZEIROS, não estando computados nestes números os prejuízos causados por 14 outras empresas, também em regime de liquidação extrajudicial, mas cujos montantes, ao tempo, ainda não haviam sido apurados definitivamente.

Destaque-se, ainda, que as quantias supra-mencionadas não correspondem a valores atualizados, mas sim, ao apurado ao tempo da quebra, cumprindo notar que algumas das empresas mencionadas tiveram sua liquidação decretada há mais de dez anos. Daí verificarmos que a realidade, caso esses valores fossem corrigidos monetariamente, seria muito mais aterradora.

Para a punição da gestão fraudulenta em casos como tais na legislação brasileira não existe outra norma, senão a constante do art. 3.º, IX, da Lei de Economia Popular, que define o seguinte tipo: “gerir fraudulenta ou temerariamente *bancos* ou *estabelecimentos bancários*, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios, ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimo ou financiamento de construções e de venda de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas cons-trutoras; cooperativas; sociedades de economia coletivas, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados.”

Trata-se de um tipo de conteúdo variado, no qual se faz referên-cia a *bancos* e *estabelecimentos bancários*.

A linguagem usada pelo legislador brasileiro tem levado alguns (Revisão de Direito Penal, vol. 27, p. 93) a entender que nessa ex-pressão — *bancos* e *estabelecimentos bancários* — não estariam en-quadradas todas as *instituições financeiras* criadas pela lei de refor-ma bancária, mas, tão-somente, os chamados *bancos comerciais*.

Esse entendimento tem levado à impunidade macrocriminosos celerados, que de há muito deveriam estar na cadeia, substituindo os miseráveis que delinquem em consequência da desorganização

## CRIMINALIDADE ECONÔMICA — O CRIME DE GESTÃO FRAUDULENTE (art. 3.º, IX, da Lei de Economia Popular)

João Marcelo de Araujo Jr.

No universo da criminalidade econômica, no Rio de Janeiro, as-sumem especial relevância os crimes cometidos através da gestão temerária ou fraudulenta de instituições financeiras.

Para que se tenha uma pálida idéia das gravíssimas consecqüên-cias de tais crimes, basta lembrar, que no dia 21 de julho de 1980, era a seguinte a posição das instituições financeiras em regime de liquidação extrajudicial, segundo relatório apresentado pela então nascente “Curadoria de Liquidações” ao Exmo. Sr. Dr. Procurador-Geral da Justiça:

- 1 — CREDESC S.A. Crédito, Financiamento e Investimento — Dívida: Cr\$ 27.000.000,00;
- 2 — PRICE Administração e Participação Ltda. — Dívida: Cr\$ 4.000.000,00;
- 3 — S. G. CORRETORA de Valores Mobiliários — Dívida: Cr\$ 35.000.000,00;
- 4 — NOBRE S.A. Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários — Dívida: Cr\$ 5.000.000,00;
- 5 — Lincoln Rodrigues S.A. Sociedade Corretora de Títulos e Valores Mobiliários — Dívida: Cr\$ 12.000.000,00;
- 6 — BANCO DE CRÉDITO POPULAR UNIÃO — Dívida: Cr\$ 2.000.000,00;
- 7 — EDGARD ESTRELA Distribuidora de Títulos e Valores Mo-biliários — Dívida: Cr\$ 1.500.000,00;
- 8 — Companhia Brasileira de Administração e Participação S.A. — COBRASAP — Dívida: Cr\$ 328.000.000,00;
- 9 — CONCENTRA Comercial e Agrícola Ltda. — Dívida: Cr\$ 1.000.000,00;
- 10 — Companhia Comercial e Industrial Brasil — COCIB — Dívida: Cr\$ 26.000.000,00;
- 11 — REAL RIO Crédito, Financiamento e Investimento S. A. — Dívida: Cr\$ 9.000.000,00;
- 12 — Distribuidora de Títulos e Valores Mobiliários — IPIRAN-GA S. A. — Dívida: Cr\$ 167.000.000,00;



econômica, muitas vezes causada por essas formas maiores de criminalidade.

Esta comunicação tem por objetivo chamar a atenção da comunidade jurídica para esta realidade da nossa legislação, seja para a sua reforma, seja para que se busque uma interpretação da norma vigente, que evite a impunidade afrontante.

Como não nos cabe aqui reformar a lei, tentaremos, então, contri- buir para a sua melhor interpretação.

A Lei de Economia Popular, que é de 1951, em seu art. 3.º, IX, repetiu, palavra por palavra, o Decreto 869, de 1939, nossa primeira lei de economia popular.

Assim, para se saber qual o sentido da expressão *bancos e estabelecimentos bancários*, no texto da lei atual, precisamos saber qual era o seu sentido em 1939. Trata-se, necessariamente, de uma interpretação histórica.

É o que tentaremos fazer, para demonstrar que, hoje, na expressão *bancos e estabelecimentos bancários* estão contidos não só os chamados bancos comerciais, mas, também, *todas as outras instituições financeiras*.

Foi só a partir de meados do século XIX que os bancos e as operações bancárias passaram a ser objeto de legislação especial. Até então, tudo se regulava pelo direito comum. O Brasil não fugiu à regra e o nosso Código Comercial dedicou aos bancos, apenas, dois artigos: o 119 e o 120.

O conceito de banco não nos foi dado, nem muito menos o de operação bancária. Limitou-se o Código Comercial a considerar "bancos" os comerciantes que têm por profissão habitual do seu comércio as operações chamadas de Banco' (art. 119).

Essa definição, segundo informa Arnoldo Wald (Enciclopédia Saraiva de Direito, 10/174), só aparece entre nós, em 1921, com o art. 3.º do Regulamento para Serviço de Fiscalização das Operações Cambiais e Bancárias, baixado pelo Decreto 14.728 de 1921, que definiu banco como — a pessoa natural ou jurídica que se destina a exercer no Brasil, o comércio de ouro ou prata, de títulos da dívida pública e de ações ou debêntures de empresas, ou, ainda, de quaisquer outros valores negociáveis por simples tradição ou endosso, abrangendo, também, as operações de empréstimos de qualquer natureza ou forma de realização.

Depois desse diploma legal, tivemos, em 5 de junho de 1932, o Decreto n.º 21.499, que criou a Caixa de Mobilização Bancária, que em seu art. 1.º falava em *bancos de depósito* e *bancos de descontos*.

Em 1934, com o Decreto n.º 24.575, surge no Brasil uma outra espécie de banco: os Bancos de Crédito Industrial. O aludido Decreto, em seu art. 1.º, assim definiu a nova instituição financeira:

"Os bancos de crédito industrial destinam-se, exclusivamente, a auxiliar a indústria nacional, por meio de empréstimo a prazo longo, com seus próprios recursos ou por emissão de obrigações, colocadas

nos mercados nacionais ou estrangeiros, em nome das empresas que a eles recorrerem."

