

SUBSEÇÃO II – DIREITO INSTITUCIONAL

1. ARTIGOS

1.1 OS CRIMES DE COLARINHO BRANCO E AS TEORIAS DA PENA

CHRISTIANO LEONARDO GONZAGA GOMES

Promotor de Justiça do Estado de Minas Gerais

Professor de Direito Penal da Faculdade de Direito Milton Campos

Mestrando em Direito Empresarial

ex- Defensor Público do Estado de Minas Gerais

RESUMO: As teorias da pena são abordadas neste artigo, tendo em vista a moderna criminalidade, de forma a coibirem, eficazmente, os seus principais focos de atuação. Enfatizou-se o chamado crime do colarinho branco, pois é um dos maiores problemas que as clássicas teorias da pena enfrentam, uma vez que estas foram pensadas num dado momento histórico em que a criminalidade não estava tão bem estruturada. Destarte, algumas soluções foram apresentadas neste trabalho, notadamente para reprimir a crescente criminalidade moderna.

PALAVRAS-CHAVE: Teoria das Penas; crime do colarinho branco; criminalidade.

ABSTRACT: The theory of the penalties is dealt with in the present article regarding manners to efficiently prevent the main focuses of modern criminality. One emphasized the so called white collar crime, since it is one of the major problems that the classic theory of the penalties faces. One must not forget that this classic theory was developed in certain historic period when crime was not so well structured. Therefore, some solutions were presented in the present paper with the aim of preventing the growing modern criminality.

KEY WORDS: Theory of Penalties; white collar crime; criminality.

SUMÁRIO: 1. Introdução. 2. Teorias das penas. 3. Crimes do colarinho branco. 4. Questões penais e novos paradigmas. 5. Conclusão. 6. Referências bibliográficas.

1. Introdução

O presente artigo abordará uma grande celeuma que cerca os chamados crimes de colarinho branco, tendo em vista a melhor teoria da pena a ser aplicada a eles. Será

que as clássicas teorias da pena seriam suficientes para tratar essa nova criminalidade que assola os mais altos escalões do Poder? A moderna criminalidade, juntamente com a tecnologia avançada de seus integrantes, pode ser enfrentada com as obsoletas teorias que regem a pena? O Direito penal de agora não pugnaria por uma eficaz e estudada forma de reprimir os crimes de colarinho branco, muitas vezes engendrados em estruturadas organizações criminosas?

São estas algumas das questões que serão abordadas no presente artigo, as quais serão enfrentadas com o escopo de encontrarem soluções jurídicas em sintonia com a moderna criminalidade.

2. Teorias das penas

Algumas teorias foram pensadas e repensadas para darem a perfeita adequação da pena ao fato criminoso.

Primeiramente, o conceito que se tem de pena hoje é de ser uma: “Sanção (castigo) imposta pelo Estado (autoridade judicial competente) quando necessária (para fins de repressão e de prevenção), de acordo com o devido processo legal, ao agente culpável de um fato punível.” (GOMES, 2007, p. 654)

Em outras palavras, a pena seria uma privação ou restrição de bens jurídicos estabelecida pela lei e imposta pelo magistrado contra quem cometeu um fato típico, antijurídico e culpável, que formam o conceito analítico de crime.

A justificação da pena pode ser encontrada por meio de algumas teorias que a disputam. Inicialmente, a legitimação da pena foi encontrada nas chamadas teorias absolutas. Tais teorias vêem a pena como um fim em si mesma, sendo que sua justificação não depende de razões utilitárias ou preventivas, sendo que “a pena não serve para nada” (ROXIN, 1993, p. 16), uma vez que sua fundamentação decorre do simples fato do cometimento de um ilícito penal. É a validade daquele brocardo latino *quia peccatum est* (pune-se porque pecou). As penas bastam por si só, não sendo necessário encontrar um utilitarismo das penas.

As teorias absolutas também encontram embasamento nas idéias de Kant, pois este via o direito penal como realizador da própria justiça. Ele prega uma aplicação pura e simplesmente da “lei de Talião” (“dente por dente, olho por olho”), ao afirmar que “[...] o mal imerecido que tu fazes a outrem, tu fazes a ti mesmo, se tu o ultrajas, ultrajas a ti mesmo, se tu o roubas, roubas a ti mesmo, se tu o matas, matas a ti mesmo”. (KANT, 1916, p. 142).

Quanto ao aspecto intimidatório, a característica de ser a pena puramente retributiva pode ser útil para aqueles criminosos habituais, que não respeitam e nem querem a recuperação. Todavia, frente ao Estado Democrático de Direito, cujo fundamento está na dignidade da pessoa humana, como prescreve a Constituição da República, em seu art. 1º, III, não há justificativa plausível para ela, uma vez que tal teoria coisifica o homem, tornando-o mero instrumento ou objeto para o direito penal. Assim, a sua aplicação isolada e irrestrita torna impraticável o princípio maior da dignidade da pessoa humana.

