

JORGE DE FIGUEIREDO DIAS

Universidade de Coimbra.

Sobre a autonomia dogmática do direito penal económico. —Uma reflexão à luz do novo direito penal económico português—*

(*) O texto que se segue reproduz —acrescido de notas mas, no resto, sem alterações— o que me serviu de guião na conferência que proferi na Faculdade de Direito da Universidade de Santiago de Compostela em 21 de Novembro de 1984, a convite do Prof. Doutor Agustín Fernández Albor, ao qual, por isso, renovo aqui o meu reconhecimento.

A bibliografia respeitante ao tema tratado é já hoje praticamente inabarcável, pelo que não poderia ser aqui recenseada. As notas limitam-se assim ao indispensável; se me permito remeter, por vezes, para obras minhas, é só porque os temas e os argumentos apenas aflorados no texto se encontram expostos nelas com maior desenvolvimento.

I

Confesso que a oportunidade de falar hoje perante vós constitui para mim motivo de grande honra e de especial regozijo. Não necessito de encarecer o carácter exemplar dos laços científicos e universitários que ligam as Faculdades de Direito de Santiago e de Coimbra: eles documentam-se numa bibliografia vasta e valiosa; e constituem resposta viva aos que clamam —com razão— que a decantada irmandade hispano-lusa se não há-de predicar em retóricas inúteis, mas em obras que sirvam o conhecimento e o progresso mútuos.

Começo antes com uma nota pessoal. Há pouco mais de quatro anos vivi aqui mesmo, em Santiago, momentos que constituíram para mim, como no dizer do poeta, “uma alegria para sempre”. Foi o caso de o vosso ilustre professor e meu querido amigo Fernández Albor me ter distinguido com o convite para participar nas Jornadas de Santiago dos catedráticos espanhóis de direito penal. Convivi nesses dias com alguns dos mais nobres espíritos universitários que até hoje me foi dado encontrar; e acedi a um conhecimento mais perfeito, na sua vastidão e nas suas potencialidades inesgotáveis, da ciência do direito penal espanhola. Contraí nessa altura para com esta Espanha dos meus avós, para com a Faculdade de

Direito da Universidade de Santiago e, em especial, para com Fernández Albor, uma dívida de gratidão que jamais poderei pagar.

Depois disso, aliás, a dívida não parou de crescer. Ainda há alguns meses Fernández Albor proferiu na Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto uma importante conferência sobre problemas da reforma do direito penal espanhol, que deixou em quantos a ouviram uma impressão profunda. Servindo a minha vinda hoje aqui, em boa verdade, mais para aumentar a dívida do que para a minorar, aceitareis em todo o caso que eu me apresente perante vós como romeiro de longa romagem que —um pouco à maneira dos que outrora, de longes terras, demandavam o túmulo do Apóstolo— se apresta a demonstrar, o melhor que lhe for possível, o seu agradecimento e a sua comunhão de espírito.

Comunhão de espírito que eu gostaria se tornasse visível logo no tema que escolhi para objecto da minha exposição: a *autonomia dogmática do direito penal económico*. Fernández Albor escreveu, há alguns anos, um excelente livro sobre a criminalidade económica (1); eu mesmo venho desde há tempos a ocupar-me do tema; ao que acresce que o direito penal português revela nesta matéria, desde há algumas décadas, certos traços originais, que me parecem abrir pistas de reflexão dignas de serem consideradas, mesmo fora do âmbito estrito de relevância da ordem jurídica portuguesa. O meu propósito é todavia bem menos ambicioso do que um tratamento da problemática da criminalidade económica. Deixarei fora de consideração expressa, e antes apenas simplesmente pressuposta, toda a questão importantíssima do *perfil*

(1) Fernández Albor, *Estudios sobre criminalidad económica*, Barcelona, Bosch, 1978.

criminológico da criminalidade económica, para me ocupar apenas dos reflexos desta no plano da *dogmática jurídico-penal*. O esclarecimento e a penetração do direito penal económico neste plano — uma tarefa ainda mal esboçada, mesmo nas doutrinas jurídico-penais mais evoluídas (2)— são decerto condicionados pela realidade criminológica subjacente, bem como pelos propósitos da política social, em particular da política criminal; mas são, por sua vez, condição indispensável de qualquer tentativa de reforma legislativa neste campo. Sendo assim, e estando hoje a Espanha em pleno processo de reforma global do seu ordenamento jurídico-penal, tanto basta, creio, para justificar o relevo actual do tema que elegi. Acrescentarei apenas que, apresentando-se o meu tratamento de índole tanto quanto possível geral, muitos dos argumentos que avançarei são pensados à luz da evolução e do sentido da ordem jurídico-penal económica portuguesa. Quais deles e o que deles possa ter interesse para o movimento de reforma global do direito penal espanhol é, por isso, coisa que só aos meus ouvintes caberá determinar.

(2) Sem com isto esquecer a existência de contributos valiosísimos, como é o caso —para além da literatura consagrada, ao longo do último século, ao tema das relações entre direito penal de justiça e direito penal administrativo— das investigações de K. Tiedemann, *Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht*, Tübingen, Mohr, 1969, de H. Mattes, *Untersuchungen zur Lehre von der Ordnungswidrigkeiten*, 2 vols., Berlin, Duncker & Humblot, 1977 e 1982, de E. Correia, “Introdução ao Direito Penal Económico”, *Revista de Direito e Economia* 3, 1977, de M. Delmas-Marty, *Droit pénal des affaires*, Paris, PUF, 1973 e de C.A. Paliero, “Il ‘diritto penale-amministrativo’: profili comparatistici”, *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1980.

II

Seja qual for o sentido da evolução no futuro, a História reconhecerá por certo como uma das características mais marcantes do direito penal dos últimos vinte anos o movimento em favor da *autonomização* do direito penal económico. Estamos, em Portugal, particularmente bem situados para compreender e acompanhar este movimento. Por várias razões. Porque, por um lado, Portugal foi um dos primeiros países no mundo não socialista a possuir uma lei especial sobre os delitos contra a economia —o Decreto-Lei nº 41.204, de 24-7-1957 (3)—. Porque, por outro lado, a Constituição portuguesa de 1976 assegurou um figurino constitucional assente no respeito pelos direitos fundamentais das pessoas, mas que confere particular ênfase aos direitos económicos, sociais e culturais do cidadão e à organização económica (4). Porque, em terceiro lugar, o

(3) Este diploma legal despertou alguma atenção mesmo à doutrina estrangeira; cf. por exemplo K. Tiedemann, “Internationale und vergleichende Aspekte der Wirtschaftskriminalität”, in *Aktuelle Beiträge zur Wirtschaftskriminalität*, Band 4, 1974, p. 122; Idem, *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität* 2, BT, Reinbeck, Rowohlt, 1976, p. 218 s.; D. Schaffmeister, “Das niederländische Wirtschaftsstrafgesetz”, *Zeits. f.d.g. Strafrechtswissenschaft* 85, 1973, p. 787. Na literatura portuguesa, além do notável Parecer nº 46/IV da Câmara Corporativa sobre o projecto donde resultou o Decreto-Lei nº 41.204 (relator, Vaz Pinto), in *Pareceres da Câmara Corporativa*, 1957, I, p. 116, cf. Arala Chaves, *Delitos contra a Saúde Pública e a Economia Nacional*, Coimbra, Coimbra Editora, 1961 e, por último, Figueiredo Dias / Costa Andrade, “Problemática Geral das Infrações Contra a Economia Nacional”, *Boletim do Ministério da Justiça* 262, 1977, p. 40 s.