Eis aí o quadro da nossa legislação e os tipos de bancos conhecidos pelo Brasil em 1939, relação à qual devemos acrescentar os Bancos Hipotecários ou de Crédito Real, aos quais se havia referido o Decreto n.º 370, de 2 de maio de 1890.

Essa era a realidade bancária brasileira ao tempo em que surgiu a nossa primeira Lei de Economia Popular, realidade que Arnoldo Wald, na ob. cit., p. 175, assim sintetizava:

"Naquela época, distinguiram-se, em razão de suas dimensões, os bancos das casas bancárias, que posteriormente vieram a desaparecer. Os bancos, de acordo com a sua especialização, abrangiam, além do *banco de emissão* (na época o Banco do Brasil), os *bancos comerciais* que recebiam depósitos, os *bancos de especulação* (também chamados de créditos móveis, ou ainda *bancos financeiros*), os *bancos agrícolas* especializados no financiamento da agricultura e finalmente os *bancos de crédito real*, entre os quais avultavam os bancos hipotecários."

Vê-se assim, que em 1939, quando a lei de economia popular se referiu a *bancos ou estabelecimentos bancários*, estava abrangendo todas as espécies em que se subdividia o gênero *bancos* e, para maior clareza, usou a expressão: *ou estabelecimentos bancários*.

A legislação bancária somente foi alterada em 1945, quando da criação da SUMOC, pelo Decreto-lei n.º 8.495, e a unidade de denominação e conceituação de banco perdurou até o início dos anos 60, pois, como ensina o Prof. Geraldo C. Vidigal (Enciclopédia Saraiva de Direito, 10/244):

"Até o final da década de 1950, permaneceram os bancos brasileiros dentro do esquema clássico, dedicando-se, sem especialização, às diferentes operações de crédito financeiro."

Acrescentando o mesmo autor:

"A partir da Lei n.º 4.595, dessa forma, a lei brasileira passou a denominar instituição financeira a diferentes tipos de pessoas jurídicas dedicadas a atividades tradicionalmente designadas como de bancos."

Assim, a Lei de Economia Popular, Lei n.º 1.521/51, quando se referiu a *bancos ou estabelecimentos bancários*, fê-lo em contemplação da realidade bancária brasileira daquele tempo, para se referir a todas as atividades financeiras, pois estas eram realizadas pelos Bancos e, quando repetiu o texto de 1939, o fez, porque essa realidade, salvo pequenas modificações, de ordem administrativa (fiscalizadora), era a mesma de 1939.

A Lei de Economia Popular não se referiu, apenas, aos chamados bancos comerciais, ao tempo também chamados *bancos de depósitos*. Se isso tivesse pretendido a lei, teria, expressamente, a eles se referido; entretanto, preferiu ser a mais ampla possível, empregando, além da *voz* bancos, também, a expressão *estabelecimentos bancários*, para demonstrar a vontade de abranger no tipo todas as instituições

financeiras que, sob a denominação ou aparência de bancos, atuam sem nos mercados: financeiro e de capitais.

A Lei de Economia Popular não se preocupou com a denominação, mas sim com a natureza da atividade exercida pela instituição financeira.

A especialização só se institucionalizou no Brasil com a Lei n.º 4.595/64, que, sugestivamente, se denomina — **LEI DE REFORMA BANCÁRIA**.

Esta lei, que como vimos, é 13 anos posterior à lei de economia popular e reestruturou administrativamente o sistema financeiro brasileiro, desmembrando as diversas atividades bancárias em instituições financeiras específicas, além de alterar a nomenclatura.

As diversas atividades bancárias existentes e que eram indistintamente exercidas pelos bancos, foram subdivididas e entregues a entidades financeiras com atribuições específicas.

Assim, no que tange à área privada, as atividades dos *bancos e entidades bancárias* foram atribuídas:

- a) aos bancos comerciais;
- b) aos bancos de investimento;
- c) às companhias de crédito, financiamento e investimento;
- d) às companhias de crédito imobiliário;
- e) às associações de poupança e empréstimo;
- f) às sociedades distribuidoras e
- g) às sociedades corretoras.

Desta forma, a lei reformulou, para fins administrativos e de fiscalização, a estrutura e a nomenclatura, daquilo que sempre existiu e que, para fins penais, estava disciplinado na lei de economia popular, sob a denominação de *bancos e estabelecimentos bancários*. Ontologicamente não houve modificação, pois as atividades são as mesmas, apenas exercidas por instituições específicas.

A Lei de Economia Popular não foi modificada depois da Lei de Reforma Bancária e, se não o foi, foi porque o legislador entendeu ser desnecessária tal modificação, uma vez que a Lei de Economia Popular continuava a se referir às atividades dos bancos e entidades bancárias, preocupando-se com a *atividade e não com a denominação da entidade que exerce essa atividade*.

Dizer-se o contrário, *data venia*, não seria razoável, pois se a lei de Economia Popular, até 1964, se aplicou a todas as atividades dos bancos, por que, depois de 1964, quando essas mesmas atividades foram atribuídas a entidades não denominadas bancos, deixariam de ser protegidas pela lei penal? Por que apenas os bancos comerciais ficariam sujeitos aos efeitos da lei? O entendimento contrário subordina o principal ao acessório, ou seja, a lei penal ficaria subordinada à legislação administrativa.

Trata-se de fazer uma interpretação histórico-evolutiva da lei, para se buscar a função atual da norma, pois como ensina SOLER

“devemos dizer que o problema, em vez de consistir em adequar a lei à atualidade, consiste em determinar o conteúdo atual da ordem jurídica com respeito ao caso concreto”.

Foi o que acabamos de tentar fazer. Finalmente, cumpre dizer que hoje a realidade já é um pouco diferente da de 1964, pois essa especialização tende a desaparecer, na sua aparência prática, já que as diversas instituições financeiras se transformaram em conglomerados econômicos.

Outrora, o *Banco* era um estabelecimento único; com a lei de reforma bancária se transformou num estabelecimento plural: um banco comercial, um banco de investimentos, uma financeira, uma corretora de valores, uma distribuidora, uma associação de crédito imobiliário, uma empresa de *leasing*, um fundo de investimentos, uma empresa de turismo, uma empresa de informática e uma companhia de seguros, todas interligadas e comandadas por uma *holding*.