Em relação às chamadas teorias relativas, também chamadas de teorias da prevenção, pode-se dizer que elas justificam as penas não como um fim em si mesmo, mas buscam o seu caráter utilitário. A pena deve buscar a prevenção de novos delitos, daí o seu nome de teoria da prevenção.

As teorias relativas ou da prevenção podem ser subdivididas em prevenção geral, positiva e negativa, e prevenção especial, também positiva e negativa.

Em relação à prevenção geral negativa, afirma-se que o Estado, por meio da pena, exerce uma coação psicológica sobre a sociedade para que a generalidade das pessoas não cometa crimes. É uma espécie de intimidação exercida por meio da previsão de uma pena (abstrata) para que os pretensos criminosos abstenham-se de tal prática criminosa. A prevenção geral negativa também pode ser vislumbrada quando da execução da pena frente ao delinqüente concreto, ou seja, diante da aplicação da pena em concreto, uma vez que os demais membros da comunidade estarão observando que aquele que comete crimes realmente sofre uma reprimenda.

A principal crítica que se faz à teoria da prevenção geral negativa é de cunho moral e axiológico, pois a pena é vista como algo que instrumentaliza o homem, transformando-o em objeto dos fins penais, uma vez que não se lhe castiga pelo que fez, mas apenas para que novos crimes não ocorram. Ela coisifica o homem, pois ele é tido como uma espécie de exemplificação para todos, o que fere o princípio da dignidade da pessoa humana, uma vez que usa o ser humano como mero objeto de política criminal.

Além da crítica feita acima, não se pode dizer que o criminoso decide cometer o crime segundo a maior ou menor gravidade da pena abstrata prevista para ele. É de se observar o que ensina Gomes (2007), ao afirmar que o processo dissuasório é muito mais complexo do que se imagina, como se vê a seguir:

As ciências empíricas já demonstram o crasso erro dos chamados “modelos dissuasórios” (intimidativos), ao constatar que a realidade é muito mais complexa. Para começar, o

delinqüente potencial confia em não ser descoberto e parte dessa hipótese: o cálculo economicista de vantagens e desvantagens segundo a pena prevista na lei não deixa de ser uma semelhança pouco realista. Em todo caso, deixa-se influenciar mais pelas conseqüências próximas derivadas do delito (v.g. prisão “preventiva” mais ou menos segura e mais ou menos prolongada) do que pelos efeitos remotos e últimos de uma eventual condenação (pena efetivamente imposta). (GOMES, 2007, p. 673)

A outra faceta da prevenção geral, chamada de positiva, prega o sentido funcional da penal, buscando as suas idéias no funcionalismo de Günter Jakobs (1995), em que se defende a pena como instrumento de estabilização das expectativas sociais, uma vez que o crime viola a confiança que a sociedade tem no sistema penal. Jakobs (1995) entende que os contatos e as interações sociais geram naturalmente expectativas as mais diversas, expectativas que são asseguradas como condição de subsistência da ordem social, preservando o sistema social. O crime vem para desestabilizar todas essas interações sociais harmônicas, devendo a pena pugnar por essa manutenção da fidelidade ao Direito.

Tal concepção acaba por fazer uma integração social, pois mantém a sociedade harmônica e fiel ao direito, por meio da coerção penal. Não é por outra razão que Paulo de Souza Queiroz afirma que:

[...] para os defensores da prevenção integradora ou positiva, a pena presta-se não à prevenção negativa de delito; seu propósito vai além disso: infundir, na consciência geral, a necessidade de respeito a determinados valores, exercitando a fidelidade ao direito; promovendo, em última análise, a integração social. (QUEIROZ, 2001, p. 40)

A teoria da prevenção geral positiva baseia-se exclusivamente na idéia de sistema, sendo meramente simbólica, pois não se preocupa com o caráter instrumental da pena, mas sim com a estabilidade das expectativas sociais. Não se preocupa com a função da pena para o indivíduo criminoso, mas sim em relação à resposta exigida pela sociedade para o cometimento de delitos, em face da infidelidade ao direito demonstrada pelo criminoso. O alarma social ocasionado pelo crime merece uma resposta imediata do sistema penal, isso norteia a prevenção geral positiva ou integradora.

Lado outro, tem-se a chamada prevenção especial, que também pode ser positiva ou negativa. A prevenção especial, ao contrário da prevenção geral, não é dirigida à coletividade, mas sim ao criminoso que delinqüiu, evitando-se que este cometa novos crimes. Importante anotação trazida por Santiago Mir Puig deve ser destacada acerca

da prevenção especial, como se vê a seguir: “[...] A prevenção especial não opera, pois, no momento da cominação legal, como ocorre com a prevenção geral, mas na imposição e execução da pena” (SANTIAGO, 2007, p. 66).

Pela prevenção especial negativa, busca-se a neutralização ou inocuização do criminoso, uma vez que a segregação dele em cárcere evitará o cometimento de novos delitos. Tal retirada momentânea do convívio social, com o fim de evitar que se cometam novos crimes, só se aplica às penas privativas de liberdade, pois estas é que efetivamente colocam o delinqüente “atrás das grades”.