(4) E no entanto —será interessante notá-lo—, a Constituição portuguesa recusa-se a falar expressamente em “Estado de Direito social”, para usar antes a expressão “Estado de Direito democrático”. Segundo J. Miranda, *A Constituição de 1976 —Função, Estrutura, Princípios Fundamentais—*, Lisboa, Petrony, 1978, p. 500, tal terá ficado a

novo Código Penal português de 1982 se manteve fiel à ideia, com tradição segura em Portugal, de que um código penal deve conter apenas o direito penal central, clássico, de justiça ou criminal, enquanto o direito penal de carácter administrativo, mesmo o de cunho económico-social, deve constar de legislação não-codificada; sem prejuízo de dever existir uma lei-quadro que discipline a variedade e diversidade deste direito penal económico-social (5). Porque, em quarto lugar e conseqüentemente, se não perdeu a correcta percepção, de que uma reforma global do ordenamento jurídico-penal, como aquela que neste momento se encontra em vias de conclusão em Portugal, se não basta com a reforma do código penal, do código de processo penal, da lei de execução das penas e da lei das infracções regulamentares ou de mera ordenação (6), mas ficaria irremediavelmente incompleta se não se estendesse também à

dever-se à “degradação” que o termo Estado social terá sofrido, em Portugal, entre 1970 e 1974. Sobre o papel —relevatíssimo— concedido pela Constituição portuguesa aos direitos sociais fundamentais cf., por outros, Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, Coimbra, Almedina, 1983, pp. 97 ss. e 198 ss.; Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, 3^a ed., Coimbra, Almedina, 1983, pp. 97 ss. e 512 ss.; Gomes Canotilho / Vital Moreira, I, 2^a ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 121 s. e 318 ss.; J. Miranda, cit., pp. 303 ss.

(5) Neste sentido E. Correia, “As Grandes Linhas da Reforma Penal”, in *Jornadas de Direito Criminal: o Novo Código Penal Português e Legislação Complementar*, I, 1983, p. 36 s.; e o meu “Sobre o Papel do Direito Penal na Protecção do Ambiente”, *Revista de Direito e Economia* 4, 1978, pp. 10 ss.

(6) São os seguintes os novos diplomas: Código Penal: Decreto-Lei n^o 400/82, de 23 de Setembro; Lei de Execução das Penas: Decreto-Lei n^o 265/79, de 1 de Agosto; Lei do Direito de Mera Ordenação: Decreto-Lei n^o 232/79, de 24 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei n^o 433/82, de 27 de Outubro. Quando ao Código de Processo Penal, presido neste momento a uma Comissão cuja missão é apresentar, em breve tempo, um projecto de novo diploma.

elaboração de uma nova lei-quadro dos delitos contra a economia; e isto mesmo sucedeu recentemente em Portugal, onde o referido Decreto-Lei nº 41.204 foi revogado e substituído pelo Decreto-Lei nº 28/84, de 21 de Janeiro (7).

Temos pois que, em Portugal, existem, em matéria sancionatória, três regiões bem diferenciadas, ao menos do ponto de vista formal: a do direito penal central, clássico ou de justiça, que no essencial corresponde à matéria contida no Código Penal; a do direito das infracções regulamentares, ou de mera ordenação —correspondentes, *grosso modo*, às antigas “contravenções” e, mais exactamente, às *Ordnungswidrigkeiten* do direito alemão, em português chamadas “contra-ordenações”— que se encontra regida por uma lei-quadro de carácter não penal; e a do direito penal económico-social, verdadeira face actual do antigamente chamado direito penal administrativo, subordinada aos princípios gerais do código penal e aos princípios especiais contidos numa lei-quadro de carácter penal.

Parece assim justificada a minha afirmação de há pouco, de que estamos em Portugal bem colocados para compreender e aceitar a causa da autonomização do direito penal económico. E no entanto, em geral, essa causa —com a transformação repetida da face sócio-económica do nosso mundo, com o rápido envelhecimento de muitos princípios que pareciam sólidos e o rejuvenescimento de tantos outros que pareciam frágeis— não pode ainda dizer-se ganha, a cada momento parecendo que o direito penal económico vai perder o seu rosto próprio, para comple-

(7) Sobre este diploma surgirá, em breve, uma colectânea, editada pelo Centro de Estudos Judiciários, contendo um conjunto de conferências proferidas em Coimbra por ocasião da publicação daquele.

tamente se confundir, numa parte com o direito penal geral, noutra parte com o direito de mera ordenação.

Ora, se vejo exactamente a situação das coisas, a pretendida autonomização, para que possa ser aceite em definitivo, haverá de impôr-se a três níveis diferentes: 1º, ao nível da especificidade do *ilícito*, e da consequente possibilidade da sua delimitação, face, por uma parte, ao ilícito penal geral, e face, por outra parte, ao ilícito de mera ordenação; 2º, ao nível da especificidade das *sanções*, dos seus fundamentos, do seu sentido e dos seus limites; 3º, ao nível da concreta *aplicação ou determinação* das sanções, da sua escolha e da sua medida.

Proponho-me considerar perante vós, sucessivamente, cada um destes três níveis (se bem que com o laconismo e o carácter quase apodíctico que me é imposto pela necessidade de não exceder sensivelmente o tempo que me sinto no direito de vos tomar). Sem todavia perder consciência de que é seguramente no tratamento do primeiro deles que se ganhará ou perderá em definitivo a causa da autonomia.

III

A minha primeira pergunta deve, pois, ser a seguinte: existe algum traço característico no ilícito penal económico que sirva para claramente o distinguir, de um lado do ilícito penal geral e, de outro lado, do ilícito de mera ordenação? Creio poder avançar uma resposta afirmativa, que em seguida tentarei justificar.

1. Parto, para a minha demonstração, de uma constatação puramente formal e que dificilmente

pode ser posta em dúvida. O que por toda a parte chamamos direito penal económico (ou económico-social) é um conjunto de normas de natureza punitiva que vivem, em regra, em legislação situada *fora* dos códigos penais. Trata-se, neste facto, de circunstância só aparentemente insignificativa, mas que na realidade constitui sintoma material e historicamente fundado do modo-de-ser próprio do direito penal económico-social. Este conforma, por excelência, um campo de normas condicionadas, em alto grau, por exigências bem definidas no tempo e no espaço; normas que, visando sancionar a violação da ordem jurídico-administrativa estadual, reenviam em regra para esta no que toca à determinação — eminentemente mutável — do seu conteúdo (por isso constituindo, com invulgar frequência, “normas penais em branco”). Num certo sentido o direito penal económico-social é, assim, direito penal administrativo: no sentido de que ele sanciona, com penas, ordenações da Administração e se apresenta portanto, na expressão de Klaus Tiedemann, como direito administrativo, se não segundo a competência, seguramente segundo a matéria (8).