Essa atomização das atividades bancárias não desnaturou o conceito criminal de banco, para reduzi-lo, apenas, ao de banco comercial, até porque, hoje, quem entrar em uma agência de um banco comercial, pertencente a um desses conglomerados econômicos, além de depositar dinheiro, desconta duplicatas a curto prazo, fazer empréstimo pessoal, sem se levantar da cadeira em frente à do gerente poderá, ainda: efetuar um contrato de câmbio, aplicar dinheiro no “*open*”, abrir uma caderneta de poupança, comprar ou vender ações, realizar “operações 63”, fazer seguros, programar viagens turísticas; comprar CDBs, fazer operações de “crédito direto”, hipotecar imóveis, comprar letras imobiliárias ou letras de câmbio, em suma, realizar qualquer atividade bancária, pois os bancos comerciais, cujas agências são as mais numerosas dentre as instituições financeiras, se transformaram em verdadeiros “supermercados de produtos financeiros”. Daí o risco, cada vez maior, das gestões fraudulentas ou temerárias, que atingem de regra o pequeno investidor, que em cadernetas de poupança, por exemplo, concentram todas as suas pequenas economias.

Por isso, indispensável se torna que, enquanto não se modificar a lei de economia popular, se dê ao texto vigente, uma interpretação que não deixe ao desamparo milhões de pessoas, que acreditando numa propaganda sem ética, incentivada criminosamente por aqueles que tinham o dever de vigilância e fiscalização, acorrem às instituições financeiras em busca da esperança de uma vida melhor e, também, para que os administradores criminosos de tais macroorganismos celerados não desfrutem de uma impunidade cínica, revoltante, inspiradora de justiça pelas próprias mãos.

Até hoje, a despeito do grande esforço que sempre realizei enquanto estive à frente do órgão do Ministério Público carioca encarregado da repressão à criminalidade econômica, poucos foram os homens de colarinho branco, os grandes criminosos absolutos de que fala Roberto Lyra, que sofreram a imposição de uma pena. Aliás, rico não vai para a cadeia...

*Criminal law* — enfatiza-se — *has only a subsidiary function in relation to commercial law, economic law, tax law, etc.* “Não constitui senão a *ultima ratio* reservada aos atos mais graves contra as regras da vida econômica”. De qualquer forma, não há olvidar fenômenos como os relacionados com a *criminalidade organizada*, a *criminalidade “de colarinho branco”*, os *crimes ocupacionais* e os cometidos por particulares contra a ordem econômica, financeira e social, contra os consumidores, os trabalhadores, em geral, e contra o meio natural.

Por que não existe uma noção uniforme do *direito penal econômico* (“*the concept and main problems of economic and business criminal law are far from being clear in international comparison*”, p. 594), O COLÓQUIO DEVERÁ CIRCUNSCREVER-SE AS QUESTÕES DO DIREITO PENAL, PROPRIAMENTE DITO, SUA INTERPRETAÇÃO E SUA REFORMA.

As questões levantadas no temário do Colóquio Preparatório ao XIII Congresso Internacional de Direito Penal abrangem, assim, algumas reflexões sobre as seguintes matérias:

A) CONCEITO DE DIREITO PENAL ECONÔMICO (cf. Manoel Pedro Pimentel, *Dir. penal econômico*, p. 10-12, 22-23, Gerson Pereira dos Santos, *Dir. penal econômico*, p. 91-99, 61, 107-108);

B) IMPORTÂNCIA DO DPE NA PRÁTICA DA JUSTIÇA CRIMINAL (cf. GPS, p. 103; MPP, p. 22);

C) CATEGORIA PRÓPRIA, OU PARTE DE INFRAÇÕES CONTRA O PATRIMÔNIO E CONTRA A SAÚDE PÚBLICA, OU AINDA, PARTE DE OUTRO DOMÍNIO DO DIREITO PENAL? (cf. GPS e MPP, *passim*; LUIS COUSINO MCIVER, *El delito socioeconómico*; Alfredo Etcheberry, *Objetividad jurídica del delito económico*);

D) INTERESSES E VALORES QUE O DPE PROTEGE EM NOSSO PAÍS (*consilium fraudis*: GPS, 165; uso criminoso de verbas e víveres — delito econômico nas subvenções: GPS, 61, 64; abuso de técnica da computação: GPS, 67; proteção penal do meio ambiente: GPS, 70; pessoa jurídica: CP, art. 99; art. 6.º da Lei 4.137/62, que regula a repressão ao abuso de poder econômico; Decreto-Lei 73/66, que admite uma ação ou omissão, pessoal ou coletiva: GPS, 140-1; disciplina penal dos títulos de crédito: GPS, 177; a Lei n.º 5.772/71 e a repressão penal dos crimes contra a propriedade industrial; o consumidor e os crimes contra a economia popular: GPS, 202; MPP, *Legisl. penal especial*, p. 21 e ss.; o crime de sonegação fiscal).

E) BENS JURÍDICOS, INTERESSES E VALORES (cf. GPS, 103-104; MPP, 16-22; Etcheberry, p. 63-65);

F) OBJETIVIDADE JURÍDICA DO DPE

- proteção dos consumidores
- proteção dos trabalhadores
- proteção do meio ambiente
- proteção da saúde dos consumidores
- proteção do patrimônio dos consumidores

## CONCEITO E PRINCÍPIOS DO DIREITO PENAL ECONÔMICO (COMPREENDENDO A PROTEÇÃO DOS CONSUMIDORES) \*

**Raul Chaves**

1. Introdutoriamente, observa-se que a criminalidade anti-econômica vem merecendo particular atenção, em todo o mundo, a partir dos anos setenta, e os interesses, desde então, demonstrados no combate a esse tipo de criminalidade decorrem de solicitações sócio-políticas, visando uma transformação dos sistemas econômicos, ou objetivando o futuro desenvolvimento de uma ordem econômica mundial. Idéia e constatação de índole criminológica ou criminalística cuidaram de estabelecer a dependência da delituosidade econômica com o sistema político-econômico, tendo-se falado, inclusive (e equivocadamente), numa espécie de delinqüente-tipo, portador de *particular fisionomia personalístico-categorial*. A pouco e pouco, soluções legislativas são procuradas — quer sob uma ótica reformista, quer mediante interpretação e aplicação de regras (*statutes*) contidas em leis punitivas.

Foram consideradas conclusões específicas de Congressos e colóquios internacionais, tais como o VI Congresso da ONU sobre Prevenção do Crime e Tratamento de Criminosos (Caracas, 1980), em que se cuidou do problema do abuso de poder econômico internacional; o XII Congresso da Associação Internacional de Direito Penal (Hamburgo, 1979), em cuja Seção II foi apresentada solução em torno da tutela penal do meio ambiente (*environment, milieu naturel*).

O Código Penal promulgado em Portugal pelo Decreto-Lei n.º 400, de 23 de setembro de 1982, preferiu, explicitamente, confiar os delitos anti-econômicos — “de caráter mais mutável” — a uma lei especial, “segundo, aliás, a tradição jurídica portuguesa e a idéia de que o direito penal tem uma natureza pragmática”, atento, embora, o legislador para as razões, teóricas e práticas, do combate à criminalidade econômica.

\* Síntese do Relatório apresentado.