Já pela chamada prevenção especial positiva, tenta-se chegar à sonhada ressocialização do condenado, dando-lhe educação durante a execução penal, com o escopo de inseri-lo na sociedade. Busca-se corrigir o condenado para que ele encontre um ofício compatível com as suas atribuições naturais, permitindo-lhe que trabalhe durante o cumprimento da pena, por exemplo. Analisam-se, aqui, os aspectos pessoais do delinqüente, buscando-se o melhor meio de inseri-lo na sociedade.

Todavia, cumpre ressaltar que nem todo criminoso é passível de neutralização e ressocialização. Quanto àquela, pode-se dizer que, até encarcerado, o marginal poderá cometer assassinatos de dentro da penitenciária ou liderar o tráfico de drogas nas favelas, podendo até mesmo cometer um homicídio dentro da prisão de um rival chefe do tráfico da favela concorrente. Em relação à ressocialização, também nem sempre ela será alcançada, pois há pessoas que já estão mais do que inseridas na sociedade, como os grandes empresários ou detentores de cargos públicos que cometem os chamados crimes de colarinho branco. Neste caso, a prevenção especial positiva torna-se inócua, pois a almejada ressocialização para esses delinqüentes é extremamente irrisória, uma vez que já gozam, inclusive, de grande respeito e status sociais.

Por fim, é trazida à baila a teoria eclética, mista ou unificadora, em que se unem os principais aspectos das teorias absolutas e relativas. A teoria mista é, inclusive, aquela que foi adotada pelo Código Penal brasileiro, como se observa do artigo 59, *caput*, *in fine*,

[...] o juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para a reprovação e prevenção do crime [...]. (grifos nossos).

A idéia de reprovação do crime comunga com a teoria absoluta ou retributivista, enquanto a palavra prevenção é uma alusão clara à teoria da prevenção ou relativa. Importante ressaltar que as duas teorias estão aqui inseridas em momentos distintos

da aplicação da pena, pois agem na fase da fixação da pena (retribuição) e na fase da execução penal (prevenção). A própria Lei de Execução penal (Lei 7.210/84) demonstra o caráter preventivo especial da pena, mais precisamente em sua vertente positiva, ao afirmar, em seu artigo 1º, que “a execução penal tem por objetivo efetivar as disposições da sentença ou decisão criminal e proporcionar condições para a harmônica integração social do condenado ou internado”.

Estudadas as teorias existentes acerca da pena e sua justificação, passar-se-á à análise dos crimes de colarinho branco, buscando-se a melhor forma de encontrar-se um fundamento punitivo adequado para eles.

3. Crimes do colarinho branco

Os chamados crimes do colarinho branco têm origem na expressão inglesa *white collar crimes*, cunhada por Edwin H. Sutherland, nos idos de 1939, numa exposição que ele fez perante a *American Sociological Society*. A difusão do termo *white collar crimes* ocorreu mesmo quando Sutherland (1949) publicou a sua clássica obra “White Collar Crime”, onde definem os crimes de colarinho branco, numa perspectiva subjetivo-profissional, como sendo aqueles crimes praticados por pessoas dotadas de respeitabilidade e grande status social ¹. A expressão está intimamente ligada aos colarinhos brancos das camisas dos altos executivos, que cometem crimes valendo-se de sua posição social e econômica.

Em contraposição aos denominados *white collar crimes*, têm-se os chamados *blue collar crimes*, em alusão a cor dos macacões dos trabalhadores ou operários. Estes cometem crimes comuns e mais punidos pelo sistema penal, como exemplo dos roubos, furtos e homicídios. São crimes que exigem um menor ou quase nenhum trabalho intelectual por parte do sujeito ativo, bastando que seja feito com um grande caráter intimidatório em relação à vítima.

Os crimes de colarinho branco são praticados por pessoas pertencentes a uma camada exclusiva da sociedade, relacionada à sua atividade profissional. Exemplos na legislação brasileira são os crimes contra o sistema financeiro nacional e os crimes contra a ordem econômica e tributária, tratados, respectivamente, pelas leis de números 7.492/86 e 8.137/90.

Tais crimes têm como bem jurídico tutelado penalmente a ordem econômica, sendo que esta tem repouso constitucional em seu artigo 170, *caput*, da Constituição da República. O Estado deve proteção à ordem econômica não apenas por estar prevista

¹ Conceito na obra de origem de Sutherland (1949, p. 9): *White collar crime may be defined approximately as a crime committed by a person of respectability and high social status in the course of his occupation.*

na Lei Fundamental, mas também por tratar-se de um interesse difuso pertencente a toda a sociedade, uma vez que esta só prospera quando for economicamente forte. Os crimes de colarinho branco atentam diretamente contra a economia de um país, dando-lhe prejuízos que inviabilizam qualquer investimento em setores de importância essencial para a população, como são os casos da saúde e educação, considerados de relevância pública para o Estado, como se vê na análise dos artigos 197 e 205, da Carta de Outubro de 1988. Basta pensarmos nos crimes de sonegação fiscal que ocorrem diuturnamente, que privam os cofres públicos de milhões de reais para os investimentos devidos.