Mas se assim é, a tarefa que agora me proponho parece facilitada. Se pudermos determinar como estamos hoje perante o problema do direito penal administrativo, parece que do mesmo passo ganharemos clareza sobre a essência e o âmbito do direito penal económico-social. Vejamos se esta hipótese se confirma e aonde pode ela conduzir.

2. A doutrina largamente dominante em países que, como a Alemanha e a Itália, ao problema têm dedicado cuidada atenção, considera que aquilo que

(8) K. Tiedemann (como nota 2), p. 6.

até ao fim da II Guerra Mundial se chamava direito penal administrativo é no essencial aquilo que hoje se chama *Ordnungswidrigkeitenrecht*, ou direito de mera ordenação. Até ao ponto de Heinz Mattes, na monumental investigação que ao tema dedicou — e cujo 1º volume foi traduzido para espanhol com o título significativo de “Problemas de derecho penal administrativo”—, falar a este propósito de uma “Renaissance des Verwaltungstrafrechts” (9). A ser assim, teríamos afinal que o chamado direito penal económico-social não seria, na sua essência, outra coisa senão um direito de mera ordenação, de carácter não penal, nem o ilícito respectivo possuiria qualquer autonomia.

Não consigo, porém, convencer-me do bom fundamento de uma tal tese (10). É sabido, na verdade, como a intenção que presidiu à criação do direito de mera ordenação foi —sobretudo por parte do “pai” deste direito, Eberhard Schmidt— a de satisfazer a exigência político-criminal, ou mesmo político-social, de subtrair ao domínio do direito penal um grande número de ilícitos de duvidosa ou nula rele-

(9) H. Mattes (como nota 2), I, p. 174. No mesmo sentido, na doutrina alemã, por outros, H.-H. Jescheck, *Lehrbuch des Strafrechts, AT*, 3ª ed., Berlin, Duncker & Humblot, 1978, p. 44 e G. Jakobs, *Strafrecht AT*, Berlin, Duncker & Humblot, 1983, p. 41 s. Na doutrina italiana, Dolcini/Paliero, “L’illecito amministrativo...”, mesma Riv., p. 1154. Na doutrina espanhola, em sentido fundamentalmente idêntico, se bem que no plano do direito constituendo, J. Cerezo Mir, “Límites entre el derecho penal y el derecho administrativo”, ADPCP 1975, p. 169 s.; Idem, *Curso de derecho penal español, Parte general I*, 2ª ed., Madrid, Tectnos, 1981, pp. 45 ss.; M. Bajo Fernández, *Derecho penal económico*, Madrid, Civitas, 1978, pp. 96 ss.

(10) O que se segue é um resumo apertado do que tive ocasião de escrever no meu artigo “Vom Verwaltungsstrafrecht zum Nebenstrafrecht”, *Festschrift für Jescheck I*, Berlin, Duncker & Humblot, 1985, pp. 79 ss.

vância ética (11). Posteriormente, porém, foi-se a pouco e pouco perdendo a consciência da distinção qualitativa, que nos referidos termos de início se estabelecera, entre ilícito penal e ilícito de mera ordenação, para se lhe substituir uma distinção puramente quantitativa, que faz do direito de mera ordenação um simples direito de “bagatelas penais”; e isto sobretudo com base em que, seja em que domínio do direito for, não é pensável a existência de um ilícito éticamente indiferente (12).

Subscrevo, sem reserva, esta afirmação (13). Mas continuo, apesar disso, a defender a viabilidade, e mesmo necessidade, de uma distinção qualitativa (ou, como eu prefiro chamar-lhe, “material”) entre direito penal e direito de mera ordenação. Distinção que radico na constatação de que há condutas a que, antes e independentemente da sua valoração como ilícitos, corresponde, e há outras condutas a que não corresponde, um mais amplo desvalor moral,

(11) Eb. Schmidt, *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, Tübingen, Mohr, 1950. No mesmo sentido, na doutrina portuguesa, E. Correia, *Direito Criminal, I*, Coimbra, Almedina, 1963, pp. 27 ss. e 217; Idem, *Código Penal. Projecto da Parte Geral*, Lisboa, Ministério da Justiça, 1963, pp. 68 ss.

(12) Em síntese e por outros H.-H. Jescheck, “Das deutsche Wirtschaftsstrafrecht”, *Juristenzeitung* 1959, p. 461.

(13) Tenho, com efeito, para mim que: por um lado, todo o direito é “obra” ou realização do ser-livre do homem e participa, por isso, do corpo do dever-ser ético-social; por outro lado, todo o direito possui natureza eminentemente histórica; por outro lado ainda, a consciência jurídica comunitária, como expressão de um valor autónomo e transcendente, constitui o fundamento de toda a possibilidade de realização do direito. Deste ponto de vista, em verdade, não fica qualquer espaço para a existência de um “ilícito eticamente indiferente”. Cf. sobre estas perspectivas, mais de espaço, os meus trabalhos *O Problema da Consciência da Ilícitude em Direito Penal*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1978, pp. 19 ss., 287 ss. e 339 ss. e *Liberdade, Culpa, Direito Penal*, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1983, pp. 156 ss.

cultural ou social. A conduta em si mesma, independentemente da sua proibição legal, é no primeiro caso axiologicamente relevante e pertence, por isso, ao domínio do direito penal; no segundo caso é axiologicamente neutra e pertence, por isso, ao domínio do direito de mera ordenação. É este o princípio normativo de distinção entre os dois ilícitos (14), que de resto releva para diversos efeitos e, nomeadamente, para efeitos de fiscalização constitucional. Pois sendo diferentes os princípios constitucionais, materiais e orgânicos, a que se submete a legislação penal e a legislação de mera ordenação, o legislador ordinário poderia, através da qualificação de todo injustificada de uma certa conduta como crime ou antes como contra-ordenação, subtrair-se à incidência dos preceitos jurídico-constitucionais que ao caso devessem caber. E a jurisprudência da Comissão Constitucional portuguesa mostra como é possível e necessário, em certos casos, sindicar decisões tomadas a este propósito pelo legislador ordinário (15).

Mas se é a que aponto a distinção material entre ilícito penal e ilícito de mera ordenação —o primeiro referido a condutas axiologicamente relevantes, o segundo a condutas axiologicamente neutras—, então logo se verá que o direito penal administrativo dos nossos dias, e com ele o direito penal económico-social, não pode ser reconduzido ao direito de

(14) Critério que defendi em 1969, na 1ª edição do meu *O Problema da Consciência da Ilícitude* (como nota 13), pp. 397 ss., e ao qual julgo ainda hoje dever manter-me fiel.

(15) Fundamentais, a propósito, os *Acórdãos da Comissão Constitucional* nº 159, Boletim do Ministério da Justiça 292, p. 247, e nº 164, *Suplemento ao Diário da República de 31-12-1979*, p. 78. No sentido do texto o meu "O Movimento da Descriminalização e o Ilícito de Mera Ordenação Social", in *Jornadas...* (como nota 5), p. 328 s.

mera ordenação. Com efeito, as tarefas da *Daseinsvorsorge* não foram assumidas pelo Estado contemporâneo sem a correspondente “eticização” de uma boa parte das providências destinadas a melhorar a condição sócio-económica dos homens. E aí estão a atestá-lo —nota-o exactamente Eduardo Correia— as normas de carácter sancionatório em âmbitos como os da garantia do trabalho, da saúde pública, da economia popular, da educação, da cultura. Trata-se aqui, indiscutivelmente, de ilícitos referidos a condutas às quais pertence a mais terminante relevância axiológica (16).