G) CRIMINALIDADE ECONÔMICA CONTRA A PREVIDÊNCIA SOCIAL (Decreto-Lei n.º 66/66) E CONTRA A PREVIDÊNCIA PRIVADA (Lei n.º 6.435/77); Jorge Medeiros da Silva, *Dir. penal. especial*: p. 40 e 61).

H) O DPE E AS REGRAS GERAIS DO DIREITO PENAL. (Particularidades na teoria e na prática. A parâmetria SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST e o princípio penal segundo o qual *toda infração supõe uma falta pessoal*.)

I) PROPOSTA PARA APENAÇÃO DAS INFRAÇÕES ECONÔMICAS (SENADOR CHILENO FRANCISCO BULNES — Quinta Jornada de Ciências Penais, SANTIAGO, 17-20/10/1962: 1.ª) a norma geral, tratando-se de delitos econômicos, deve ser a sanção econômica; 2.ª) a incoação processual penal deve ser outorgada a certos e determinados organismos governamentais; 3.ª) o procedimento poderia ser dividido em duas etapas: um juízo prévio em que se discutiria ante organismos técnicos a procedência da ação penal, e um juízo, propriamente dito, em que se interporia perante os tribunais ordinários a ação declarada procedente no pré-juízo).

J) Para o prof. LUIS COUSIÑO, na ESTRUTURA DOS DELITOS ECONÔMICOS, deve-se atentar para os vários problemas atinentes com os seus caracteres essenciais, e propõe: (I) *sua elaboração como delitos de dano ou de perigo* (levando-se, ou não, em conta a efetiva produção do dano ou a simples hipótese de risco ou insegurança de certos bens); (II) *a natureza das penas* (se devem as mesmas ser, tão-só, de caráter pecuniário ou se, também, devem ser privativas de liberdade, com fins reeducativos e readaptadores; Cousiño lembra que para Aldo Moro os autores destes delitos deveriam ser equiparados aos delinquentes perigosos, em razão da hipertrofia de egoísmo que revelam); (III) *a punibilidade das pessoas morais ou jurídicas*; (IV) *os elementos subjetivos* (com o fim de perturbar o mercado, com fins políticos, com o fim de impor, etc.) e *normativos* (sem causa justificada, com infração dos regulamentos, etc.) do tipo; (V) *pre-entuação em branco* (embora tema Cousiño que a norma do Executivo possa, eventualmente, suprimir o Direito).

L) CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS (Lei número 4.728/65).

M) CONTEÚDO ECONÔMICO NO DIREITO PENAL IMOBILIÁRIO (Lei n.º 6.766/79).

## COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA

### DECADÊNCIA. CONTAGEM DO PRAZO NO CRIME CONTINUADO

A 4.ª C. Cr. do Tribunal de Alçada do Rio de Janeiro, no RC 240, relator o Juiz LIZARDO DE LIMA, por unanimidade decidiu, corretamente, que no crime continuado o prazo de decadência se conta de cada fato isolado: "Crime de imprensa. Sequência de publicações. Continuação reconhecida. Prazo decadencial que flui a partir de cada escrito incriminado, e não, unicamente, da data do primeiro da série. Autonomia dos atos para efeito de decadência. A ficção jurídica de se presumir a existência de um só crime, ainda que plúrimos, não deve extrapolar do campo da apenação, eis que só se admite com o fito de mitigar a pena." (DO 27.10.82, 63.)

O recorrente pretendia, nesse caso, que o prazo de decadência se contasse do primeiro escrito que dera início à série continuada, afirmando que o crime continuado é uma unidade de para todos os efeitos de direito material e processual.

A questão do crime continuado é largamente debatida na doutrina, porque comumente invocam-se autorres e opiniões inaplicáveis ao direito brasileiro. Nossa lei adotou a teoria puramente objetiva e situa a matéria entre as regras relativas à aplicação da pena. Não se aplicam a nosso sistema de direito as lições que defludem do conceito objetivo-subjetivo do direito italiano, nem as que nos vêm requer a unidade de designio (art. 81, "medesimo disegno criminoso") e no

direito alemão se exige um dolo de conjunto ("Gesamtvorsatz") ou uma unidade de dolo ("Einheitlichkeit des Vorsatzes"), o que leva os autores a sustentarem, inclusive, uma unidade real. Por outro lado, o Código italiano, na qual o crime continuado constitui forma especial de aparecimento do fato punível.

Prevalece, porém, amplamente na doutrina, seja nacional, seja estrangeira, a concepção de que existe no crime continuado uma simples ficção jurídica, pois a lei finge ser uma unidade o que realmente constitui uma pluralidade de delitos, completos e acabados.

Trata-se de saber qual é o alcance dessa ficção. Mesmo no direito estrangeiro, o entendimento que prevalece é o de que a ficção opera apenas para o efeito da pena. Assim, BETTIOL ("Diritto Penale", Pádua, Cedam, 1966, 314) categoricamente afirma que a ficção opera somente em relação à pena: "A ficção opera somente em relação à pena, no sentido de que se finge ser o crime continuado crime único somente para os fins da sanção, ao passo que, em relação a todas as outras questões, ele segue a disciplina do concurso real de crimes. Trata-se, em substância, de uma pluralidade de crimes os quais são considerados como crime único só para os fins da pena."

Também MANZINI ("Trattato di Diritto Penale Italiano", Turim, Utet, 1950, vol. II, 665), com sua grande

autoridade dizia que a unidade fictícia deve-se entender somente com respeito à sanção: "La sua fittizia unità è da intenderci soltanto rispetto alla sanzione quale eccezione alla regola del cumulo materiale delle pena."

Na Alemanha existem vários autores que afirmam a unidade do crime continuado para todos os efeitos jurídicos. *Mas esses autores excepcionam a situação da decadência.* Veja-se, por exemplo, MAURACH. Depois de ter dito que o crime continuado é uma unidade para todos os efeitos materiais e processuais, esclarece que na decadência, deve-se considerar cada ato isolado (Cf. "Strafrecht, ein Lehrbuch, Allgemeiner Teil, Heidelberg e Karlsruhe, Müller Verlag, 1978, p. 311, 5.ª edição). Veja-se também JESCHKE ("Lehrbuch des Strafrechts", Berlin, Duncker & Humblot, 1978, p. 583, 3.ª edição) mostrando que no caso de decadência considera-se cada ato isolado ("jeden Einzelfakt"). SCHÖNKE-SCHRÖDER, em seus valiosíssimos comentários (Strafgesetzbuch Kommentar), Munique, Beck, 1978, 605), também esclarecem que o prazo para oferecimento da queixa se conta a partir de cada ato isolado e independente: "Auch die Strafantragsfrist ist für jeden Teilakt zu bestimmen."

De acordo com a lição desses autores é a jurisprudência do Supremo Tribunal Alemão que todos invocam. Cf. "Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Strafsachen", vol. 17 p. 157.

