

# Direito penal económico – fundamento e sentido da aplicação das penas de prisão e de multa

Anabela Miranda Rodrigues

Professora Catedrática da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

Vice-Presidente da Société Internationale de Défense Sociale/International Society of Social Defense

---

**SUMÁRIO:** 1. Direito penal económico é necessariamente falar de globalização 2. Os desafios ao direito penal e a importância da regulação do sistema económico-financeiro 3. A exigência de «máxima restrição» ou de «proibição de excesso» das penas 4. Autonomia do direito penal económico pelo que se refere ao sistema punitivo 5. Pena de multa 6. Proporcionalidade das penas

---

1. Abordar o tema do direito penal económico é necessariamente falar de globalização. Ela é o cenário de uma criminalidade económica protagonizada por *novos atores* da política num *novo espaço*: grandes empresários em empresas internacionais à escala mundial. A sua atividade desenvolve-se num cenário ideológico em que impera o neoliberalismo – não é por acaso que a globalização recebe o ápodo de *neoliberal* –, que, num recorte descritivo, tem levado a várias perversidades. A ausência de regulação pública efetiva – a desregulação –, característica do mercado global, e o seu contrapolo, que é o caráter transnacional e a financiarização da economia, são características da economia global, «que busca a rentabilidade de quantidades ingentes de capital»<sup>[1]</sup>.

[1] Sobre isto, cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Direito penal económico – é legítimo, é necessário?», *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, (RPCC), nº 127, e bibliografia aí citada. Também publicado em *Revista Portuguesa de Ciências Criminais*, Ano 26, n.ºs

1 a 4, 2016, pp. 33, ss, que doravante se cita, pp. 42, ss. Vide, ainda E. DEMETRIO CRESPO, «El significado político del derecho penal económico», E. Demetrio Crespo (dir.) y M. Maroto Calatayud (Coord), *Crisis financiera y derecho penal económico*, BdeF-Edisofér, Montevideo,

Madrid, 2014, p.4 e 5; e J.M. TERRADILLOS BASOCO, «Financiarización económica y política criminal», *El derecho penal económico y empresarial ante los desafíos de la sociedad mundial del riesgo*, J.R. Serrano-Piedecasas y E. Demetrio Crespo (dir.), Colex, 2010, pp.132, ss.

Entretanto, a contrapartida das políticas económicas neoliberais e da desregulação, a que se ligaram uma série de escândalos financeiros que a supervisão não conseguiu evitar, foram propostas de autorregulação que se consubstanciaram nas orientações de *corporate governance* e de *compliance*. O imperativo desregulador aliado à escalada de desenvolvimento tecnológico, que permite um fluxo de informação em tempo real ao redor do Planeta, criou o que Zigmunt Bauman chamou de «proprietários ausentes»: os reais proprietários das empresas (acionistas e investidores), que investem os seus recursos em atividades económicas sobre as quais «não têm controlo administrativo e operacional direto e localizado».<sup>[2]</sup> O conflito de interesses e a separação jurídica entre «propriedade» e «controlo» da empresa gerou os primeiros debates sobre *corporate governance*, isto é, «o sistema mediante o qual as empresas devem ser dirigidas e controladas»<sup>[3]</sup>. E que tem no recurso ao mecanismo de *compliance* o seu pilar garantidor. Sendo um dos elementos essenciais do «capitalismo regulatório»<sup>[4]</sup> – uma técnica de intervenção na atividade económica de «autorregulação regulada», como a designou Ulrich Sieber, do lado dos penalistas<sup>[5]</sup> –, surge, como resposta inovadora, uma estratégia de controlo do comportamento empresarial desviado para garantir a aplicação das múltiplas disposições que regulam a sua atividade.

Os *programas de cumprimento* – como vêm sendo chamados no Continente europeu – constituem um produto híbrido, público

[2] Zygmunt Bauman, *Globalização: as consequências humanas* (tradução de Marcus Penchel), Rio de Janeiro, Jorge Zahar, 1999, p. 18.

[3] Assim, ADÁN NIETO MARTÍN, «El programa político-criminal del 'corporate governance'», *Revista de Derecho y Proceso Penal*, n.º 11, Editorial Aranzadi, Navarra, 2004, p. 4455 (p.448).

[4] A referência é ao «regulatory capitalism», a expressão com que John Braithwaite cunhou o novo liberalismo regulador no seu, já hoje um clássico, livro de 2008 com o mesmo nome, *The regulatory capitalism*, Oxford. Cf., também, do Autor, «The new regulatory state and the transformation of criminology», *British Journal of Criminology*, vol.40, 2000, p.197s.

[5] ULRICH BIEBER, «Programas de compliance no direito penal empresarial: um novo conceito para o controlo de criminalidade económica» (tradução de Eduardo Saad-Diniz), *Direito penal económico: estudos em Homenagem aos 75 Anos do Professor Klaus Tiedemann*, William Terra Oliveira, Pedro ferreira leite Neto Tiago Sintra Essado, Eduardo Saad-Diniz (orgs.), São Paulo, Liber Ars, 2013.

e privado, do Estado e do mundo corporativo<sup>[6]</sup>. As normas que traduzem a política das empresas, relativas aos mais variados aspetos – podendo ir desde regulamentos internos no âmbito do mercado de valores mobiliários, corrupção, branqueamento ou concorrência até ao domínio ambiental, do trabalho, do consumo ou da saúde –, são duplamente normas mistas, no seu conteúdo, público-privado, e na sua génese, estadual-supraestadual. O primeiro instrumento legislativo a prever normas de autocontrolo e autofiscalização típicas de programas de cumprimento é apontado como tendo sido o *Foreign Corrupt Practices Act*, adotado em 1977, nos Estados Unidos da América. Esta lei – subsequentemente ampliada e atualizada – teve por finalidade moralizar as práticas comerciais das empresas norte-americanas, evitando uma prática que consistia na conquista de mercados internacionais através da corrupção de autoridades públicas estrangeiras, ou seja, mediante uma condenável forma de concorrência desleal<sup>[7]</sup>. E, em 2002, a lei *Sarbanes-Oxley* (*Sarbanes-Ox Act*) foi uma tentativa de restabelecer a confiança dos investidores no mercado e uma resposta às megafraudes que entretanto tinham ocorrido, protagonizadas por grandes empresas, como a *World-Com* ou a *Enron*, do lado americano, ou a *Parmalat* ou o *Banco Barings*, do lado europeu. O objetivo foi o de proteger os acionistas, com a obrigação, para os dirigentes executivos das empresas, de observar os «deveres gerais e especiais de organização»<sup>[8]</sup>.