3. O balanço intermédio a retirar do que deixei dito cifra-se, pois, numa dupla conclusão: 1^a.— Direito penal administrativo e direito de mera ordenação são realidades materialmente diferentes: o direito de mera ordenação é apenas um “limite negativo” de *todo* o direito penal, nele incluído o direito penal administrativo. 2^a.— Sendo o direito penal económico-social, no sentido que atrás apontei, direito penal administrativo, então ele não é materialmente direito de mera ordenação, ele é, sim, verdadeiro direito penal.

Só que —é a pergunta que logo se suscita—, não se terá deste modo perdido a possibilidade de configurar um *específico* problema do direito penal económico, capaz de conferir *autonomia* ao respectivo ilícito? Será ainda possível contrapor este ilícito ao ilícito penal geral, como um âmbito *especial* dentro do âmbito do direito penal?

Uma coisa me parece segura: tentativas de traduzir imediatamente, no plano dogmático, diferenças deri-

(16) E. Correia, “Direito Penal e Direito de Mera Ordenação Social”, *Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra* 49, 1973, p. 266.

vadas da especificidade do perfil criminológico da criminalidade económica estão votadas ao insucesso, nomeadamente no que toca ao diferente estatuto sócio-económico dos respectivos agentes, que faria do direito penal económico o equivalente da “white-collar criminality”. Pois a verdade é que a generalidade dos tipos-de-ilícito penais económicos pode também ser preenchida por “blue-collars”. Se a contraposição for possível, ela há-de derivar —só pode derivar— de diferenças no conteúdo dos ilícitos e na natureza dos bens jurídicos protegidos (17).

A verdade porém é que décadas de especulação doutrinal acerca do ilícito penal administrativo não conseguiram estabelecer a contraposição, neste plano, entre aquele ilícito e o ilícito penal (18). Talvez porque toda aquela especulação tinha na base um preconceito individualista, que impedia a valoração da personalidade comunitária do homem como funda-

(17) Desejaria deixar bem claro que, com as afirmações contidas no texto, não pretendo minimizar em nada o relevo que, para uma correcta definição do perfil *criminológico* da criminalidade económica, cabe ao conceito da criminalidade de colarinho branco: cf. Fernández Albor (como nota 1), pp. 9 ss. Só que não é este o problema de que trato no texto, antes o da expressão domático-jurídica do direito penal económico. Talvez tenha interesse lembrar que com o conceito de *white-collar crime* se não visava —ao menos na interpretação original de E.H. Sutherland, na sua comunicação à American Sociological Society, em 1939— a introdução de um novo tipo de crime, mas a extensão de tipos de crimes já existentes a categorias de pessoas que até aí não eram —ou só raramente eram— consideradas delinquentes. Permito-me outrossim recordar que também o Conselho da Europa, no Anexo à sua Recomendação nº R (81)12 sobre a criminalidade económica, reconhece que a qualidade do agente não serve, só por si, para uma definição formal daquela criminalidade, cf. *La criminalité des affaires*, Strasbourg, Conseil de l'Europe, 1981, p. 11.

(18) Isto é revelado, à sociedade, pela investigação histórica e comparatista de H. Mattes (como nota 2), I, passim e II, pp. 93 ss. Cfr. também o meu trabalho para o *Festschrift für Jescheck*.

mento jurídico autónomo de validade; e que, por isso mesmo, não podia subsistir após o advento do Estado de Direito material, de raiz social, onde o ser-homem para o direito é sempre ser-com, ser-socializado, ser-em-comunidade. Mas se, por esta razão, na distinção entre ilícito penal e ilícito penal administrativo não pode mais tratar-se da oposição entre indivíduo e comunidade, entre ordem jurídica e administração, entre justiça e bem-estar, entre bem jurídico e bem administrativo —se não mais pode tratar-se disto, de que se trata então? Creio entrever uma saída para o impasse; e a doutrina portuguesa está hoje em boa posição para a divisar. Baseado na Constituição portuguesa vigente sustento, em suma, que deve afirmar-se a *específica juridicidade* do direito penal administrativo e a *especificidade dos bens jurídicos* que este protege; e que daí deve concluir-se, logo ao nível dos ilícitos respectivos, pela *(relativa) autonomia do direito penal económico-social no corpo, fundamentalmente unitário, do direito penal*.

4. Uma tal autonomia relativa só é pensável, em meu entender, no quadro de um Estado de Direito material, de cariz social e democrático (19). Só nele, com efeito, se compreende bem a existência de duas zonas relativamente autónomas na actividade do Estado: uma que visa proteger a esfera de actuação

(19) De que são exemplos os Estados português e espanhol, segundo o modelo aceite pelas respectivas Constituições vigentes. Cfr., para Portugal, Gomes Canotilho (como nota 4), pp. 281 ss.; J. Miranda (como nota 4), pp. 155 ss.; Idem, *Manual de Direito Constitucional*, I, 2ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 1982, pp. 284 ss.; e o meu *Direito Penal e Estado de Direito Material*, *Revista de Direito Penal* (Rio de Janeiro) 31, 1982, pp. 38 ss. Para Espanha ver, por outros, M. Bajo Fernández, “La Constitución económica española y el derecho penal”, in *Repercussione de la Constitución en el derecho penal*, Bilbao, Univ. de Deusto, 1983, pp. 153 ss.

especificamente *peçoal* (embora não “individual”) do homem e que é conformada em primeira linha através dos direitos fundamentais da pessoa; outra que visa proteger a sua esfera de actuação *comunitária* e é conformada sobretudo através dos seus direitos e deveres fundamentais de carácter económico, social e cultural (numa palavra, através dos seus direitos sociais fundamentais). De que maneira, porém, se traduz esta específica juridicidade do Estado de Direito material em termos jurídico-penais?

Dela resulta, desde logo, que função de *todo* o direito penal só pode ser a protecção de bens jurídicos, considerados como interesses socialmente relevantes cuja defesa e promoção é condição indispensável do livre desenvolvimento da personalidade de cada homem (20). Ora também no direito penal administrativo —como no direito penal de justiça— se trata do livre desenvolvimento da personalidade do homem no espaço social e se tem que ver, portanto, com autênticos bens jurídicos. Só que, no âmbito do direito penal administrativo, a actuação da personalidade do homem verifica-se como fenómeno social, em comunidade e em dependência recíproca desta. Expressão desta relação são, a nível jurídico-

(20) Ponto sobre o qual, por me parecer de particular relevância para a compreensão de todo o moderno direito penal, venho desde há muito insistindo —sobretudo desde a minha conferência de Madrid, *La reforma del derecho penal portugués*— Principios y orientaciones fundamentales, Madrid, Real Academia de Jur. y Leg., 1971, pp. 23 e 46 ss.; cf. depois o meu “Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro”, *Rev. da Ordem dos Advogados* 43, 1983, pp. 13 ss. Fundamentalmente na mesma linha, agora, Costa Andrade, “O Consentimento do Ofendido no Novo Código Penal”, in *Para Uma Nova Justiça Penal*, Coimbra, Almedina, 1983, p. 117; Idem, “A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia à Luz do Conceito de Bem Jurídico” (a publicar na colectânea citada na nota 7 e cujo original foi gentilmente posto pelo autor à minha disposição).