Perante nossa lei, não há dúvida alguma de que se trata de ficção para efeito de pena. O crime continuado está previsto como parágrafo do artigo que trata do concurso de crimes, entre as regras sobre aplicação da pena. Isso significa que o dispositivo sobre crime continuado visa ape-

A opinião desse professor somam-se as lições de DAMASIO E. DE JESUS ("Código de Processo Penal Anotado", p. 250) e CELSO DELMANTO ("Código Penal Anotado", São Paulo, Saraiva, 1982, 86): "Na continuação, o prazo decadencial deve ser considerado em relação a cada delito, que deve, para isso, ser apreciado isoladamente." "Toma-se como ponto inicial a data de cada uma das infrações."

Nesse sentido também orientam-se os tribunais como se pode ver das decisões publicadas na RT 444/391 e 523/418, que representam a mais recente jurisprudência do Tribunal de Alçada de São Paulo.

Se o crime continuado é uma unidade por ficção que opera somente para o efeito da pena, é claro que, na falta de regra expressa, as questões processuais se resolvem em face de cada delito. É o que ensina MANZINI ("Tratado", cit., p. 635): "Tutte le cause estrinseche al reato o che

altrimenti rendendo improponibile, o inseguibile l'azione penale, hanno effetto sui reati contemporanei o anteriori alla apparizione delle dette cause, non mai sui reati posteriori, appunto perché il reato continuato non è una entità ontologicamente unica, ma risulta da um concorso di reati."

O entendimento que o recorrente sustentava conduziria ao absurdo de permitir indefinidamente a prática de crimes contra a honra, transferido a dignidade das pessoas em *res nullius*, impotente o ordenamento jurídico. Isso porque a queixa não poderia mais ser apresentada, se o ofendido tomasse conhecimento das repetidas ofensas, três meses depois que começaram a aparecer. Parece um rematado absurdo, que o direito jamais poderia tolerar, admitir que o caluniador contumaz alcançasse, em tal situação, um *bill* de indenidade, para prosseguir cometendo crimes. (Nota de H.C.F.)

## LANÇA-PERFUME — ENTORPECENTE

Na AC 4.783-RS, relator o Min. William Patterson (*DJU* de 17.7.82, p. 5.934), a 2.ª Turma do TFR baseando-se em laudo pericial que atestou a capacidade de lança-perfume (cloro de etila) para produzir dependência, condenou réus por crime de lei de tóxicos.

*Data venia*, solução errada. Só podem ser considerados entorpecentes por força do art. 36 da lei de tóxicos, aquelas substâncias assim

consideradas por lei ou portaria do Ministério da Saúde.

No momento do crime a matéria era regulada pelas Portarias 19 e 20 do DIMED, Ministério da Saúde, e nelas o cloro de etila não estava incluído, não aparecendo em nenhum tratado internacional a que o Brasil tenha aderido na repressão a drogas. Portanto, ainda que de fato possa causar dependência, de direito, para fins penais, a substância ainda não é havida como entorpecente.

Normalmente as apreensões de lança-perfume são tipificadas como crime de contrabando (importação de mercadoria proibida) já que o produto teve fabricação e comércio proibidos há alguns anos, proibição ainda vigente. (Nota de Jorge Medeiros da Silva.)

## ROUBO. MOMENTO CONSUMATIVO

Curiosa decisão proferiu a 1.ª Turma do STF no RECr. 96.846-6-SP, de que foi relator o Min. Alfredo Buzaid, versando sobre o tema de consumação e tentativa em crime de roubo. A ementa afirma que "não é elemento típico do crime de roubo o locupletamento com a res ou com o seu produto. Verifica-se a consumação do crime de roubo quando o agente exerce a ação mediante ameaça ou violência, independente de se apropriar ou não da coisa subtraída à vítima" (DJ de 17.9.82, 9.100).

Tratando-se de crime complexo, sabe-se que o roubo será tentado sempre que pelo menos um dos crimes que o constituem ficar na fase da tentativa. No roubo próprio, o momento consumativo se dá quando a coisa é retirada da esfera de disponibilidade e de vigilância do sujeito passivo, ficando em poder autônomo

e tranqüilo — ainda que passageiro — do agente. Não há discrepância a propósito na doutrina.

A decisão comentada externa, em última análise, o mais que duvidoso entendimento de que o roubo é crime meramente formal. Ela também nos remete à discussão sobre consumação e tentativa que ocorre, na hipótese do § 3.º, do art. 157, CP, nos casos de homicídio consumado e subtração tentada: a corrente dominante do STF considera a ocorrência, aqui, de latrocínio consumado, não obstante inexistir lesão de natureza patrimonial completamente executada.

Terá sido a mesma espécie de raciocínio, aliada muito provavelmente à notória má-vontade dos tribunais para com os ladrões, o que determinou a singular decisão, positivamente infeliz. (Nota de José Carlos Fragoso.)

HULSMAN (Louk) — DE CELIS (Jacqueline Bernat), *Peines perdues. Le système pénal en question*, Paris, Le Centurion, 1982.

Louk Hulsmann é professor de direito penal na Universidade de Rotterdam e integrou o Comitê europeu para os problemas criminais, do Conselho da Europa. É membro do Conselho de Direção da Associação Internacional de Direito Penal, sendo uma das personalidades mais destacadas da ciência penal europeia da atualidade. Jacqueline Bernat de Celis que aparece como co-autora da obra, em realidade conduziu apenas as entrevistas com o autor, situadas ao início. Essas entrevistas servem bem para dar uma idéia sobre Louk Hulsmann, suas atividades e sua formação, que permitem compreender as suas propostas.

O autor advoga a abolição do sistema de justiça criminal. Esse sistema, segundo entende, é irracional e funciona à base de ilusões estereotipadas. O policial, o juiz, o legislador são considerados como representantes da *ordem*, e, pois, do *bem*. O delinqüente é visto como elemento anormal que cumpre segregar para eliminar a sua capacidade de fazer mal. É urgente desmistificar essas imagens, para contemplar os verdadeiros problemas. A prisão é um universo artificial onde tudo é negativo, representando um sofrimento estéril. A igualdade perante a lei é uma das mais solenes mistificações do sistema. Cumpre eliminar noções como *culpado* e *inocente* e desenvolver técnicas de solução comunitárias de situações-problemas. A cifra negra da criminalidade é enorme e realmente só chega ao sistema um número bastante reduzido de casos.