Não é para menos que se deve ter um Ministério Público cada vez mais independente e estruturado para proteger a sociedade, principalmente no que tange à ordem econômica, interesse difuso de competência notória do *parquet*, como prescreve o artigo 129, III, *in fine*, Constituição da República.

Sendo então a ordem econômica um bem jurídico tutelado penalmente, o direito penal deverá envidar todos os seus esforços para coibir essa macrocriminalidade que assola milhões de vidas, de forma imperceptível. Por ser a ordem jurídica de caráter difuso, não são as suas conseqüências perceptíveis de forma direta, como um crime de roubo, em que o patrimônio da vítima é solapado de imediato.

É nesse contexto que entra a expressão “cifras negras”, pois os crimes que verdadeiramente chegam ao conhecimento da população em geral, por meio de investigações e condenações, são infinitamente menores daqueles que nem chegam a ser investigados e punidos, ou apenas investigados, mas não punidos. A “cifra negra” seria aquele percentual que o Estado não toma conhecimento de sua existência, que, sem dúvida alguma, é a grande maioria. Nos crimes de colarinho branco é que ocorrem as elevadas “cifras negras”, pois a impunidade nas altas classes sociais é algo que assombra a sociedade nos noticiários diários, uma vez que a blindagem que elas recebem dos seus próprios pares, que na maioria das vezes são pessoas poderosas, é algo impensável.

Não foi outra a observação feita por Baratta (1999, p.55), ao afirmar que:

A criminalidade do colarinho branco é representada de modo enormemente inferior à sua incalculável cifra negra, daí derivando uma definição corrente da criminalidade como um fenômeno concentrado, principalmente nos estratos inferiores e pouco representada nos estratos sociais superiores.

Uma expressão cunhada pelo autor Thomas Lynch sintetiza exatamente a gravidade desses crimes de colarinho branco, a qual versa que “*los mayores crímenes de hoy*

implican más manchas de tinta que de sangre” (apud 2001, p. 40). O delinqüente econômico, como é também chamado tal pernicioso criminoso, possui algumas características marcantes como aponta o estudioso Dorado Montero (2003, p. 49-50), quando se refere a tal espécie de criminalidade, a saber:

a) sabe satisfazer seu egoísmo à custa de seus semelhantes, mas sem deixar de ser um homem oficialmente honrado; b) não conhece escrúpulos de nenhuma classe, nenhum freio moral interior, e como homem sem escrúpulos se conduz; c) sempre consegue escapar às redes do direito penal; d) conhece os defeitos das leis, aproveitando-se desse conhecimento para delas abusar, sem que sofra o risco de ser considerado delinqüente; e) sua inteligência, sua astúcia, sua atividade ou sua posição social impedem que se converta num delinqüente no sentido ordinário da palavra.

Na mesma linha os estudiosos Bajo e Bacigalupo (2001, p. 39/50), valendo-se de uma fórmula, denominada *Psicograma de Mergen*, que também tenta explicar a delinqüência econômica, apontam que os criminosos dessa natureza apresentam outras características que merecem destaque:

a) somente atribuem valor a bens materiais, sendo impulsionados por uma avidez na busca incontrolável do proveito material ; b) são egocêntricos, sofrendo de fria solidão, que compensam se mostrando generosos, pródigos e caritativos; c) utilizam-se de suas inteligências para o êxito imediato; d) não se consideram criminosos.

Em virtude de tal criminoso passar quase que despercebido no meio social em que vive, sua conduta criminosa é bem mais perigosa que a dos criminosos comuns, pois nem sempre sabemos quem são eles. Às vezes, aquele grande empresário de sucesso, que anda em carros de luxo, possui casas “hollywoodianas”, compra roupas caras, relógios que valem mais que carros populares e, principalmente, têm o respeito de todos, pode ser um grande sonegador fiscal ou até mesmo um adúlterador de combustíveis, motivo este que permite a sua astronômica ascensão social. É este criminoso que deve ser seriamente combatido, com bastante estratégia, pois qualquer ato em falso pode imunizá-lo cada vez mais, diante da ampla proteção que ele goza na sociedade, facilitada também pelos brilhantes e caros advogados criminais que encontram as brechas que as leis inevitavelmente possuem.

4. Questões penais e novos paradigmas

As teorias das penas vislumbradas acima devem ser aplicadas à delinqüência

econômica também, buscando-se o melhor enfoque para tanto. Todavia, algumas observações precisam ser feitas.