-constitucional, as partes da Constituição em que se consignam os *direitos sociais fundamentais* e a *organização económica*; enquanto a parte da Constituição que trata os direitos, liberdades e garantias, isto é, os *direitos pessoais fundamentais*, respeita a uma forma de actuação do homem em que a dependência recíproca com a comunidade ou se não verifica, ou não é, pelo menos, necessária.

A isto acresce uma minha convicção já antiga, mas que agora tenho o gosto de ver expressamente acolhida pelo artigo 18, nº 2, da Constituição portuguesa, após a sua reforma de 1982: a de que a ordem jurídicopenal dos bens jurídicos tem de constituir, nos quadros do Estado de Direito material, uma ordem de valores *como a que* preside à Constituição; de tal modo que entre aquelas duas ordens tem de dar-se (como na Alemanha foi notado por Walter Sax) uma relação de mútua referência (21). Relação que não é de “identidade” ou sequer de “recíproca cobertura”, mas de *analogia material*, fundada numa essencial correspondência de sentido, que deriva de a ordem constitucional constituir o quadro de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulador da actividade punitiva do Estado.

É nesta acepção que me permito concluir esta primeira e decisiva parte da minha exposição: os bens jurídicos protegidos pelo direito penal geral devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais ligados aos direitos *pessoais* fundamentais, enquanto os bens jurídicos protegidos pelo direito penal administrativo, e portanto pelo direito penal económico-social, se devem considerar concretizações

(21) W. Sax, *Grundsätze der Strafrechtspflege*, in Bettermann/Nipperdey/Scheuner, *Die Grundrechte II-2*, Berlin, Duncker & Humblot, 1959, p. 911.

dos valores constitucionais ligados aos *direitos sociais* e à *organização económica*. O que, de resto, corresponde ao reconhecimento da dupla forma de realização do homem na comunidade, determinante por sua vez de uma forma diferente de actividade do Estado: por um lado a via da sua *realização pessoal* —“como este homem”—, que acarreta para o Estado a obrigação de proteger directamente a esfera de actuação própria da pessoa, autolimitando-se perante ela; por outro lado a via da sua *realização social* —“como membro da comunidade”—, que vincula o Estado à tarefa positiva de promover a satisfação dos interesses decorrentes dos princípios e objectivos de conformação comunitária. À protecção da primeira actividade se dirige o direito penal geral; à protecção da segunda se dirige o direito penal administrativo e, portanto, também o direito penal económico-social.

IV

Demonstrada, assim, a relativa autonomia do direito penal económico face ao direito penal comum ao nível dos ilícitos respectivos —o nível de todos mais essencial—, importa agora indagar se essa autonomia relativa é confirmada e continuada ao nível das próprias *sanções* (22).

(22) As considerações seguintes encontram-se mais desenvolvidas na minha intervenção preparada para as Jornadas Internacionais da *Fondation Internationale Pénale et Pénitentiaire* que tiveram lugar em Kristiansand (Noruega), em Setembro de 1983, sob o título “*Quelques considérations sur le fondement, le sens et l'application des peines en droit pénal économique*”. Cfr. as respectivas Actas, subordinadas à epígrafe *Les sanctions en matière de délinquance économique*, 1984, pp. 33 ss.

1. Em termos de direito penal geral, talvez que eu possa esperar da maioria dos meus ouvintes que aceitem a seguinte proposição: num Estado de Direito de cariz social e democrático, a compreensão dos fundamentos, do sentido e dos limites das penas deve partir de uma concepção de prevenção geral positiva ou de integração, ligada institucionalmente a uma pena da culpabilidade, a ser executada com um sentido predominante de (re)socialização do delinquente (23). Não se trata aqui no entanto, desejaria acentuá-lo, da reedição de uma qualquer *teoria eclética* em matéria de fins da pena, mas do produto de três convicções fundamentais: 1^a. A de que, como já atrás disse, num Estado de Direito democrático, função do direito penal só pode ser a protecção de bens jurídicos; pelo que também finalidade primária e irrenunciável da pena só pode ser a conservação ou o reforço da norma violada pelo crime, como modelo de orientação do comportamento das pessoas na interacção social. Só dentro destes parâmetros, pois, pode actuar a ideia tradicional da prevenção geral negativa ou de pura intimidação. 2^a. A de que, perante a exigência, primordial num Estado de Direito democrático, de respeito pela dignidade do homem, a aplicação de uma pena, mesmo comandada por uma prevenção geral positiva ou de integração, supõe sempre e sem alternativa um elemento de censura ético-pessoal do facto ao seu agente, e por isso de culpabilidade. 3^a. A de que, perante a exigência, primordial num Estado de Direito social, de ajuda aos membros da comunidade que se encontrem em particular estado de necessidade, não há alternativa para uma execução da pena dominada pelo propósito de oferecer ou de proporcionar ao delinquente o máxi-

(23) Desenvolvidamente sobre esta proposição o meu "Os Novos Rumos..." (como nota 20), pp. 24 ss.

mo de condições favoráveis ao prosseguimento de uma vida sem praticar crimes.

Sendo estes os princípios que, em meu juízo, devem dar fundamento e sentido à pena no direito penal geral, vejamos então se, em que medida e em que sentido são eles válidos também —ou antes devem ser modificados— no âmbito do direito penal económico.

2. No que respeita à prevenção geral positiva ou de integração, poderia pensar-se não haver lugar para ela em direito penal económico, mas só para uma prevenção geral negativa, de pura intimidação ou dissuasão. E isto, dir-se-ia, porque a este direito não poderia atribuir-se uma função de protecção de verdadeiros bens jurídicos, mas só —como já em seu tempo Goldschmidt notou (24)— de simples bens imateriais e sem sujeito, destinados a servir de protecção antecipada dos autênticos bens jurídicos defendidos pelo direito penal geral. Todas as minhas considerações anteriores visaram, porém, demonstrar o erro desta consideração, pelo que sobre ele não devo insistir.

O que com razão pode dizer-se —isso sim— é que o direito penal económico tem que responder a exigências acrescidas de intimidação e de dissuasão. E isto por várias razões (25): dada a menor “visibilida-

(24) J. Goldschmidt, *Das Verwaltungsstrafrecht. Eine Untersuchung der Grenzgebiete zwischen Strafrecht und Verwaltungsrecht auf rechtsgeschichtlicher und rechtsvergleichender Grundlage* (reedição da 1^a ed., de 1902), Aalen, Scientia, 1969, pp. 532 ss. e 584 s.