Hulsmann entende que o sistema penal fabrica culpados e traz à colação o caso dos países onde o divórcio é visto como sanção de uma falta de um ou de ambos os cônjuges, e não como simples reconhecimento de um impasse. O sistema penal é concebido num clima de teologia escolástica, produzindo culpabilizações artificiais. O conceito de culpa é ambíguo, imponderável, incompreensível, metafísico. Para a cadeia vão sempre os mais fracos e desfavorecidos. É necessário eliminar os conceitos de crime e de pena o que implica em renovação completa do discurso global sobre o fenômeno criminal e sobre a reação social que ele suscita. Trata-se de introduzir uma linguagem nova para exprimir uma visão não estigmatizante sobre as pessoas e as situações. Quando se pergunta por que substituir o sistema penal, busca-se efetivamente uma substituição, o que não constitui boa abordagem. Pois não se trata de refabricar um sistema, mas, sim de contemplar a realidade com outros olhos. Em muito casos, um comportamento pode deixar de ser crime sem que qualquer estrutura venha substituir o defunto sistema penal. Em suma, para o autor não existem crimes, mas situações-problemas. É fora da participação das pessoas diretamente implicadas nessas situações, é impossível alcançar soluções humanas. O sentimento vindicativo das pessoas pode também ser aplacado através de um sistema compensatório.

Na parte final do volume aparecem manifestações críticas de Marc Ancel e do sociólogo Claude Faugeron.

O que se tem a dizer é que é fácil criticar o sistema da justiça criminal, assinalando as suas incoerências e as discrepâncias gritantes entre a teoria e a realidade. Sobre isto estamos hoje todos de acordo. Será, porém, utópico imaginar a abolição desse sistema. Maurach dizia que a sociedade que renunciasse ao sistema punitivo estaria fadada à dissolução. É significativo, porém, que um penalista tão inteligente e lúcido como Hulsman proponha a solução extrema.

O que parece hoje necessário é ter presente, em todo sistema de justiça criminal, a conveniência de recorrer a outros critérios de solução de conflitos, sempre que isso seja possível. São cada vez mais importantes os sistemas de mediação e de diversificação para solucionar os problemas criminais. Mas não se pode, pelo menos num futuro previsível, acabar com o sistema penal que corresponde a uma necessidade incontornável da convivência civil.

O leitor brasileiro já conhece Louk Hulsman, pois esta revista publicou, no n.º 9/10, o seu importante relatório sobre descriminalização. O livro de que damos notícia será lido com enorme prazer e grande interesse.

H. C. F.

ABBOTT (Jack Henry), *In the belly of the beast*, Londres, Arrow Books, 1982.

O livro é composto com cartas enviadas pelo autor, recolhido a prisão, ao escritor Norman Mailer. O autor passou a maior parte de sua vida em instituições penais. Aos doze anos foi internado em estabelecimento correccional para jovens, a Utah State Industrial School for Boys, sendo libertado cinco anos mais tarde. Aos dezoito anos, foi condenado por emissão de cheque sem fundos à pena indeterminada de até cinco anos, ingressando na penitenciaría estadual de Utah. Na prisão, Jack Abbott matou um presidiário e feriu outro. Embora recolhido em sistema de máxima segurança, evadiu-se e como fugitivo cometeu assalto a banco.

Trata-se de pessoa integralmente triturada pelo sistema policial-judiciário, que conhece e revela em profundidade os horrores da vida nos estabelecimentos correccionais. Norman Mailer destaca, no prefácio, o valor literário da obra, que é realmente fascinante. Sua significação mais importante, no entanto, está no testemunho que dá da violência e da brutalidade do encarceramento. O autor passou mais de dez anos em solitárias ou celas de castigo, que ele descreve de forma minuciosa. Difícilmente se pode imaginar invenção mais diabólica de tormento e privação.

Os criminólogos atribuem um grande valor a esse tipo de literatura, porque revela aspectos do terrível sistema penitenciário que passam despercebidos à pesquisa. O livro de Jack Abbott vem somar-se às hoje clássicas obras de Eldridge Cleaver (*Soul on ice*, Nova York, Dell Publishing, 1968) e George Jackson (*Soledad Brother*, Nova York, Bantam Books, 1970). É um documento com a mesma força desses dois impressionantes livros de líderes negros, que não se submeteram ao sistema e que, por isso, passaram a maior parte do tempo de sua prisão em solitárias. George Jackson, quando tinha apenas 18 anos, foi condenado à pena indeterminada de 1 ano à prisão perpétua, por furtar

70 dólares de um posto de gasolina. Passou onze anos na prisão, dos quais 8 e meio em confinamento, em solitária. Quando tinha 28 anos, matou um guarda na prisão de Soledad.

Jack Abbott também foi lançado no sistema através de pena brutal por crime sem gravidade. O sistema de pena indeterminada, que falhou por completo e que constituiu uma forma terrível de dominação e de submissão do preso, é o responsável pela opressão de que são vítimas os condenados. Jack Abbott, em seu livro, escreve páginas candentes contra o sistema da pena indeterminada.

O livro nos dá idéias claras de uma pessoa revoltada e destruída pela prisão, sem esperanças de retomar uma vida normal. A conclusão a que se chega, é a de que a prisão é uma realidade violenta e opressiva, na qual é inteiramente impossível a recuperação social do condenado. Não há nada que se possa fazer com a prisão, a não ser punir, segregar e destruir as pessoas.

Depois de publicado este livro, Jack Abbott finalmente conseguiu o livramento condicional. Por pouco tempo, porém. Em liberdade, praticou um homicídio que o trouxe de volta à casa onde se habituou a viver e que o tornou absolutamente incapaz de suportar a vida em liberdade.

H. C. F.

MARQUES PORTO (Hermínio Alberto), *Júri*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982 (3.ª edição).

Apreciando a primeira edição desta obra (RDP 7/8: 106), dela dizíamos que se trata de livro enxuto, da melhor categoria, com informação completa e exata sobre cada uma das questões examinadas, com indicação sempre oportuna de jurisprudência.

As sucessivas edições, sempre ampliadas e atualizadas atestam a qualidade da obra, que hoje é, sem a menor dúvida, um de nossos melhores trabalhos sobre o processo do júri.

H. C. F.

MEDEIROS DA SILVA (Jorge), *Direito Penal Especial*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981.

O autor reúne neste volume breves comentários a leis penais extravagantes, examinando os crimes contra o mercado de capitais, a previdência social e a previdência privada, bem como o direito penal imobiliário, os delitos de telecomunicações e a proteção penal do silvícola, terminando com o direito penal nuclear.

No quadro de nossa escassa literatura sobre vários dos temas abordados, o livro pode ser útil a quem se inicia no estudo das matérias. O exame da nossa legislação penal nos temas abordados nos deixa uma sensação de desalento. As leis são mal feitas e precárias, sem qualquer efeito prático, destinando-se realmente a autores que gozam de completa impunidade.

O autor é procurador da República no Rio de Janeiro, sempre atento às questões do direito penal. O livro de que damos notícia tem ligeira apresentação do prof. Paulo José da Costa Jr.