[6] Sobre isto, vide ADÁN NIETO MARTÍN, «Introducción», *El derecho penal económico en la era compliance*, (Directores: Luis Arroyo Zapatero/ Adán Nieto Martín), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 13ss

[7] Cf. ADÁN NIETO MARTÍN, «La corrupción en el comercio internacional (o de como la americanización del

derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», *Revista Penal*, N.º 12, La Ley, Salamanca, 2003, pp. 6-7; *id.*, «La privatización de la lucha contra la corrupción», *El derecho penal económico en la era compliance*, *cit.*, pp. 193, ss. Vide, também, ARTUR de BRITO GUEIROS SOUZA, «Breves considerações sobre a corrupção em transações comerciais internacionais»,

*Direito penal internacional estrangeiro e comparado*, Carlos Eduardo Japiassú (coord), Rio de Janeiro, Lumen Iuris, 2007, p. 5.

[8] Cf. *A guide to the Sarbanes-Oxley Act*, in [www.soxlaw.com](http://www.soxlaw.com) (acesso em dezembro de 2016).

As regras desta nova forma de regulação incluem diversas possibilidades normativas de pressão. Assim<sup>[9]</sup>, o direito administrativo pode exigir que as empresas que desejem contratar entre si possuam programas de cumprimento em matéria anticorrupção, como já acontece há largo tempo, por exemplo, em relação a riscos laborais; ou, então, que utilizem o sistema de «listas negras» e que excluam da contratação as empresas que tenham sido condenadas por corrupção. Também pode ser eficaz a pressão do direito das sociedades. Neste caso, os administradores que não impulsionem a adoção de programas de cumprimento serão gestores negligentes, pelo que, em caso de perdas para a empresa derivadas da imposição de sanções ou do cometimento de ilícitos, podem ser passíveis de responsabilidade no âmbito societário. Mas as regras desta regulação inovadora podem ir mais além. Desde logo, o direito penal, estadual, pode estar no fim do caminho. A aplicação de sanções penais é uma forma de «obrigar» os dirigentes das empresas a estabelecerem mecanismos de devido controlo eficazes. A motivação para assegurar o cumprimento de mecanismos de controlo resulta, desta forma, de uma técnica do «pau e da cenoura» (*carrot and stick approach*)<sup>[10]</sup>.

Embora estas iniciativas tenham sido importantes para que fosse retomado algum controlo sobre a atividade económica, fomentando um processo de adequação das corporações à conformidade legal e ética, não foram suficientes para evitar a eclosão da crise de 2008. Os comportamentos financeiros e económicos que lhe estão associados, protagonizados por entidades bancárias ou grandes empresas, puseram e continuam a pôr à prova as estratégias

[9] Cf. ADÁN NIETO MARTÍN, «Introducción», *El derecho penal económico*, cit., p. 14.

[10] Cf. JOACHIM VOGEL, «Responsabilidad penal de los empresarios y

las empresas», *La política criminal en Europa* (Directores: Santiago Mir Puig/ Mirentxu Corcoy Bidasolo; Coordinador: Victor Gómez Martín), PELIER, 2004, pp. 129, ss (designadamente, pp. 130 e 140); e RICHARD

STEINBERG, *Governance, risk management and compliance: it can't happen to us – avoidind corporate disaster while driving success*, New Jersey, John Wiley and Sons, 2011, pp. 23, ss.

das respostas ensaiadas. E que passam, outra vez, mesmo quando se afastam da *hard law*, por chamar a intervenção do Estado. Ao mesmo tempo, com este movimento, é, de novo – passados os tempos inebriantes da autorregulação dos mercados ou da experiência de Estados apenas supervisores –, a necessidade de intervenção *penal* que se faz ouvir.<sup>[11]</sup>

2. É neste contexto que se colocam os desafios ao direito penal. A crise de 2008, primeiro nos Estados Unidos da América e depois na Europa, mostrou a importância da regulação, nacional e internacional, do sistema económico-financeiro e o perigo que conleva a sua gestão pelos agentes que nele operam («converter o lobo em cordeiro»<sup>[12]</sup>). A quase rutura das economias do «primeiro mundo», conjuntamente com uma profunda perda de confiança nas entidades bancárias como principais intermediárias do sistema financeiro, puseram em evidência os riscos sistémicos do chamado «capitalismo popular» e a necessidade de proteger a integridade do próprio mercado e a estabilidade do sistema económico.

Do lado dos penalistas, as respostas são díspares e contraditórias. Passam pela elaboração de um conceito de «crime económico de carácter político», teorizado por Wolfgang Naucke<sup>[13]</sup>, e vão até

[11] Nesta linha, JORGE de FIGUEIREDO DIAS, «O direito penal económico entre o passado, o presente e o futuro», *Revista Portuguesa de Ciência Criminal (RPCC)*, 22 (2012), pp. 521, ss. Vide, também, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *RPCC*, Ano 26, 2016, *cit.*, pp. 50, ss.

[12] Nestes termos, Gunter Heine, «La ciencia del derecho penal ante las tareas del futuro», Eser/Hassemmer/Burkhardt (coords.), *La Ciencia del*

*derecho penal ante el nuevo milenio* (coord. da versão espanhola: Francisco Muñoz Conde), Valencia, 2004, p. 429 (cit. in JORGE de FIGUEIREDO DIAS, *RPCC*, 22, 2012, p. 527).

[13] W. NAUCKE, *Der Begriff der politischen Wirtschaftsraftat. Eine Annäherung*, Berlin, Verlag, 2012. Cita-se, no presente texto, a tradução em língua espanhola, *El concepto de delito económico-político. Una aproximación*, Marcial Pons, 2015. Sobre o conceito

de «crime económico de carácter político», como crime «cujó merecimento de pena surge da destruição dos fundamentos vitais de muitos cidadãos, consequência de decisões económicas pelas quais se deve responder», desenvolvido por Naucke, vide EUGENIO SARRABAYROUSE, «Estudio preliminar», *El concepto de crime económico-político. Una aproximación*, *cit.*, pp. 26-29 e E. DEMETRIO CRESPO, *Crisis financiera y derecho penal económico*, *cit.*, pp. 13, ss.

ao «discurso da resistência» ao direito penal<sup>[14]</sup>, que aponta o seu carácter simbólico «negativo»<sup>[15]</sup> e consequente ineficácia.

A este propósito, reconhece-se que é inegável que se vem verificando, nos últimos tempos, um fenómeno da expansão do direito penal, em que o direito penal económico é um protagonista na boca de cena. E que, dessa forma, se pretendem resolver problemas sociais, emitindo sinais – simbólicos – que são um mero expediente para tranquilizar uma sociedade que está sobretudo interessada em reduzir as margens de risco que ameaçam a vida em comunidade.

Entretanto, não pode esquecer-se que todo o direito penal é intrinsecamente simbólico e que essa é uma função que deve cumprir (função simbólica «positiva»). A questão reside em que ela não pode ser – não é – função exclusiva do direito penal, e também do direito penal económico, o que seria afinal revelador de (um problema de) falta de legitimidade da intervenção penal neste domínio.

O que não é o caso.