Principal celeuma que se apresenta é quanto à chamada prevenção especial, que visa à ressocialização do criminoso, buscando a sua inserção social. Ora, como aplicar tal teoria a uma pessoa que já está mais do que inserida na sociedade, na maioria das vezes em altos estratos sociais? O aspecto ressocializador da pena visa buscar o melhor ofício para aquele que delinqüiu, de forma a inseri-lo na sociedade. Não obstante, é por causa dessa notável inserção social que o criminoso do colarinho branco possui (juntamente com o seu respeitoso trabalho enriquecedor) que ele comete crimes! É exatamente o seu prestígio social que permite a prática de delitos.

Assim, quanto à idéia tradicional de prevenção especial, não há que se falar em sua aplicação a tais criminosos. Mister se faz pensar em um novo paradigma da ressocialização para ele, que deve estar centrada na necessidade de fazer com que ele reflita sobre os seus modos de agir, marcados pela cupidez e ganância. Um meio útil de fazer com que a prevenção especial seja alcançada para tal delinqüente, é aplicar uma pena privativa de liberdade curta, porém certa e eficaz, uma vez que, em cárcere, ele terá tempo para refletir sobre a conduta criminosa perpetrada. O grande problema do sistema penal frente a esses criminosos é que as penas não são nem ao menos aplicadas efetivamente, em virtude das quantidades infundáveis de recursos processuais para evitar a condenação, juntamente com a falta de interesse político de algumas pessoas em punir tais criminosos, pois são a base de muitos sistemas capitalistas.

No que tange à prevenção especial negativa, pode dizer-se que a pena privativa de liberdade para os *white collar crimes* tem a sua eficácia cumprida, pois, enquanto presos, fica mais difícil de eles cometerem crimes, ocorrendo uma neutralização de sua conduta. Cumpre ressaltar, como dito acima, que tal neutralização é relativa, pois ele pode até mesmo liderar uma organização criminosa via telefone celular ou computador, mas é melhor do que deixá-lo totalmente em liberdade.

A prevenção especial negativa nem precisa de muito embasamento doutrinário para explicá-la, pois a sua finalidade é meramente fática, qual seja, evitar que o criminoso cometa novas infrações penais por meio da restrição de sua liberdade.

Quanto à teoria da prevenção geral negativa, afirma-se que a pena é voltada para a sociedade, pois a possibilidade de aplicar-se uma sanção penal para aquele que delinqüiu incute um caráter intimidatório a todos. Tanto a pena abstratamente cominada quanto à pena concretamente aplicada fazem com que os cidadãos portem-se conforme a norma penal.

É exatamente nesse ponto que se faz necessária uma aplicação efetiva das penas previstas nas leis penais para a delinquência econômica, pois a sociedade, ao sentir a sensação de impunidade que impera no dia-a-dia, está desacreditada na certeza de uma punição. Punir-se o pobre, a prostituta e os demais excluídos socialmente é muito fácil, o difícil é termos a aplicação de uma pena privativa de liberdade para os altos executivos e membros dos Poderes do Estado que cometem crimes de forma desenfreada. É para os criminosos do colarinho branco que a prevenção geral negativa deve ser constantemente aplicada, pois eles mesmos sabem que em raríssimas hipóteses serão punidos, o que os estimulam a continuarem com a prática perniciosa dos seus ilícitos penais.

A prevenção geral positiva não funciona para eles. Isso é ponto pacífico, devendo ser cobrada dos operadores do direito, como os Delegados de polícia, membros do Ministério Público e Poder Judiciário, uma atuação mais enérgica e corajosa, enfrentando e punindo tal criminalidade, para que a idéia filosófica da teoria da prevenção geral positiva vingue na prática. É nesse sentido que se afirma que as condutas perpetradas pelos criminosos do colarinho branco apresentam uma:

[...] periculosidade silenciosa, maligna, amorfa, sub-reptícia alarmante que merece especialmente por parte do Poder Judiciário uma enérgica e corajosa tomada de atitude para coibir, quando chamada a atuar dentro do devido processo legal, a prática desses delitos causadores da falência da Nação (CIPRIANI, 2001, p. 58).

Também quanto à teoria da prevenção geral positiva ou integradora, pode-se dizer que, assim como a negativa, ela não funciona para a sociedade, uma vez que a tão avassaladora e citada impunidade impede que a confiança no direito exista. A total infidelidade ao direito demonstrada pelos praticantes dos crimes de colarinho branco, juntamente com a impunidade, impede que a sociedade tenha expectativas de que a norma funcione. Não é possível estabilizar as expectativas sociais quando aqueles que mais deveriam demonstrar fidelidade ao direito conspurcam contra o sistema jurídico.

Uma sociedade totalmente incrédula com a punição da criminalidade ocorrida nos altos escalões não é passível de ter em si a confiança no direito. O alarma social causado pelos crimes econômicos não encontra resposta imediata no sistema penal, inviabilizando totalmente que os demais integrantes da sociedade portem-se conforme o direito. Pelo contrário, tais crimes desestabilizam cada vez mais a sociedade, necessitando de uma pronta, eficaz e enérgica resposta penal, sob pena da contínua desintegração social perpetuar indeterminadamente.