(25) Uma discussão aprofundada de alguns destes argumentos pode ver-se em Fernández Albor (como nota 1), pp. 10 ss; A. Beristain, “Eficacia de las sanciones penales frente a la delincuencia económica”, *L'Indice Penale* 16, 1982, pp. 375 ss.; Bajo Fernández (como nota 9), pp. 78 ss.; Braithwaite/Geis, “On Theory and Action for Corporate Crime Control”, *Crime & Delinquency* 28, 1982, pp. 300 ss.

de” dos respectivos delitos (tanto no que respeita ao seu cometimento como aos seus efeitos), que conduz às altíssimas “cifras negras” aqui existentes; dado, depois, o elevado *status* económico-social da maioria dos respectivos agentes que —e foi mérito das modernas orientações criminológicas, em especial do *labeling approach*, o tê-lo posto em relevo (26)— lhes concede um lugar privilegiado no processo de selecção da delinquência, em particular face ao comportamento acentuadamente re-activo das instâncias de perseguição penal neste domínio; dada, enfim, a dificuldade conhecida de prova judiciária com que aqui se depara —em especial quando o autor do delito for uma pessoa colectiva— e que conduz a que seja excepcionalmente alta, neste âmbito, a percentagem de absolvições.

Éstas considerações conduzem à fundada conclusão de que o delinquente económico tem uma esperança maior que a do delinquente comum de escapar à punição, ou de ser menos severamente punido. Esta conclusão não justifica, porém, que devamos abandonar aqui uma prevenção positiva ou de integração, em favor de uma prevenção negativa ou de pura intimidação. Para além de que esta depararia sempre com a objecção de princípio de violar a dignidade do homem, sacrificando inadmissivelmente a justiça a uma (pretensa) eficácia e utilidade, ela não se adequaria sequer à especificidade do direito penal económico. Ela esqueceria, com efeito, que o potencial delinquente económico —sendo em regra, relativamente ao delinquente comum, mais racional e calculado, e incorrendo em maiores riscos de degradação do *status*

(26) Desenvolvidamente sobre este ponto Figueiredo Dias / Costa Andrade, *Criminologia. O Homem Delinquent e a Sociedade Crimínógena*, Coimbra, Coimbra Editora, 1984, pp. 42 ss., 159 ss., 342 ss., 365 ss.

em caso de condenação— pode, na generalidade dos casos, deixar-se mais facilmente motivar pela norma.

A minha conclusão é, assim, a de que ponto de partida da fundamentação da pena deve ser, também em direito penal económico, uma ideia de prevenção geral positiva ou de integração. Só que, num campo como este —onde se encontram em causa orientações estaduais em matéria económico-social, que exigem ser promovidas e reforçadas na consciência social—, o nível necessário e legítimo de integração pode, por vezes, ser superior àquele com que se basta o direito penal geral. Por isso —mas só por isso— pode em tais domínios assinalar-se um mais lato papel, em termos que à frente procurarei precisar, à componente da intimidação e da dissuasão.

3. Também no que respeita à função retributiva, ligada à pena da culpabilidade, se podem suscitar —e se têm suscitado— reservas à sua subsistência em direito penal económico (27). Assim se afirma: que a neutralidade axiológica das condutas proibidas impede que se possa falar de uma culpabilidade baseada numa censura ético-pessoal; que não é possível falar de culpabilidade nos casos, que neste campo devem ser aceites, de responsabilização penal de pessoas colectivas; que existem, de todo o modo, dificuldades gravíssimas, e muitas vezes inultrapassáveis, de comprovação judiciária da culpabilidade neste domínio.

(27) Uma interessante discussão deste tópico encontra-se, por exemplo, em Y. Suzuki, "The Role of Criminal Law in the Control of Social and Economic Offences", UNASEI, Resource Material Series 15, 1978, pp. 198 s., e em M. Levi, "Business Regulatory Offences and the Criminal Law", *paper* apresentado às Jornadas de Kristiansand referidas na nota 22.

Mas esta argumentação não me parece suficientemente fundada. Por um lado —já o disse e repeti—, as infracções económicas supõem uma referência a autênticos bens jurídicos de natureza económico-social; a censura da culpabilidade encontra-se neles, portanto, plenamente justificada. Por outro lado —e é este um tema que não posso aqui senão aflorar—, eu creio possível, através daquilo que chamarei um *pensamento analógico*, considerar as pessoas colectivas como capazes de culpabilidade (28). Por fim, as maiores (e irrecusáveis) dificuldades de comprovação judicial da culpabilidade neste domínio podem ser ultrapassadas por vários meios, dos quais destacarei dois: uma técnica legislativa adequada de formulação das incriminações, que transforme os chamados delitos de perigo abstracto (que visam a protecção só mediata de bens jurídicos individuais) em delitos de desobediência (que protegem ou promovem imediatamente bens jurídicos sociais) (29); e o estabelecimento, neste campo, do princípio da responsabilidade penal das pessoas colectivas como tais.

(28) Se bem deva reconhecer não ser essa a opinião largamente dominante, tanto em Portugal como em Espanha. É certo que na culpabilidade jurídico-penal se tem em vista um ser-livre como centro ético-social da imputação jurídico-penal e que esse é, seguramente, o do homem individual. Mas sugiro não dever esquecer-se que as organizações humano-sociais são, tanto como o próprio homem individual, “obras de liberdade” ou “realizações do ser-livre”; pelo que me parece aceitável que em certos domínios especiais e delimitados, como o do direito económico-social —e de acordo com o que poderá chamar-se, segundo Max Müller, “Freiheit”, in *Statslexikon*, III, 6^a ed., Freiburg i. B., Herder, 1959, p. 533, o *princípio da identidade da liberdade*—, ao homem individual possam substituir-se, como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, as suas obras ou realizações colectivas e, assim, as pessoas colectivas, associações, agrupamentos ou corporações em que o ser-livre se exprime.

(29) Sobre isto, com mais pormenor, o meu artigo citado supra (como nota 5).

Acima de tudo importa porém não esquecer que razões de outra natureza podem conduzir ao *reforço* da exigência de retribuição da culpabilidade em direito penal económico. A este compete, na verdade, desencadear ou promover a transformação das representações colectivas, no sentido de actualizar a consciência comunitária da especial gravidade das práticas anti-económicas e de mobilizar um contributo activo na luta contra elas. Algo contraditoriamente, porém, o delinquentes económico pode, com maior frequência e em mais larga medida que o delinquentes comum, subtrair-se ao efeito estigmatizante da pena, ou em todo o caso minorá-lo. Esta contradição conduz a que a culpabilidade não deva ter aqui apenas o carácter *limitador* que, em nome da garantia dos direitos do cidadão, por muitos —entre os quais merece justo destaque Claus Roxin— lhe é hoje atribuído no direito penal geral (30). Mas deva antes assumir carácter *fundamentador* e *constitutivo* da responsabilidade do agente, revelador da razão da censura social de que se tornou passível pela sua actuação.

4. No que respeita, por último, à ideia da *prevenção especial*, pode igualmente considerar-se a situação no direito penal económico como possuidora de especificidades dignas de atenção.