Vem-se demonstrando<sup>[16]</sup> que os crimes económicos não são «constitutivamente» direito penal simbólico, no sentido de «reforço de interesses ou funções que nunca deveriam ser considerados como bens jurídicos», em definitivo, *mala quia prohibita*. Como as investigações criminológicas na esfera económica mostram<sup>[17]</sup>, o risco não é ilusório: não só há novas formas de agressão a bens jurídicos em «contextos de ação coletivos», em que «as

[14] LUIS GRACIA MARTÍN, «Prólogo», Gonzalo Castro Marquina, *La necesidad del derecho penal económico y su legitimidad en el Estado social y democrático de derecho*, BdeF-Euros Editores, Montevideo, Buenos Aires, 2016, p. XVIII. Para uma análise do «discurso de resistência», cf. GONZALO CASTRO MARQUINA, *La necesidad del derecho penal económico*, cit., pp. 11-19 e 109, ss.

[15] Sobre este aspeto, especificamente por referência ao direito penal económico, cf. LUIS ARROYO ZAPATERO, «Derecho penal económico y Constitución», *Revista Penal*, pp. 4 e 5, e CARLOS MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, «Reflexiones sobre la expansión del derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del 'big crunch' y la selección de bienes jurídico-penales», *La política criminal en Europa*, cit., pp. 96, 99 e 100.

[16] Nesta via, cf., designadamente, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *RPCC*, Ano 26, 2016, cit., pp. 53, ss. e Autores aí citados.

[17] Cf., designadamente, CARLOS MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, *La política criminal en Europa*, cit., pp. 97, ss. (p. 100).

relações pessoais» são substituídas por «comportamentos anónimos e estandardizados»; como também o risco é mesmo maior do que a insegurança sentida, em virtude da «neutralidade» ou da «aparência externa de licitude» dos crimes económicos, que frustram a identificação das vítimas enquanto tais.

Reconhece-se que a proteção de bens jurídicos na esfera económica constitui um dos desafios principais do direito penal económico, ligado quer à natureza coletiva dos bens em causa, quer às dificuldades de tipificação do ilícito e à frequente utilização de crimes de perigo abstrato. A este propósito, reitera-se, por um lado, que estes bens jurídicos não são uma criação artificial, pelo menos diferente, em substância, de toda a criação artificial que se pode dizer que está ligada à atividade de configuração típica pelo legislador de condutas puníveis: só ações ou omissões lesam ou põem em perigo bens jurídicos, sendo as *exigências* colocadas ao nível da tipicidade, relativas à necessidade de as *ações ou omissões* serem tanto quanto possível *precisa e minuciosamente descritas* para que se possam *identificar*, reveladoras, afinal, da afirmação do direito penal do bem jurídico<sup>[18]</sup>; e, por outro lado, que são as características do bem jurídico protegido em cada caso e as modalidades típicas da sua afetação que devem orientar a opção do legislador por crimes de dano ou crimes de perigo. Sendo que no caso do recurso a estes últimos, o cuidado deve ser redobrado para não incorrer no enfraquecimento de garantias ou dos critérios de imputação.

Convém não esquecer ainda que há a considerar um tique «classista» que é «má companhia» do direito penal, acantonando-o a *ghettos* de criminalização bagatelar ou de marginalidade, que não pode deixar de se ter em atenção, quando se reivindica que o direito penal se abstenha de alargar o seu âmbito de ação a novos

[18] Já neste sentido, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Sobre o crime de importunação sexual», *Revista de*

*Legislação e Jurisprudência*, Ano 143º, nº 3987, Julho-Agosto, 2014, p. 436.

comportamentos, de elevadíssima danosidade, como são os comportamentos económicos ilícitos. Há muitos bens jurídicos que os nossos ordenamentos jurídicos já conhecem há largo tempo: a concorrência, o mercado, o ambiente, o património histórico, artístico e cultural, ou bens ligados à qualidade de trabalhador ou de consumidor. Chamar a si o reconhecimento da sua relevância para a vida das pessoas em sociedade foi um dever de que os Estados fizeram sua *responsabilidade*. Quando assume a sua tutela penal, o legislador não está a expandir artificialmente o âmbito do punível: está – e tem de estar *apenas* – a responder, com o último recurso de que legitimamente pode dispor, a novas e sofisticadas formas de lesão desses bens.

Se ao Estado, hoje, se pede que faça mais, no âmbito penal, isso não tem de significar, necessariamente, desrespeito ou desconsideração pelo princípio da *ultima ratio*. «*Ultima ratio* não é *nulla ratio*»<sup>[19]</sup>.

Não se trata de dar cobertura a uma indiscriminada criminalização das atividades económicas irregulares, que não apenas seria ilegítima mas também disfuncional. Mas o que se diz é que tão-pouco cabe a «inibição», a «resistência», quando essas condutas atingem bens jurídicos essenciais. Entre o excesso e a abstenção *punitivistas*, entre «fugir *para* o direito penal» e «fugir *do* direito penal», ambas as opções incompatíveis com estratégias preventivas eficazes, está o equilíbrio entre as exigências de proteção de bens jurídicos coletivos, cada vez mais «imateriais» ou «institucionalizados» e o respeito pelo princípio da *ultima ratio* em que aquela intervenção penal se consubstancia. Equilíbrio traduzido na proteção de bens jurídicos *relevantes* – um bem jurídico de grande importância e claramente identificado – perante lesões *insuportáveis* de que sejam objeto, de acordo com o *princípio da necessidade* da intervenção penal.<sup>[20]</sup>

[19] Assim, J. M. TERRADILLOS BASSOCO, «Derecho penal económico. Lineamientos de política penal», IUS,

Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, ano IX, nº35, enero-junio de 2015, p.18.

[20] Um princípio político-criminal – referido como «princípio do direito penal do bem jurídico» (JORGE de

3. Este princípio da necessidade, na sua exigência de «máxima restrição» ou de «proibição de excesso» das penas, deve estar presente na conformação do sistema punitivo em matéria de delinquência económica. Como lapidadamente enunciou o nosso Tribunal Constitucional, «o recurso a meios penais está (...) constitucionalmente sujeito a limites consideráveis. Consistindo as penas, em geral, na privação ou sacrifício de determinados direitos (*maxime*, a privação da liberdade, no caso da prisão), as medidas penais só são constitucionalmente admissíveis quando sejam *necessárias, adequadas e proporcionadas* à proteção de determinado direito ou interesse constitucionalmente protegido (...), e só serão constitucionalmente exigíveis quando se trate de proteger um direito ou bem constitucional de primeira importância e essa proteção não possa ser suficiente e adequadamente garantida de outro modo»<sup>[21]</sup>.

Esta é uma questão – a do sistema de penas a que se deve recorrer – que ganha, no domínio económico, uma particular centralidade. É um problema nevrálgico da criminalidade económica, cuja multiplicada danosidade social obriga à busca dos meios mais idóneos para a combater.