H. C. F.

## LIVROS NOVOS RECEBIDOS

### I — DIREITO PENAL

- ALMEIDA SALLES JR. (Romeu), *Homicídio Culposo*, São Paulo, Saraiva, 1982.
- ALWART (Heiner), *Strafwürdiges Versuchen. Eine Analyse zum Begriff der Strafwürdigkeit und zur Struktur des Versuchsdelikts*, Berlim-Munique, Duncker & Humblot, 1982.
- ANTUNES ANDREUCCI (Ricardo), *Estudos e Pareceres de Direito Penal*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- BAIGÚN (David) — TOZZINI (Carlos A.), *La fasedad documental en la jurisprudencia*, Buenos Aires, Pensamento Jurídico Editora, 1982.
- BARBERO SANTOS (Marino) et al., *La reforma penal. Cuatro cuestiones fundamentales*, Madri, Instituto Alemán, 1982.
- BASSIOUNI (M. Cherif), (ed.), *The Islamic Criminal Justice System*, Londres, Roma e Nova York, Oceana Publications, 1982.
- BETTIO (Giuseppe), *Diritto Penale*, Pádua, Cedam, 1982, 11.ª ed.
- BUSTOS RAMIREZ (Juan), VALENZUELA BEJOS (Manuel), *Derecho Penal Latinoamericano comparado*, Buenos Aires, Depalma, 1981.
- DELMANTO (Celso), *Tóxicos*, São Paulo, Saraiva, 1982.
- Diritto Penal e Processo Penal*, OAB, Conselho Federal, Orientação legal preventiva para necessitados, Rio de Janeiro, 1982.
- FRAGOSO (Helena Cláudio), *Jurisprudência Criminal*, Rio de Janeiro, Forense, 1982, (4.ª edição).
- GIUSTI (G.), *L'eutanasia. Diritto di vivere. Diritto di morire*, Pádua, Cedam, 1982.
- GONÇALVES GOMES F.º (Hugo), *Curso programado. Direito Penal* (Parte Geral), Rio de Janeiro, Editora Rio, 1982.
- HACK (Christoph), *Probleme des Tatbestands Subventionsbetrug*, 264 StGB, unter dem Blickwinkel strafrechtlicher Lehren, Berlim e Munique, Duncker & Humblot, 1982.
- HALL (Jerome), *Law, Social Science and Criminal Theory*, Littleton, Fred B. Rothman, 1982.
- HETTINGER (Michael), *Das doppelverwertungsverbot bei strafrahmenbildender Umstaenden* (§§ 46 Abs. 3, 50 StGB), Berlim e Munique, Duncker & Humblot, 1982.
- HOBBING (Peter), *Strafwürdigkeit der Selbstverletzung: der Drogenkonsum im deutschen und brasilianische Recht*, Frankfurt am Main, Peter Lang, 1982.
- KELLER (Rainer), *Strafrechtlicher Gewaltbegriff und Staatsgewalt*, Berlim e Munique, Duncker & Humblot, 1982.
- KOSTARAS (Alexander P.), *Zur strafrechtlichen Problematik der Demonstrationsdelikte, unter Berücksichtigung von verfassungstheoretischen und*

massen-psychologischen Aspekten, Berlim e Munique, Duncker & Humblot, 1982.

- MAYRINK DA COSTA (Alvaro), *Direito Penal. Parte Geral*, Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- MESTIERI (João), *Do Delito de estupro*, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- NUVOLONE (Pietro), *O sistema de direito penal*, vol. 1.º, São Paulo, Revista dos Tribunais, 1981, tradução de Ada Pellegrini Grinover e notas de René Ariel Dotti.
- PIEDADE JR. (Heitor), *Personalidade psicopática, semi-imputabilidade e medida de segurança*, Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- PINHEIRO (Geraldo de Faria) e RIBEIRO (Dorival), *Doutrina, Legislação e Jurisprudência do Trânsito*, São Paulo, Saraiva, 1982.
- SANNWALDO (Detlef), *Rechtsgut und Subventionsbegriff* § 264, StGB, Berlim e Munique, Duncker & Humblot, 1982.
- SOUZA (Moacyr Benedito de), *A influência da Escola Positiva no Direito Penal Brasileiro*, São Paulo, Livraria e Editora Universitária de Direito, 1982.
- TOLEDO (Francisco de Assis), *Princípios básicos de Direito Penal*, São Paulo, Saraiva, 1982.
- YRURETA (Gladys), *El indígena ante la ley penal*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1981.
- II — PROCESSO PENAL
- CAMPOS BARROS (Romeu Pires), *Processo Penal Cautelar*, Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- HEUBEL (Horst), *Der "fair trial" — ein Grundsatz des Strafrechtens?*, Berlim-Munique, Duncker & Humblot, 1981.
- JESUS (Damásio E. de), *Código de Processo Penal Anotado*, São Paulo, Saraiva, 1982.
- MARQUES PORTO (Hermínio A.), *Júri*, 3.ª ed., São Paulo, Revista dos Tribunais, 1982.
- MEDEIROS (Flávio Meirelles), *Nulidades do Processo Penal*, Porto Alegre, Síntese, 1982.
- PISAPIA (Ghan Domenico), *Compendio di Procedura Penale*, Pádua, Cedam, 1982 (3.ª edição).
- ROCHA (Luiz Carlos), *Prática policial*, São Paulo, Saraiva, 1982.
- SILVEIRA ARRAES (Gerson) 1.000 perguntas. *Direito Processual Penal*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1982.
- III — CRIMINOLOGIA
- ANIYAR DE CASTRO (Lola), *La realidad contra los mitos. Reflexiones críticas en criminología*, Maracalbo, Universidad del Zulia, 1982.
- BARATTA (Alessandro), *Criminologia critica e crítica del diritto penale*, Bologna, Mulino, 1982.
- DEL OLMO (Rosa), *America Latina y su Criminologia*, México, Siglo veintiuno, 1981.



- DEL OLMO (Rosa), *Estudio Criminológico de los delitos de tránsito en Venezuela*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1978.
- DEL OLMO (Rosa), *La sócio-política de las drogas*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1975.
- DEL OLMO (Rosa), *Ruptura criminológica*, Caracas, Universidad Central de Venezuela, 1979.
- DEL PONT (Luiz Marco) — Mitrani (Abraham Nadelsticher), *Delitos de cuello blanco y reacción social*, México, Instituto Nacional de Ciencias Penales, 1981.
- Marijuana and Health*, Report of a study by a Committee of the Institute of Medicine, National Academy Press, Washington, 1982.
- MAYRINK DA COSTA (Alvaro), *Criminologia*, vol. I, tomos I e II, Rio de Janeiro, Forense, 1982 (3.ª edição).
- PAOLI (Maria Célia) et al., *A violência brasileira*, São Paulo, Brasiliense, 1982.
- SANTOS (Nildo Nery dos), *1.000 perguntas. Criminologia*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1982.
- ZAFFARONI (Eugênio Raul), *Política Criminal latinoamericana*, Buenos Aires, Editorial Hammurabi, 1982.