Em se tratando das teorias absolutas, que pregam pura e simplesmente a retribuição da pena, pode-se dizer que ela é alcançada quando se tem em mira os crimes de colarinho branco. Tal assertiva é possível porque uma sanção penal devidamente aplicada para tais tipos de pessoas cumpre o seu papel de retribuir o mal causado pela sua conduta criminal. Isso, claro, se houvesse uma aplicação efetiva de uma pena privativa de liberdade para eles, o que, lamentavelmente, não ocorre.

Todavia, caso fossem tais penas concretamente aplicadas, ter-se-ia a realização do caráter retributivo da pena, que é bem simples, uma vez que a pena em si já oferece tal retribuição.

Por fim, quanto às teorias mistas ou ecléticas, afirma-se o que já foi dito acima para cada uma das teorias, isoladamente, apenas ressalvando-se que o aspecto retributivista da pena está na aplicação da sanção penal ao delinqüente, por meio da sentença condenatória, enquanto que o aspecto preventivo é vislumbrado na fase de execução da pena. Todavia, em termos teóricos, é muito bela tal discussão, o problema está todo na realidade fática, que muitas vezes demonstra o contrário, jogando por terra todos os estudos doutrinários das teorias das penas.

5. Conclusão

Após as observações feitas acima, pode ser dito que as teorias das penas encontram sérios obstáculos para serem aplicadas frente à criminalidade econômica. A impunidade que assombra o país é algo que impede qualquer aplicação teórica dos estudos das penas.

A primeira medida que se deve tomar seria a aplicação efetiva de uma sanção penal para aquele que cometeu um crime do colarinho branco, sendo tal sanção uma pena privativa de liberdade, não se defendendo aqui a aplicação de penas restritivas de direito e de multa para tal criminalidade, pois a sensação de impunidade ainda continuaria a existir, sem contar com o cálculo do custo-benefício feito pelo criminoso, pois se o mal da pena for inferior ao ganho que ele terá com a prática do crime, sem dúvida alguma, a reincidência criminal ocorrerá.

É o que nos mostra o pensamento de Lira, ao afirmar que diante das penas benignas, se tem a “impressão de que não houve qualquer retribuição ao fato delituoso e o crime passa a valer a pena, pela perda do seu caráter preventivo (geral ou especial)” (LIRA, 1995, p. 357). Todavia, os Tribunais pátrios vêm aplicando sistematicamente a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito para a delinqüência econômica, tornando ineficaz o efeito da pena para os criminosos do colarinho branco como se vê a seguir:

PENAL. NÃO RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. LEI Nº 8.212/91, ART. 95, ALÍNEA “D”. LEI Nº 9.983/2000. ART. 168-A, § 1º, INC. I, DO CÓDIGO PENAL. FIXAÇÃO DA PENA EM DOIS ANOS E QUATRO MESES DE RECLUSÃO E MULTA. INEXIBILIDADE DE CONDUTA DIVERSA. INOCORRÊNCIA. PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO TRIBUTÁRIO. LEI Nº 10.684/2003, ART. 9º. NÃO COMPROVAÇÃO. SUBSTITUIÇÃO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITOS (CP ART. 44). 1. Constitui a infração descrita no art. 168-A do Código Penal deixar de repassar à Previdência Social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. 2. O crime de apropriação indébita previdenciária, que é crime omissivo puro, não exige que da omissão resulte dano, bastando, para sua configuração, que o sujeito ativo deixe de repassar à Previdência Social a contribuição recolhida dos contribuintes, no prazo e forma legal ou convencional. 3. Autoria e materialidade demonstradas. 4. Inocorrência de situação de inexigibilidade de conduta diversa. 5. Não comprovando o agente o pagamento integral do débito, no tocante às contribuições recolhidas de empregados e não repassadas à autarquia previdenciária, não há que se deferir a extinção da pretensão punitiva do Estado, consoante o disposto no art. 9º da Lei nº 10.684/03. 6. Penas fixadas em 2 (dois) anos e 4 (quatro) meses de reclusão e 35 (trinta e cinco) dias-multa, ficando o dia-multa arbitrado em 1/30 (um trigésimo) do maior salário mínimo mensal vigente ao tempo do fato, devendo ser corrigido monetariamente, quando da execução. Aplica-se o benefício da substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos na modalidade de prestação de serviços comunitários, cujas condições serão fixadas pelo Juízo da Execução. 7. Apelação provida. (ACR 2001.38.03.000510-1/MG; APELAÇÃO CRIMINAL, julgada em 07/02/2006 , TRF/ 1ª REGIAO)

PENAL. APELAÇÃO CRIMINAL. APROPRIAÇÃO INDÉBITA PREVIDENCIÁRIA. ART. 168-A DO CÓDIGO PENAL (ANTIGO ART. 95, “D”, DA LEI Nº 8.212/91). “ABOLITIO CRIMINIS”. PENA DE MULTA. SUBSTITUIÇÃO. APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE. 1. A Lei 9.983/00, ao revogar o art. 95, alínea “d”, da Lei 8.212/91, não descriminalizou a conduta típica, que permaneceu tipificada no novel art. 168-A do Código Penal. Precedentes deste Tribunal. 2. Impossibilidade de afastamento da pena de multa, devido a sua aplicação cumulativa com a pena privativa de liberdade.