FIGUEIREDO DIAS, «O 'direito penal do bem jurídico' como princípio jurídico-constitucional. Da doutrina penal, da jurisprudência constitucional portuguesa e das suas relações», *XXV anos de jurisprudência constitucional portuguesa*, Coimbra Editora, 2009, pp. 31, ss.) – que é atualmente também considerado um princípio constitucional implícito vinculante para aferir da legitimação da intervenção penal quanto à sua extensão e limites, logrando fundamento no disposto no artigo 18.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, quando dispõe que, em matéria de válida restrição de direitos, liberdades e garantias, deve

esta restrição subordinar-se à exigência de «limitar-se ao necessário para salvaguarda de outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos». Cf., a este propósito, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, cit., pp. 435 e 436.

[21] Acórdão n.º 99/2002 (itálicos nossos). Quer-se aqui sublinhar a referência ao juízo sobre a proporcionalidade em sentido amplo das sanções penais, que é um juízo sobre o meio penal em concreto previsto para punir os factos e, assim, sobre a necessidade, adequação e proporcionalidade em sentido estrito da sanção penal em

relação à gravidade do ataque ao bem jurídico protegido (tendo em conta a ilicitude do facto e a culpa do agente) e a necessidade de prevenir futuras violações desse bem jurídico, nisto se consubstanciando o juízo sobre a proporcionalidade em sentido amplo da sanção prevista em concreto no tipo legal. Sobre o princípio da necessidade, nesta vertente, cf. ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, cit., pp. 439, ss.

É inegável o relevo que aqui assume a criminologia e o conhecimento da realidade facilitado pela investigação empírica<sup>[22]</sup>, apesar de se alertar para o pouco desenvolvimento que tem conhecido na área do crime económico<sup>[23]</sup>. Desde logo, não se pode desenhar um sistema de penas racional, que seja proporcional e eficaz – a obedecer àquela exigência de proibição de excesso referida –, sem tomar em consideração dois vetores criminológicos intimamente relacionados<sup>[24]</sup>: as características gerais desta criminalidade e o contexto em que se desenvolve.

Há um consenso<sup>[25]</sup> em torno da pertença dos seus potenciais autores a um círculo social médio-alto dotado de um certo halo de prestígio e reconhecimento em vastos setores da sociedade assim como de um elevado nível de formação académica e técnica que praticam os crimes no âmbito do exercício de uma profissão ou de uma estrutura mais ou menos complexa como a de uma empresa. Fala-se de *respectable crime*<sup>[26]</sup>, numa clara evocação da definição de *white-collar crime* de Sutherland.

[22] Sublinha este aspeto, de forma enfática, TAMARIT SUMALLA, «Política criminal com bases empíricas en España», *Política Criminal- Revista Electrónica Semestral de Políticas Públicas en Matérias Penales*, Universidad de Talca, Chile, 3, 2007, pp. 2, ss. De destacar, neste âmbito, relevando a importância do saber empírico na elaboração das respostas punitivas, a monografia de J. L. DÍEZ RIPOLLÉS, *La racionalidad de las leyes penales. Práctica y teoría*, Trotta, Madrid, 2003, *passim*.

[23] Destacam-se nesta denúncia, em Espanha, ADÁN NIETO MARTÍN, «Cumplimiento normativo, criminología y responsabilidad penal de personas jurídicas», *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Adán Nieto Mar-

tín (dir.), Tirant, Valencia, 2014, pp. 50, ss.; e, na Alemanha, P. ALBRECHT, «Investigaciones sobre criminalidad económica en Europa: conceptos y comprobaciones empíricas», *Modernas tendencias en la ciencia del derecho penal y en la criminología*, Uned, Madrid, 2001, p.276s.

[24] Nesta linha, también, JUAN CARLOS HORTAL IBARRA, «Crisis financiera, delincuencia de cuello blanco y respuesta penal: una aproximación criminológica y político-criminal», *Economía y derecho penal en Europa: una comparación entre las experiencias italiana y española. Actas del Congreso hispano-italiano de derecho penal económico*. Università degli Studi di Milano, Milano, 29-30 de mayo de 2014, pp. 184, ss.

[25] Sobre a questão, cf., entre nós, CLÁUDIA SANTOS, *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)*, Boletim da Faculdade de Direito, *Studia Iuridica*, 56, 2001, pp. 53, ss., e 125, ss. Vide, ainda ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *RPCC*, Ano 26, 2016, pp. 49, ss.

[26] Cf. BAUCCELLS LLADÓS, «Sistema de penas para el delincente económico», *Cuadernos de Política Criminal (CPC)*, 106, 2012, p. 146; entre nós, también CLÁUDIA SANTOS, *O crime de colarinho branco*, cit., p. 149.

Para além disso, a obtenção de um lucro económico, direto ou indireto, funciona como um dos principais motivos para a prática de crimes, e a racionalidade da atuação dos seus autores projeta-se na análise de custos (reputacionais e jurídicos)/benefícios que fazem, tendo em conta as possibilidades de ser descobertos, perseguidos e condenados. Por sua vez, a empresa é apontada como «foco de perigo»<sup>[27]</sup> que propicia(ria) o cometimento de crimes – que, isoladamente, a pessoa não cometeria –, nela se desenvolvendo um «espírito criminal de grupo» e uma «má cultura corporativa», que fomenta(ria) a aprendizagem de comportamentos criminais e de técnicas de neutralização da culpa. Teriam aqui um papel determinante a «irresponsabilidade penal organizada/estruturada/institucionalizada» e a «despersonalização», que garantem a sobrevivência da organização empresarial, em que o indivíduo percebe que é apenas «mais uma peça da engrenagem». E em que, nesta linha, o caminhar para a responsabilidade penal destes entes coletivos pode beneficiar, algo paradoxalmente, como não deixa de se sublinhar, precisamente os delinquentes de colarinho branco. Um perigo de que se vem fazendo eco<sup>[28]</sup> e detetado na experiência norte-americana. Onde, devido à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, a responsabilidade individual só aparece «em casos excecionais»: «48% dos processos contra pessoas jurídicas não se dirigem contra qualquer responsável individual». Uma percentagem

[27] Sobre a questão dos efeitos criminosos ligados às grandes empresas, ADÁN NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008, p.37s. O Autor, sem prejuízo de acautelar os défices empíricos da análise, refere-se à existência de «indícios» que validariam «de forma razoável» o facto de as organizações determinarem «o comportamento daqueles que atuam no seu interior» (p.40); mais

recentemente, em *Manual de cumplimiento penal*, cit., depois de apreciar vários fatores que estarão na origem da «mala cultura corporativa», refere-se a esta como «um conjunto de atitudes, técnicas de realização dos factos criminosos, de argumentos, incluindo terminologia utilizada pelos membros da organização dando-lhe nomes mais agradáveis (aforro fiscal, contabilidade criativa), que fomentam e justificam os comportamentos criminosos; con-

cluindo, a propósito deste processo de socialização: «O contato com os valores do grupo fornece as razões necessárias (...) para deixar para trás os seus escrúpulos e cometer o crime» (pp.51 e 52).