#### IV — PERIÓDICOS

- Cahiers de Défense Sociale*, Bulletin de la Société Internationale de Défense Sociale, 1980, 1981.
- Cahiers de Défense Sociale*, Número especial dedicado às Segundas Jornadas Europeias de defesa social, "A proteção judiciária da infância", Varenna, maio de 1980.
- Crime and Social Justice*, n.º 17 (Summer 1982), San Francisco, California.
- Deviance et Société*, Junho 1982, vol. VI, n.º 2 (Genebra).
- Doctrina Penal*, n.º 17, ano V, janeiro-março de 1982; n.º 18, Abril-junho de 1982.
- Revista de Derecho Penal*, Agosto de 1982, n.º 4, Fundación de Cultura Universitária, Montevideú.
- Revista de Direito Militar*, n.º 9, ano VI, 1981 (Ministério Público Militar da União).
- Revista de Informação Legislativa*, n.º 74 (ano 19), Abril-Junho 1982.
- Revista do Conselho Penitenciário do Distrito Federal*, n.º 43 (Jul-Dez. 1981).
- Revue de Science Criminelle et de Droit Pénal Comparé*, 1982, n.º 2 (Abril-Junho).
- Revue Internationale de Droit Pénal*, 1.º e 2.º trimestre de 1982 (La criminologie d'affaires).

#### V — DIVERSOS

- COSTA (José Armando), *Fundamentos da Polícia Judiciária*, Rio de Janeiro, Forense, 1982.
- LINS E SILVA (Técio) — LUPPI (Carlos Alberto), *A cidade está com medo*, Rio de Janeiro, Editora Marco Zero, 1982.
- SÁ FERREIRA (Urvald de), *Medicina Legal Resumida*, Rio de Janeiro, Editora Rio, 1982.

## LEIS E PROJETOS

### EMENDA CONSTITUCIONAL N.º 22, DE 29 DE JUNHO DE 1982

*Altera e acrescenta dispositivos à Constituição Federal.*

As mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do art. 49 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Artigo único — São alterados e acrescentados à Constituição Federal os seguintes dispositivos, reenumerados os atuais arts. 207 a 212 para, respectivamente, de 209 a 214:

*Omissis*

Art. 32. Os deputados e senadores são invioláveis no exercício do mandato, por suas opiniões, palavras e votos, salvo no caso de crime contra a honra.

§ 1.º — Desde a expedição do diploma até a inauguração da legislatura seguinte, os membros do Congresso Nacional não poderão ser presos, salvo flagrante de crime inafiançável.

§ 2.º — No caso de flagrante de crime inafiançável, os autos serão remetidos, dentro de 48 (quarenta e oito) horas, à Câmara respectiva, para que resolva sobre a prisão.

§ 3.º — Nos crimes comuns, imputáveis a deputados e senadores, a Câmara respectiva, por maioria absoluta, poderá a qualquer momento, por iniciativa da Mesa, sustar o processo.

§ 5.º — Nos crimes contra a Segurança Nacional, poderá o Procurador-Geral da República, recebida a denúncia e considerada a gravidade do delito, requerer a suspensão do exercício do mandato parlamentar, até a decisão final de sua representação pelo Supremo Tribunal Federal.

*Omissis*

(Publicado no DO de 5.7.82.)

REVISTA DE DIREITO PENAL

Publicações em números anteriores, ainda disponíveis:

- Alcides Munhoz Netto, *Descriminantes putativas fáticas*, n.º 17/18 (1975).
- Alessandro Baratta, *Criminologia crítica e política criminal*, n.º 23 (1976).
- Argenis Riera Encinoza, *A dialética da função policial na América Latina*, n.º 29 (1980).
- Eduardo Novoa Monreal, *Alternativas e transes do direito penal de hoje*, n.º 24 (1977).
- Heleno C. Fragoso, *Alternativas da pena privativa da liberdade*, n.º 29 (1980).
- Juarez Cirino dos Santos, *Defesa social e desenvolvimento*, n.º 26 (1979).
- Lola Aniyar de Castro, *Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo*, n.º 30 (1980).
- Manuel Lopez-Rey, *Manifesto criminológico*, n.º 24 (1977).
- Nilo Batista, *Aborto: a retórica contra a razão*, n.º 27 (1979).
- Peter P. Lejins, *A atual crise da política criminal nos Estados Unidos*, n.º 28 (1979).
- Roberto Lyra Filho, *Carta aberta a um jovem criminólogo: teoria, praxis e táticas atuais*, n.º 28 (1979).

Pedidos à Cia. Editora Forense

Av. Erasmo Braga, 299 — 2.º andar  
Rio de Janeiro, RJ

# SUMÁRIO

## DOCTRINA

ALCIDES MUNHOZ NETTO — Os crimes omissos no Brasil . . . . .	5
EUGENIO RAÚL ZAFFARONI — Panorama atual da problemática da omissão . . . . .	30
HELENO CLAUDIO FRAGOSO — Crimes omissivos no direito brasileiro . . . . .	41
EVERARDO DA CUNHA LUNA — O crime de omissão e a responsabilidade penal por omissão . . . . .	48
HEITOR COSTA JÚNIOR — Teorias acerca da omissão . . . . .	60
RICARDO ANTUNES ANDREUCCI e DAVID TEIXEIRA DE AZEVEDO — Omissão e política criminal . . . . .	74
NILO BATISTA — Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil . . . . .	78
EDUARDO NOVOA MONREAL — Reflexões para a determinação e delimitação do delito econômico . . . . .	90
HELENO CLAUDIO FRAGOSO — Direito penal econômico e direito penal dos negócios . . . . .	122
RENÉ ARIEL DOTTI — O direito penal econômico e a proteção do consumidor . . . . .	130
MIGUEL REALE JUNIOR — Concorrência destéal e interesse difuso no direito brasileiro . . . . .	159
VIRGILIO LUIZ DONNICI — Brasil — um país invadido pela violência, pela impunidade e pelos abusos do poder econômico . . . . .	170
JOÃO MESTERI — Direito penal econômico . . . . .	190
JUAREZ CIRINO DOS SANTOS — Direito penal econômico . . . . .	196
JOÃO MARCELO DE ARAUJO JR. — Criminalidade econômica — o crime de gestão fraudulenta (art. 3.º, IX, da Lei de Economia Popular) . . . . .	202
RAUL CHAVES — Conceito e princípios do direito penal econômico (compreendendo a proteção dos consumidores) . . . . .	208

## COMENTÁRIOS DE JURISPRUDÊNCIA

Decadência. Contagem do prazo no crime continuado . . . . .	211
Lança-perfume — entorpecente . . . . .	213
Roubo. Momento consumativo . . . . .	214

RESENHA BIBLIOGRÁFICA . . . . .	215
---------------------------------	-----

## LEIS E PROJETOS

Emenda Constitucional n.º 22, de 29 de junho de 1982 — Altera e acrescenta dispositivos à Constituição Federal . . . . .	221
--	-----