Em primeiro lugar, um efeito eficaz de prevenção especial parece, sob diversas perspectivas, mais fácil

(30) Precursor nesta direcção foi o estudo de C. Roxin, "Kriminalpolitische Überlegungen zum Schuldprinzip", Monats. f. Kriminologie 1973, pp. 316 ss. (em espanhol, na colectânea *Culpabilidade y prevención en derecho penal*, Madrid, Reus, 1981, pp. 41 ss.); e, por último, do mesmo C. Roxin, "Concepción bilateral y unilateral del principio de culpabilidad", na referida colectânea, pp. 187 ss.

de alcançar aqui (31). Para tanto contribui logo a circunstância, já referida, de a estigmatização derivada da pena ter menor capacidade para afectar a *auto-imagem* do delinquente como pilar de respeitabilidade. A reacção normal do delinquente à aplicação da pena será, muito provavelmente, de indignação moral e de negação ou neutralização da culpa, de vergonha e de humilhação. Nomeadamente, o receio de má publicidade fará com que, no futuro, o delinquente se afaste do crime, antes que nele persista e se encarnice. Por outro lado, enquanto, no direito penal geral, razões de defesa da dignidade da pessoa e de humanização das reacções criminais conduzem a uma restrição drástica, quando não à recusa pura e simples, de penas de incapacitação, tal não sucede no direito penal económico, nomeadamente quando esteja em causa a aplicação de sanções penais a pessoas colectivas. A própria pena capital —o encerramento definitivo da empresa ou a dissolução da pessoa colectiva— não depara com objecções de princípio. O que, afinal, não é senão consequência do facto de a actividade delinquente neste domínio pressupor, as mais das vezes, a manutenção da legitimidade do agente para o desempenho de papeis formalizados no domínio da economia.

Em segundo lugar, porém, tem-se posto em causa —com maior insistência ainda que no direito penal geral— a finalidade (re)socializadora da pena no direito penal económico. Com o argumento de que não tem qualquer sentido visar a recuperação social de pessoas que possuem já um alto grau de socialização, dado o seu estatuto económico-social, a respeitabili-

(31) Decididamente nesta perspectiva Braithwaite/Geis (como nota 25), pp. 300 ss.

dade de que se reveste o seu modo de vida e a estabilidade da sua inserção comunitária (32). Mas, devo dizê-lo, este argumento não me convence minimamente —demasiado apegado como ele se revela ainda a uma concepção, digamos, maximalista (e mesmo, em certo sentido, “totalitária”) da recuperação social, como uma espécie de tratamento imposto no sentido da alteração das concepções globais do delinquente (33). E não é a uma concepção destas que poderei augurar um bom futuro. Também o crime económico revela em princípio um *defeito de socialização*, que não tem a ver com a *Weltanschauung* do delinquente ou com a sua inserção comunitária global, mas concretamente com a sua atitude pessoal perante uma determinada orientação estadual em matéria sócio-económica (34). Um tal defeito determina, ele também, a obrigação para o Estado de proporcionar ao delinquente o máximo de condições

(32) Abertamente neste sentido Bajo Fernández (como nota 9), pp. 80 s.

(33) É esta concepção de ressocialização que está presente na generalidade dos autores —penalistas ou criminólogos “críticos”— que a criticam na base de que não se trataria nela senão de um “mito”, de que ressocialização exige-a, mais que o delinquente, a própria “sociedade punitiva”. Fundamentais a este propósito K. Sessar, “Die Resozialisierung der strafenden Gesellschaft”, *Zeits f.d.g. Strafrechtsw.* 81, 1969, p. 372 e, depois, A. Baratta, “Sistema penale ed emarginazione sociale”, *La Questione Criminale* 1976, p. 237 e, Idem, “Criminologia crítica y política penal alternativa”, *Rev. int. de dr. pên.* 49, 1978, p. 43. Completamente dentro deste ponto de vista, em Espanha, F. Muñoz Conde, “La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”, *Doctrina Penal* 7, 1979, pp. 625 ss. e, em Portugal, Teresa P. Beleza, “A Reinserção Social dos Delinquentes: Recuperação da Utopia ou Utopia da Recuperação”, in *Cidadão Delinquente: Reinserção Social?*, Lisboa, Instituto de Reinserção Social, 1983, p. 159.

(34) Neste sentido, do meu ponto de vista com razão, A. Beristain (como nota 25), pp. 378 s.

favoráveis à prevenção da reincidência (35). E, dadas as razões que acima apontei, haverá mesmo porventura bons motivos para esperar que uma tal estratégia esteja destinada aqui a maior sucesso do que em muitos domínios do direito penal geral.

V

Julgo ter demonstrado, com esta segunda parte da minha exposição, que a autonomia revelada pelo direito penal económico ao nível do ilícito se continua de algum modo ao nível das sanções. Resta-me agora tentar determinar de que modo as diferenças no fundamento e no sentido das sanções do direito penal económico se reflectem concretamente no processo de “sentencing”, quer dizer, nas operações judiciais de *determinação da pena* e, portanto, da sua escolha e da sua medida.

1. No que toca à operação de *escolha da pena* —se o juiz deve condenar em prisão ou em simples multa, se deve substituir aquela por esta, ou se deve antes preferir, quando tal seja possível, uma condenação condicional, um regime de prova, de prisão por dias livres, de semi-detenção, etc.—, uma doutrina de inspiração germânica (e que aí é conhecida por

(35) Creio ser este na verdade, diferentemente do que parece sustentar Bajo Fernández (como nota 9), p. 81, o moderno e correcto sentido da (re)socialização do delinquente: cf. o meu artigo citado supra (como nota 20), pp. 24 ss. Uma pormenorizada e —a meus olhos— concludente defesa desta concepção foi levada a cabo, em Portugal, por Anabela M. Rodrigues, *A Posição Jurídica do Recluso na Execução da Pena Privativa de Liberdade. Seu Fundamento e Âmbito*, Coimbra, Bol. Fac. Dir. Coimbra, 1982, pp. 99 ss. e Idem, “Polémica Actual Sobre o Pensamento da Reinserção Social”, in *Cidadão Delinquente...* (como nota 33), pp. 175 ss.

“Stellenwerttheorie” ou “teoria do valor de posição”) defende, para o direito penal geral, que o juiz se deve servir exclusivamente de pontos de vista de prevenção, não de retribuição da culpabilidade (36). Mas esta doutrina parece-me duvidosa sobretudo no direito penal económico, onde, como disse, se fazem sentir acrescidas exigências de retribuição da culpabilidade e de prevenção de integração.

Assim é que, por exemplo no que toca à escolha entre a pena de prisão e a de multa, se torna compreensível que o juiz prefira aquela a esta com muito maior frequência do que em direito penal geral (37). Tanto mais que a situação será diferente também na óptica da prevenção especial. Com efeito, a prisão não terá, relativamente ao delinquente económico, o mesmo efeito criminógeno que possui relativamente ao delinquente comum: quer porque as técnicas de aprendizagem não podem ser transmitidas ou desenvolvidas na prisão; quer porque não haverá em princípio que recluir os efeitos negativos irreversíveis da experiência prisional, que em geral advêm da estigmatização, da distância social, da escassez de oportunidades legítimas, da aquisição de uma identi-

(36) Esta teoria foi fundada por H. Henkel, *Die 'richtige' Strafe*, 1969, pp. 23 ss. e reelaborada por Horn, “Wider der ‘doppelspurige’ Strafhoenzumessung”, *Festschrift für Schaffstein*, 1975, p. 241 e Idem, “Zum ‘Stellenwerttheorie’”, *Festschrift für Bruns*, 1978, p. 165; fundamentalmente no mesmo sentido Schöch, “Grundlage und Wirkungen der Strafe – zum Realitätsgehalt des § 46 Abs. 1 StGB”, *Festschrift für Schaffstein*, 1975, p. 255. Criticamente, por outros, C. Roxin, “Prävention und Strafzumessung”, *Festschrift für Bruns*, 1978, p. 183 (em espanhol, na colectânea já citada, como na nota 30, pp. 117 ss.).