[28] Assim, ADÁN NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, cit., p. 48, nota 85.

que é qualificada como «alarmante» e que «cria um sistema de privilégio para os crimes económicos», onde, adicionalmente, «se degrada o significado social da responsabilidade penal».

4. É neste cenário que surge a questão da autonomia do direito penal económico pelo que se refere ao sistema punitivo. E que, no contexto da presente abordagem, analisaremos em relação às pessoas singulares e pelo que diz respeito às penas principais de prisão e de multa.

Uma consideração impõe-se, desde logo: a possibilidade da previsão, ao nível legal, da pena de prisão como pena principal surge como inteiramente correta. Como se vem salientando, o sistema sancionatório de penas principais, em que se conta, para além da prisão, com a multa, liga-se à própria dignidade penal das incriminações. Tanto basta para que, em tese, no plano abstrato, não se justifique afastar-se a pena de prisão e utilizar-se tão-só a pena de multa como pena principal. Só uma degradação, contraditória em si mesma, da dignidade penal das infrações penais económicas – de que já constituiu exemplo concreto, entre nós, o caso das infrações penais fiscais<sup>[29]</sup> – em confronto com as infrações penais gerais pode explicar a não inclusão no elenco das penas principais da pena de prisão. À dignidade penal indiscutível de atividades económicas ilícitas deve corresponder a dignidade das penas a aplicar. É testemunho do grau de eticização do direito penal económico a categoria e características das penas que o servem<sup>[30]</sup>.

[29] A este propósito, *vide* a evolução, entre nós, da previsão, para os crimes fiscais, da pena de prisão, traçada por J. CASALTA NABAIS, *Direito Fiscal*, Almedina, 9.ª edição, 2016, pp. 411, ss.

[30] Neste sentido, especificamente no âmbito do direito penal fiscal, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, «Contributo para a fundamentação de um discurso punitivo em matéria

penal fiscal», *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários, Problemas gerais*. Volume I, Coimbra Editora, 1998, pp. 481, ss.

Aduz-se a favor de uma *desdignificação punitiva* – dito por outras palavras, do não recurso à pena de prisão – o facto de este tipo de criminalidade económica não causar um grande alarme social e os destinatários das incriminações não reclamarem punição. O que está em causa<sup>[31]</sup> é que os *destinatários* das normas penais tendem a não se sentir como beneficiários da incriminação, mas antes como *perseguidos* por ela, e, conseqüentemente, também não como vítimas. Tendem, portanto, a desinteressar-se da punição e da sua eficácia.

Este ponto de vista deve ser contrariado.

Fundamento da intervenção penal (punitiva) é a conservação ou o reforço da norma penal violada pelo agente como modelo de orientação do comportamento das pessoas na interação social. O que aqueles argumentos adiantados afinal revelam é que, nos novos domínios do direito penal, em que se inclui o direito penal económico, as normas incriminadoras de comportamentos e a sua respetiva punição têm exatamente a função particular de tornar visível para os seus destinatários o conhecimento das vantagens que a observância da norma conleva e, ao mesmo tempo, os reais quocientes de vitimação produzidos pelos comportamentos proibidos. Isto é, têm como função específica despertar as pessoas para as vantagens advindas do cumprimento de regras de atuação; numa palavra, contribuir para formar a consciência ética no âmbito daqueles novos domínios, na realização da função simbólica (positiva) do direito penal a que já se fez referência.

Com isto, quer-se chamar a atenção para o facto de que, se a punição não for *proporcional* à gravidade da criminalidade que está em causa, o direito penal económico presta-se à crítica, agora

[31] Assim, para o direito penal fiscal, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito penal económico e europeu, cit.*, p. 482.

de conotação negativa, de que é meramente simbólico. Afastar a utilização da pena de prisão abriria a porta à objeção de que se estaria a «mascarar» com o recurso ao direito penal a incriminação de certas atividades económicas. Essa incriminação seria, agora por aqui, do lado da punição, simbólica<sup>[32]</sup>, no sentido de que em vez de contribuir para afirmar valores, exerceria um efeito contrário, corrosivo da essencialidade desses mesmos valores e o direito penal constituir-se-ia em ideologia encobridora da realidade onde se manifestam esses comportamentos criminais. Acresce que deve tomar-se em conta que, neste caso, os destinatários das normas penais, os *white collars*, resistem, de uma forma particular, como já se colocou em evidência, a identificar-se com o paradigma de autores. Pelo que aquelas devem ser adequadas a satisfazer a necessidade de neutralização da elevada capacidade de imunidade dos seus destinatários em relação às imposições normativas, em ordem a manter uma pressão punitiva eficaz sobre eles.

Desta forma, o nível legítimo e necessário de punição não afasta a utilização da pena mais gravosa do sistema punitivo: a pena de prisão. Considerar a sua previsão, ao nível legal, é, pelo contrário, indispensável. Esta será, em abstrato, uma pena proporcional, por ser, em relação a certos crimes, a pena *eficaz* para responder à necessidade de promover a integração de valores no domínio económico-social<sup>[33]</sup>.

A aceitação do efeito preventivo da prisão no âmbito da criminalidade económica liga-se à teoria da escolha racional para explicar, em geral, este efeito das penas, tal como foi apresentado por Bentham. A teoria funda-se no pressuposto de que os agentes da

[32] Alertando para este aspeto, no domínio do direito penal fiscal, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito penal económico e europeu*, cit., p. 483.

[33] O que aqui está em causa é uma

adequada proporção entre as sanções e os crimes a que se aplicam, quer quanto à censurabilidade e à ilicitude das condutas incriminadas, quer quanto às necessidades preventivas gerais, pressuposta já a necessidade da intervenção

penal para proteger os bens jurídicos também já tidos como dignos dessa proteção penal. Sobre isto, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 143.º, 2014, cit., pp. 441 e 442.

prática deste tipo de crimes são atores racionais e têm conhecimento e capacidade para avaliar os custos e benefícios das atividades potencialmente criminosas que praticam segundo uma análise de risco<sup>[34]</sup> e foi desenvolvida pela ciência jurídica e económica. De acordo com os seus postulados, a teoria fornece o cálculo racional que indica «a sanção ótima ( $f$ )» para a violação de normas, e que é a escolhida segundo a «probabilidade de uma ofensa ser detetada ( $pd$ ) e de o agressor ser condenado ( $pc$ ) e o ganho esperado pela ofensa ( $EG$ ). A sanção ótima (...) resulta da grandeza do ganho esperado dividido pela probabilidade de ser detetado e condenado»<sup>[35]</sup>. Partir deste pressuposto significa que os potenciais agentes da prática dos crimes percecionam as alterações de severidade das penas, sendo, pois, plausível admitir que a prisão, a mais grave das penas do sistema punitivo, tem efeitos preventivos. Embora o modelo de ator racional seja contestado a partir de várias perspetivas, suscitando dúvidas e críticas<sup>[36]</sup>, aponta-se à

[34] Como é sabido, a teoria preventiva da pena funda-se, na linha benthaniana, no pressuposto de que o conhecimento do tipo de comportamento que é proibido e a capacidade para avaliar os riscos que lhe estão associados permite às pessoas, numa certa medida, adequar o seu comportamento ao risco.