Redução do quantum do dia-multa, em face da situação financeira da ré. 3. Substituição da pena privativa de liberdade por duas penas restritivas de direitos, conforme art. 44, § 2º do CPB. 4. Apelação provida, em parte. (ACR 1999.32.00.001302-8/AM; APELAÇÃO CRIMINAL, julgada em 26/04/2005, TRF 1ª REGIAO).

PENAL - APELAÇÃO CRIMINAL - MOEDA FALSA - LAUDO DOCUMENTOSCÓPICO - FALSIFICAÇÃO APTA A ENGANAR - SENTENÇA CONFIRMADA - SUBSTITUIÇÃO EX OFFICIO DA PENA PRIVATIVA DE LIBERDADE POR DUAS PENAS RESTRITIVAS DE DIREITO. I - Quando se constata que a falsificação é apta a iludir o homem médio, possibilitando a circulação como se moeda verdadeira fosse, ocorre a tipicidade da conduta descrita no artigo 289, § 1º, do Código Penal. II - Presentes os requisitos autorizadores, cabe a substituição, de ofício pelo Tribunal, da pena privativa de liberdade pelas restritivas de direitos, no caso, prestação de serviços à comunidade ou a entidades públicas, a serem especificadas pelo juízo das execuções e cumpridas pelo mesmo prazo daquela. III -Apelação improvida. (APELAÇÃO CRIMINAL – 3014, DJU DATA:04/02/2003 PÁGINA: 201, TRF 2ª /REGIAO)

CRIMINAL. CORRUPÇÃO PASSIVA. DIMINUIÇÃO DA PENA. SUBSTITUIÇÃO. PRESCRIÇÃO. - Recurso objetivando a reforma da decisão de primeiro grau, que condenou a apelante à 02 (dois) anos e 08 (oito) meses de reclusão, sob o regime aberto, e 40 dias-multa, pela prática do delito tipificado no artigo 317, parágrafo 1º, do Código Penal . - Reconhecida rigorosa aplicação da pena cominada, frente aos elementos subjetivos da ré. Fixada a pena-base em 1 ano e 6 meses, aumentada de 1/3, em observância ao disposto no parágrafo 1º do artigo 317, passando a 2 (dois) anos. - Substituição da pena definitiva fixada por duas penas restritivas de direitos, considerando a Lei nº 9.714/98 (“Lei das Penas Alternativas”). - Julgada extinta a punibilidade pela ocorrência da prescrição retroativa da pretensão punitiva. - Recurso parcialmente provido. (APELAÇÃO CRIMINAL – 2709, DJU DATA:07/11/2002 PÁGINA: 182, TRF 2ª região)

O artigo 44 do Código Penal brasileiro é claro ao exigir para a substituição das penas privativas de liberdade pelas restritivas de direito que:

[...] III- a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social

e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

O grande problema é que os juízes tendem a olhar basicamente para o artigo 44, no seu inciso I, que autoriza a substituição para os crimes sem violência ou grave ameaça à pessoa, como é o caso de quase todos os crimes de colarinho branco, e pena não superior a 4 anos. Na parte que interessa, o inciso em epígrafe

[...] I- aplicada pena privativa de liberdade não superior a 4(quatro) anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposos.

Todavia, quando se tratam de crimes cometidos pelos *blue collars*, a jurisprudência pesa para o outro lado, sendo extremamente mais severa, como se vê a seguir:

PENAL. FURTO QUALIFICADO POR ABUSO DE CONFIANÇA. RECEBIMENTO DA DENÚNCIA. VALOR DA RES FURTIVA ACIMA DO SALÁRIO MÍNIMO. PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. INAPLICABILIDADE.

1. Não se aplica o princípio da insignificância penal, construção jurídica que norteia os denominados crimes de bagatela, quando o delito de furto é qualificado por abuso de confiança. 2. Farta é a jurisprudência que aponta o valor do salário mínimo como a quantia sobre a qual poderia incidir o mencionado princípio, quando dos crimes de furto, não incidindo sobre estes os parâmetros mínimos de que se utiliza o Fisco para ajuizar ações com o intuito de reaver os valores desviados. 3. Recurso provido. (RCCR 2004.34.00.028928-9/DF, 24/02/2006 DJ p.48, TRF 1ª REGIAO)

PROCESSO PENAL. HABEAS CORPUS. FURTO. (1) PRINCÍPIO DA INSIGNIFICÂNCIA. SUBTRAÇÃO DE BEM AVALIADO EM MAIS DE UM SALÁRIO MÍNIMO. INAPLICABILIDADE. (2) SURSIS PROCESSUAL. AUSÊNCIA DE PROPOSTA. RÉU JÁ BENEFICIADO ANTERIORMENTE PELA SUSPENSÃO.