(37) Uma discussão detalhada desta temática em Bajo Fernández (como nota 9), pp. 78 ss. e em A. Beristain (como nota 25), pp. 375 ss.

dade e de uma auto-imagem desviante, da entrada numa carreira delincente.

Por estas razões, também o requisitório contra as penas curtas de prisão perde aqui muita da sua força. Não é que —desejo sublinhá-lo— o *sharp-short-shock* da pena curta de prisão seja aceitável, como às vezes se pretende, contra *todos* os delinquentes de elevado estatuto sócio-económico; o que aqui está em questão não é, ou não é tanto, o estatuto pessoal do agente, quanto a natureza da infracção que praticou. Não será aceitável, por exemplo, que o juiz aplique uma pena curta de prisão ao responsável de um pequeno acidente de viação só porque se trata de um “white-collar”, quando ao “blue-collar”, nas mesmas circunstâncias, aplicaria uma pena de multa. Mas já se pode aceitar a diferença de tratamento se, em vez de um acidente de viação, se tratar por exemplo da fraudulenta e ainda que pequena degradação da qualidade de um produto alimentar ou medicamentoso. Até porque se conhece a facilidade com que, nas infracções económicas, a multa é integrada no cálculo dos potenciais delinquentes, de modo a que os ganhos com o crime excedam os custos da pena, ou os efeitos desta se repercutam sobre os operadores económicos situados a juzante e, em definitivo, sobre os consumidores.

Não desejo, com isto, invalidar o papel da pena de multa em direito penal económico, tanto mais que ela terá de ser mesmo, pela própria natureza das coisas, a pena-regra para as pessoas colectivas. Quero sim, apenas, sublinhar o especial papel e aptidão —e, em certos casos, mesmo necessidade— que neste domínio cabe à pena de prisão, em vista nomeadamente de desencadear a transformação das representações colectivas e da consciência comunitária face ao crime económico.

2. Uma vez escolhida a pena, coloca-se ao juiz o problema de *determinação da sua concreta medida*. Ainda aqui parece deverem reconhecer-se certas especialidades em direito penal económico.

Parto da ideia de que também neste domínio a pena da culpabilidade pode —nos termos da doutrina germânica da “teoria da margem de descricionaridade” ou “Spielraumtheorie”— oscilar dentro de certos limites (38). Só que, diferentemente do que porventura deva acontecer em direito penal geral, não parece que no domínio do direito penal económico possa sem mais afirmar-se que a pena a fixar dentro daqueles limites precisa de atender às exigências da prevenção especial, mas não às da prevenção geral (39). Pois bem pode acontecer que só um particular nível da pena cubra as necessidades de prevenção geral de integração e as legítimas exigências de intimidação que dentro daquela se fazem sentir; e, em particular, que só aquele nível permita à pena contribuir para a transformação necessária das representações e da consciência comunitária face a actividades anti-económicas.

Não pretendo, com isto, excluir de todo a possibilidade de o juiz acabar por impor, em nome de exigências de prevenção especial, uma pena *inferior* ao limite mínimo imposto pela culpabilidade. Mas tal só deverá acontecer a título de todo em todo excepcional e poderá ser mesmo legitimamente proibido pela lei em certos âmbitos do direito penal

(38) Sobre a polémica à volta desta teoria C. Roxin (como nota 36), pp. 184 s. e Idem, “Strafzumessung im Lichte der Strafzwecke”, *Festgabe für Schultz*, 1977 (em espanhol, na colectânea já citada, como na nota 30, pp. 95 ss.).

(39) Posição defendida com insistência, para o direito penal geral, por C. Roxin, “Strafzumessung...” (como nota 30), pp. 104 ss. da versão espanhola.

económico. Ainda aqui de acordo com a ideia de que a este direito não compete uma simples função de protecção de bens jurídicos, mas também de promoção de valores económico-sociais no seio da comunidade (40).

VI

É tempo de terminar, voltando ao princípio. Comecei por perguntar se haveria, no actual direito penal económico, algo que o contradistinguisse do direito penal geral. Esforcei-me por demonstrar que, a cada um dos níveis a que a distinção pode relevar, existem muitos pontos de apoio para uma resposta afirmativa: 1) o ilícito penal económico apresenta apreciáveis especificidades face ao ilícito penal geral, baseado como está numa específica ordem legal e jurídico-constitucional dos bens jurídicos que protege e promove; 2) especificidades se dão, depois, ao nível do fundamento e do sentido das sanções em direito penal económico, derivadas da acrescida intensidade com que aqui se fazem sentir as exigências de prevenção geral positiva ou de integração e de retribuição da culpabilidade, bem como da luz particularmente favorável a que surgem a realização das finalidades de prevenção especial e a estratégia de ressocialização; 3) especificidades existem, finalmente, ao nível da determinação concreta das sanções, derivadas das circunstâncias de a preferência

(40) Concorde-se ou não com as posições defendidas, nesta matéria, no texto, uma coisa parece certa: a plena razão que assiste a Bajo Fernández (como nota 9), p. 79, quando escreve: "en cuanto al segundo aspecto, el relativo a la teoría de la pena..., a mi juicio, la delincuencia económica puede aportar un importante aumento en la eterna disputa entre preventistas y retribucionistas".

pela pena de prisão —mesmo que se trate de uma pena curta—, em confronto com a pena de multa, se impor numa gama mais larga de hipóteses, bem como de serem maiores as expectativas de evitar o efeito de-socializador e criminógeno da privação da liberdade.

São tais diferenças suficientes para se concluir pela autonomização do direito penal económico face ao direito penal geral? Se pensarmos uma tal autonomização em termos absolutos, capazes de fazer do direito penal económico um *tertium genus* entre o direito penal e o direito de mera ordenação, então a resposta terá de ser negativa. Mas já deverá ser positiva se pensarmos a autonomização em termos relativos, legitimada à luz da dupla função, pessoal e comunitária, desempenhada pela personalidade do homem no contexto do Estado de Direito e traduzida numa ordem legal dos bens jurídicos de índole específica. Numa ordem legal que tem por critério a ordem axiológica constitucional que preside aos direitos sociais e à organização económica e que, no plano das sanções, impõe critérios mais estritos —e, em certos casos, mesmo mais severos— à sua determinação.

Em todos os Estados —e decerto também em Espanha— perpassa hoje um sentimento generalizado de injustiça estrutural, em relação ao qual a impunidade dos delinquentes económicos ou a sua menor punição injustificada adquirem acentuada ressonância simbólica. É para inverter este estado de coisas e para obviar à generalização de atitudes de cinismo e de evasão que a sociedade deve formular exigências particulares ao seu ordenamento penal económico. Com o que, afinal, em nada se contraria, mas antes substancialmente se realiza, um princípio de *igualdade material* entre os cidadãos.