[35] A fórmula foi divulgada por Gary Becker, «Crime and punishment: an economic approach», *Journal of Political Economy*, 76, 1968, pp. 207 e 208. A referência é de JACOB OBERG, «Is it 'essential' to imprison insider dealers to enforce insider dealing laws?», *Journal of Corporate Law Studies*, 14:1, April 2014, pp. 116 e 117. Sobre o efeito preventivo das penas em geral, baseado na tese de que as pessoas são, em alguma medida, atores racionais e, assim, têm

capacidade para avaliar os benefícios e as desvantagens de certos comportamentos e ajustá-los aos riscos, cf. R. PATERNOSTER, «How much do we really know about criminal deterrence?», *Journal of Criminal Law and Criminology*, 100, 2010, pp. 782, ss. Vide, ainda, de um ponto de vista abrangente, sobre o efeito preventivo do direito penal no domínio da criminalidade económica, J. BRAITHWAITE, «Diagnosis of white-collar crime prevention», *Criminology and Public Policy*, 9, 2010, pp. 623 e 624.

[36] Dando conta de que, no domínio da criminalidade económica, as penas previstas não têm necessariamente efeito preventivo, porque o conhecimento do tipo de comportamento que é proibido e a capacidade para avaliar os riscos que lhe estão associados e que

são pressupostos da atuação do ator racional não funcionam sempre nesse sentido preventivo, JACOB OBERG, *Journal of Corporate Law Studies*, cit., pp. 123 e 124. Neste contexto, o Autor (por apelo a G.S. Mooher, «An Enron Lesson: the Modest Role of Criminal Law in Preventing Corporate Crime», *Florida Law Review*, 55, 2003, p. 957), refere-se ao caso *Enron* como exemplo de que o modelo de ator racional não explica o crime económico (*op. cit.*, p. 123). Para além disso, o Autor salienta ainda (*op. cit.*, pp. 124 e 125) como o ponto de vista de um ator racional pode levar a que o efeito preventivo das penas dependa menos da sua gravidade e mais da celeridade na sua aplicação: «se não há risco de deteção e perseguição penal, os potenciais criminosos racionalmente violam a lei» (p. 124). Isto é, os cálculos racionais que

teoria valor explicativo para o âmbito da criminalidade económica, desde logo enfatizando-se que os seus agentes, na prática dos crimes, são orientados pelos benefícios que deles esperam retirar<sup>[37]</sup>. Para além disso, o efeito preventivo da pena de prisão neste âmbito de criminalidade tem ainda a ver com a censura *pública* que aquela pena envolve e o tipo de agente que está em causa. Fala-se, a este propósito, de vergonha social que a prisão tem intrinsecamente ligada a si: o estatuto social deste criminoso é posto em causa pela pena de prisão, com um efeito preventivo aliás maior em relação a ele, afirma-se, porque a humilhação da prisão é mais sentida nas classes mais altas do que nas mais baixas<sup>[38]</sup>. Pode, além disso, ter o efeito de destruir uma carreira ou um potencial futuro na área económica.

E nem se lhe podem assacar, por seu turno, os efeitos criminógenos que normalmente andam ligados à execução deste tipo de pena. Acresce, assim, que o requisitório contra as penas de prisão perde, por aqui, muita da sua força: os efeitos dessocializadores que se lhe apontam, na maior parte dos casos, não se fazem sentir ou são substancialmente minorados – o destinatário da pena ou é imune a esses efeitos ou é detentor de um maior potencial de *delabelling*.

os potenciais agentes de crimes económicos fazem quanto às normas penais e penas aplicáveis são afetados pelos cálculos também racionais que fazem quanto à deteção e perseguição penal, pelo que não é a severidade das penas previstas que influi na eventual prática do crime. Quanto ao apelo à psicologia e às conclusões que a investigação a este nível adianta também no sentido de que a teoria da escolha racional não explica completamente o crime económico, designadamente devido às diferentes perceções psicológicas dos riscos

por parte das pessoas, cf. R. PATER-NOSTER, *Journal of Criminal Law and Criminology*, *cit.*, pp. 785, ss.

[37] Cf. *supra*, ponto 3. No sentido expresso em texto, R. PATERNOSTER, *Journal of Criminal Law and Criminology*, *cit.*, p. 819, que, embora expresse alguma prudência em relação à teoria da escolha racional, defende que os potenciais autores de crimes económicos são racionais na medida em que respondem a incentivos e desincentivos.

[38] Assim, JACOB OBERG, *Journal of Corporate Law Studies*, 14:1, Abril 2014, *cit.*, pp. 119, ss. Sobre a função expressiva e comunicacional da lei penal que aqui está subjacente, vide o artigo de referência de J. FEINBERG, «The expressive function of punishment», *The Monist*, 49, 3, 1965, pp. 397, ss. Neste contexto, pode ainda falar-se em *sensibilidade à pena e suscetibilidade de ser influenciado pela pena* em abstrato, que, de resto, já em concreto devem ser fatores a considerar na determinação da medida (concreta) da pena.

Argumento que é válido, agora, quando no domínio da criminalidade económica se defende a utilização de penas em geral mais curtas de prisão<sup>[39]</sup>, e mesmo de penas curtas de prisão em sentido próprio e o *efeito de choque* que lhes está ligado (*short sharp shock*). Para além disso, fazendo apelo à sensibilidade à pena e à suscetibilidade de ser influenciado pela pena<sup>[40]</sup>, também curtas penas de prisão são suscetíveis de produzir aumentos exponenciais de taxas de eficácia. Desde logo, os sentimentos de vergonha social experienciados por efeito da aplicação da pena de prisão são de tomar em consideração no efeito preventivo da pena de prisão; depois, já uma pena curta de prisão poderá ser modelada de acordo com a finalidade de socialização, tendo em conta o tipo de delinquentes a que é aplicada.