CONSTRANGIMENTO. INEXISTÊNCIA. (3) SUBSTITUIÇÃO DE PENA. CONDIÇÕES PESSOAIS DESFAVORÁVEIS. ILEGALIDADE. AUSÊNCIA. 1. Para que se aplique o princípio da insignificância é necessário que se atenda a critério dual: valor de pequena monta e seu caráter ínfimo para a vítima. Na hipótese, o valor da res ultrapassou o do salário mínimo vigente à época, não sendo possível, pois, falar-se em crime de bagatela. 2. Para a concessão do sursis

processual, deve o magistrado verificar se o réu está sendo processado, bem como atentar para as condicionantes previstas no art. 77 do Código Penal, a fim de verificar se a medida despenalizadora será adequada para o caso concreto. 3. Para que faça jus à substituição da pena privativa de liberdade por restritiva de direitos, deve o condenado preencher os requisitos todos do art. 44 do Código Penal. 4. Ordem denegada. (HC 53139 / PB , DJ 26.11.2007 p. 249, STJ)

Não se tenha dúvida de que o criminoso do colarinho branco pensa igual a um empresário, sopesando sempre os prós e contras de uma prática delitativa. Ele traz para o mundo criminal os mesmos cálculos e pensamentos que ele utiliza em seu trabalho profissional, que também é o local de suas artimanhas criminais.

É por isso que a pena privativa de liberdade realmente é a melhor escolha para punir tais criminosos, pois ocorrerá um grande abalo social em sua imagem quando estiver realmente “atrás das grades”, momento em que terá tempo para refletir sobre as conseqüências de sua prática delitativa. É a idéia americana do *sharp-short-shock* da pena curta de prisão, que, conforme Figueiredo Dias, tem mais eficácia do que a pena de multa nos delitos econômicos (FIGUEIREDO DIAS, 1998, p. 384). As penas pecuniárias, por mais elevadas que sejam, não são óbices para os criminosos do colarinho branco, pois sempre terão condições de saldarem-nas. Já as penas privativas de liberdade, eles deverão pagá-las com o próprio corpo, estando sujeito a todas as formas de humilhações do cárcere, o que, se não “ressocializá-lo”, pelo menos permitirá que seja feita uma reflexão sobre os efeitos de sua atitude delinqüente.

Enfim, uma segunda medida para os *white collar crimes*, seria uma maior eficiência, coragem e estrutura de trabalho para aqueles que militam contra esses criminosos, que seriam os operadores do direito responsáveis pela persecução criminal, de forma a efetivamente existir uma condenação criminal com trânsito em julgado, sendo que a pena aplicada seja uma privação de sua liberdade, em atenção ao descrédito frente às instituições democráticas que tal criminalidade deposita na sociedade.

6. Referências bibliográficas

BAJO, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho penal econômico*. Madrid: Centros de Estudios Ramón Areces, 2001.

BARATTA, Alesandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: Introdução à Sociologia do Direito Penal*. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1999.

CIPRIANI, Mário Luís Lirio. *A aplicação da pena privativa de liberdade aos white collars criminals*. Revista Jurídica, Sapucaia do Sul/RS, v.49, n.289, p.58.

DORADO MONTERO, Pedro. *Bases para um nuevo derecho penal*. Barcelona: Anacleto, 2003 .

FISCHER, Douglas. *Delinquência econômica e estado social e democrático de direito: uma teoria à luz da constituição*. Porto Alegre: Verbo jurídico, 2006.

FELDENS, Luciano. *Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico*. In direito penal econômico e europeu: textos doutrinários, volume I. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal: parte geral: volume 2*; coordenação Luiz Flávio Gomes- São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

GRECO, Rogério. *Curso de direito penal: parte geral*. 6. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2006.

JAKOBS, Gunter. *Derecho penal*; parte general-fundamentos e teoría de la imputación. Trad. Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzalez de Murillo. Madrid: Marcia Pons, 1995.

KANT, Immanuel. *La metafísica dei costumi: la dottrina del diritto*. Trad. Giovanni Vidari. Milano: Studio Editoriale Lombardo, 1916.

LIRA, Antiógenes Marques de. *Macrocriminalidade*. Revista dos Tribunais, nº 719, set. 1995.

QUEIROZ, Paulo. *Funções do direito penal*. Belo Horizonte, Del Rey. 2001.

_____. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. rev. aum.- São Paulo: Saraiva, 2005.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de direito penal*. 2. ed. Lisboa: Ed. Veja, 1993.

SANTO, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco*. Coimbra: Coimbra

Editora, 2001.

SANTIAGO, Mir Puig. *Direito penal: fundamentos e teoria do delito*. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

SUTHERLAND, Edwin H., *White Collar Crime*, New York, The Dryden, 1949.