Está, assim, a chamar-se a atenção ainda para o fato de não assistir razão a quem defende que a prisão não cumpriria neste domínio de criminalidade a finalidade de socialização. Entendida no sentido de evitar a prática de futuros crimes pelo condenado, não só a prevenção se pode alcançar de uma perspetiva negativa – a partir do efeito da privação da liberdade que a prisão em si mesma implica e da experiência negativa que acarreta –, mas também de uma perspetiva positiva,<sup>[41]</sup> com o desenvolvimento e

[39] Assim, para o domínio fiscal, designadamente, cf. MANUEL da COSTA ANDRADE, «A fraude fiscal – dez anos depois, ainda um ‘crime de resultado cortado’?», *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, volume III, Coimbra Editora, 2009, p. 287, que aponta como regra que, no quadro das relações entre as infrações tributárias e as figuras homónimas da lei penal comum, estas são invariavelmente punidas com sanções relativamente mais pesadas. Dá-se como exemplo o caso do abuso de confiança tributário (punível com pena

de prisão de um a cinco anos (artigos 105.º e 106.º, Regime Geral das Infrações Tributárias – RGIT), enquanto o Código Penal, no artigo 205.º, n.º2, alínea b), eleva a punição da figura correspondente até à moldura penal de um a oito anos de prisão) e refere-se como «uma singularidade» a parificação das molduras penais da pena de prisão no caso da burla tributária, punida com pena de prisão de dois a oito anos, a mesma moldura penal com que no Código Penal se punem as formas mais graves de burla (artigo 218.º). Também para o domínio fiscal, neste

sentido, alargando-se as considerações à medida concreta da pena de prisão, ANABELA MIRANDA RODRIGUES, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, volume I, cit., p. 484.

[40] Cf. *supra*.

[41] Neste sentido, JORGE de FIGUEIREDO DIAS, «Sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal económico», *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, cit., volume I, pp. 382 e 383.

aplicação de programas pensados e desenhados para esta tipologia criminal, permitindo, designadamente, contrariar as técnicas de neutralização da culpa utilizadas e a conseqüente desvalorização das conseqüências dos seus comportamento criminais por parte dos condenados.

Defende-se, assim, que, no direito penal económico, a previsão de penas de prisão, e que podem ser mais curtas do que no direito penal geral, alcançam os objetivos de prevenção, quer geral, quer especial<sup>42</sup>. E não se diga que, desta forma, se está a favorecer a aplicação de penas de substituição da prisão para esta categoria específica de delinquentes *white collar*. Pois que, nos temos gerais, sempre que na escolha entre uma pena de prisão e uma pena de substituição (e alternativa) o juiz entender que a execução da prisão se revela necessária do ponto de vista dos objetivos de prevenção, especial e geral, deverá aplicar a pena de prisão.

Importa, neste contexto, prevenir o perigo de uma previsão ou aplicação exasperadas da pena de prisão e de se cair na tentação punitivista de deslocar o eixo do sistema punitivo do facto e sua gravidade para o agente e suas características. É verdade que estas não devem deixar de ser tidas em atenção na configuração do sistema punitivo, sob pena de este ser desconforme com a realidade. Mas o aspeto decisivo a dever ser considerado tem a ver com a gravidade do crime, expressa na ilicitude e culpa típicas, e as necessidades de prevenção exigíveis em função da proteção dos bens jurídicos em causa, com implicações ao nível da decisão de escolha da pena pelo legislador.

[42] Na conclusão, quanto ao efeito preventivo da pena de prisão, no âmbito da criminalidade ligada à manipulação de mercado, especificamente para o crime de informação privilegiada, JACOB OBERG, *Journal of Corporate Law Studies*, cit., pp. 137 e 138.

5. Assim, apesar de se defender a eficácia da pena de prisão para realizar as finalidades de prevenção da punição, tal não significa que se tenha vacilado na convicção de que a pena de prisão é a *ultima ratio*. E, portanto, deve ser afastada, quando aquelas finalidades podem ser obtidas com a utilização da pena de multa como pena principal. Isto quer dizer que, para além da previsão da pena de multa como pena (principal) autónoma – no sentido de que é a única pena prevista para o crime –, ela deve ser, sempre que possível, prevista pelo legislador como pena (principal) alternativa à pena de prisão.

Na verdade, não cremos que as desconfianças que recaem sobre a pena de multa<sup>[43]</sup>, e que se prendem com a sua falta de eficácia preventiva e desadequação às exigências de justiça, justifiquem o seu abandono ou utilização apenas residual no domínio da criminalidade económica. Entende-se, antes, que a pena de multa tem aqui um lugar, tendo virtualidades para atingir o que constitui a principal motivação deste tipo de delinquentes: obter benefícios e ganhos económicos. Ponto é que o sistema de dias de multa, de acordo com o qual se constrói, torne possível respeitar a máxima de que «o crime não deve ser economicamente rentável»<sup>[44]</sup>. O sistema, na verdade, permite obter efeitos preventivos na aplicação da multa nos casos concretos. O que acontecerá por força de o quantitativo diário da multa ser fixado – em separado e autonomamente em relação às exigências preventivas, e também de culpa, que determinam os dias de multa –, tendo por referência exatamente e apenas

[43] Desde sempre alertando para o perigo de a multa poder ser «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 jusante, JORGE de FIGUEIREDO

DIAS, *Direito Penal Económico e Europeu: Textos Doutrinários*, cit., volume I, p. 386. Do nosso ponto de vista, este risco pode ser ultrapassado na grande maioria dos casos se for tido em conta na configuração abstrata da multa. Sobre isto, vide o que se segue, *infra*, em texto.

[44] Assim, JUAN CARLOS HORTAL IBARRA, *Economía y derecho penal en Europa*, cit., p.210.

a condição económico-financeira do agente. Na verdade, a valoração distinta destes dois aspetos – prevenção e culpa, de um lado, e condição económico-financeira, de outro – potencia, não só que a pena de multa tenha virtualidades para ser «justa» – adequa-se à culpa do agente e às necessidades de prevenção do caso –, mas também para atingir, como se pretende, a capacidade económico-financeira do agente. Ponto é que na *conformação da gravidade legal* (do sistema) da multa não se perca de vista a realidade a que ela visa responder: uma fenomenologia criminal de cariz económico e orientada pelo lucro.

Entretanto, isto levado em conta, a que acresce o facto de a eficácia preventiva da multa assentar em medida não despidianda numa lógica de custos-benefícios, pode alimentar-se a tentação, em que não se deve cair, de criação de um qualquer modelo de pena de multa assente na proporcionalidade em relação aos benefícios económico-financeiros obtidos com a prática do crime<sup>[45]</sup>, que colocaria em causa a «justiça» da pena, podendo dar azo a penas aterrorizantes, e atentatório do princípio da igualdade: entrar em linha de conta com o valor dessas vantagens, que pode ser igual em delinquentes que apresentem uma situação económica desigual, significa criar um fator de fixidez da multa, podendo frustrar a justiça pretendida com o sistema de dias de multa e de acordo com o qual ao mesmo crime, praticado com grau de culpa e de ilicitude equivalentes e exigindo a satisfação idêntica de necessidades preventivas, pode corresponder uma pena de multa diferente em função daquilo que for ditado pela situação económica e financeira do agente. Nem se compartilham, além disso, propostas que defendem a eliminação do limite máximo legal do quantitativo diário, o que sempre constituiria uma violação frontal do princípio

[45] Já é diferente o caso de se prever, como é o caso, por exemplo, nos crimes fiscais, que, para a determinação

da medida concreta da pena se atenda, «sempre que possível, ao prejuízo causado pelo crime» (Artigo 13.º, RGIT).

da legalidade das penas<sup>[46]</sup>. Defende-se, antes, que, de acordo com uma adequação à realidade criminal em concreto em causa – o que pode acontecer em função de domínios específicos e determinados do direito penal económico –, deve elevar-se o limite máximo legal do quantitativo diário ou o (limite máximo legal do) número de dias de multa.

O que se vem dizendo não invalida que as exigências preventivas a satisfazer com a punição face à gravidade do crime justifiquem a opção pela previsão da pena de prisão como a pena adequada em certos casos. Mas isto não significa que se afaste do horizonte do legislador a pena de multa. Nestes casos, e até um determinado limiar de gravidade do crime em causa, esta deverá, então, ser prevista como pena (principal) *alternativa* à pena de prisão. Ao juiz caberá, em última análise, na aplicação concreta da pena, escolher a prisão, porque está perante um caso em que as finalidades preventivas não podem ser realizadas de forma adequada e suficiente com a pena de multa.

Observa-se, entretanto, que as desconfianças que pesam sobre a eficácia da pena de multa têm levado à sua previsão em *escassíssimos* ou *escassos casos*, respetivamente, como pena (principal) *autónoma*<sup>[47]</sup> ou *alternativa*<sup>[48]</sup>. Verifica-se, aliás, que, o legislador optou, pelo contrário, em alguns setores, pela previsão única da pena de *prisão*. Tal acontece, designadamente no âmbito dos crimes fiscais, nos casos em que os crimes são puníveis com pena de prisão entre

[46] Referência a propostas neste sentido pode encontrar-se em JUAN CARLOS HORTAL IBARRA, *Economia y derecho penal en Europa*, cit., loc. cit. Cf., também, a propósito da «sanção ótima», numa lógica de custos-benefícios, JACOB OBERG, *Journal of Corporate Law Studies*, cit., pp. 130 e 131.

[47] Cf., no domínio das infrações contra a economia e contra a saúde pública (Decreto-Lei n.º 28/84, de 20 de janeiro), artigo 34.º, n.º 4, em que o crime de «violação de normas sobre declarações relativas a inquéritos, manifestos, regimes de preços ou movimento das empresas», quando cometido com negligência, é punido com pena de multa (de vinte a cem dias).

[48] Cf., no mesmo domínio referido na nota anterior, artigos 29.º, n.º 1, e 37.º, n.º 1, respetivamente, crime de «açambarcamento de adquirente» e «desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado», punidos com pena de prisão (respetivamente, até seis meses e até dois anos) ou, em alternativa, com pena de multa (respetivamente, de cinquenta a cem dias, e não inferior a cem dias).

um e cinco anos e entre dois e oito anos. O maior rigor punitivo que aqui se observa, em confronto com as penas previstas para muitos crimes homólogos previstos contra o património, contra direitos patrimoniais e contra o setor público ou cooperativo agravados pela qualidade do agente, só se pode explicar em razão daquela desconfiança quanto à pena de multa. Na verdade, os crimes, nestes domínios, puníveis com pena de prisão «até cinco anos» são puníveis, em alternativa, com pena de multa até seiscentos dias<sup>[49]</sup>. A maneira de responder à eventual necessidade de, no caso referido dos crimes fiscais, se satisfazerem especiais necessidades de prevenção, geral e especial, teria sido elevar-se o nível máximo dos dias de multa até seiscentos dias; permanecendo sempre em aberto, no caso concreto, a aplicação da pena de prisão, caso se mostrasse necessária, o que deve ser aferido pelo juiz nos termos gerais. A elevação do limite máximo da moldura da multa<sup>[50]</sup> de trezentos e sessenta para seiscentos dias, em alternativa a uma pena de prisão até cinco anos, no direito penal geral, nos domínios referidos, obedeceu a um propósito de estender o regime da alternatividade praticamente a toda a extensa fenomenologia da criminalidade patrimonial, com o intuito declarado e político-criminalmente justificado de fazer subir o peso percentual da multa no total das condenações penais. Não há razões para tal não ser um objetivo político-criminal válido em variados domínios específicos da criminalidade económica, onde se contém de resto, em muitos casos, crimes correspondentes aos previstos no direito penal comum. O que o sistema ganharia, assim, em coerência e unidade sem perder eficácia preventiva, colocando em sintonia a punição destes

[49] Cf., designadamente, crimes de abuso de confiança (artigo 205.º, n.º 4, alínea a)), burla qualificada (artigo 218.º, n.º 1) ou crime de administração danosa (artigo 235.º, n.º 1), todos do Código Penal.

[50] Como é sabido, a regra geral está contida no artigo 47.º, n.º 1, do Código Penal, de acordo com a qual a pena de multa tem uma moldura legal prevista de dez a trezentos e sessenta dias, nos seus limites mínimo e máximo.

crimes, induz a conclusão de que esta seria a via a dever ter sido seguida<sup>[51]</sup>. Nem se diga, a apoiar a exasperação punitiva em que a previsão da pena única de prisão cai, que a pena de prisão aplicada em medida não superior a cinco anos pode ser substituída por suspensão da execução da pena de prisão<sup>[52]</sup>. Com efeito, a valoração, *in casu*, que poderia levar à aplicação, em alternativa, da pena de multa (se esta estivesse prevista) não leva necessariamente à aplicação, em substituição, da suspensão da execução da pena de prisão. Antes, a aplicação de cada uma delas deve ser feita de acordo com a adequação das respetivas especificidades à melhor realização das finalidades preventivas em causa.

6. Proporcionalidade das penas, no sentido da adequação entre as penas e os factos a que se aplicam, implica a proporcionalidade da pena prevista em concreto no tipo legal em relação à gravidade do ataque ao bem jurídico, tendo em conta a ilicitude do fato e a culpa do agente, e a necessidade de prevenir futuras violações desse bem jurídico. Este juízo em que se consubstancia a valoração da proporcionalidade da pena escolhida pelo legislador, entretanto, tem já como pressuposta a necessidade da tutela penal para proteger o bem jurídico na base da concreta incriminação, e, assim, um juízo sobre a legitimidade da incriminação.

Pelo que se refere ao sistema punitivo, não se justifica, assim, que se fale de autonomia, mas tão-só de especificidade do sistema punitivo em certos setores do direito penal económico em relação ao direito penal geral, já que os princípios em que assentam

[51] É, assim, incompreensível que o limite de dias de multa para as pessoas singulares definido pelo legislador, em termos gerais, no artigo 12.º, n.º 1, RGIT – exatamente, multa de dez até seiscientos dias –, não seja por ele utilizado em

qualquer tipo legal de crime (veja-se, apenas, numa referência questionável, o caso da suspensão da execução da pena de prisão, nos termos do artigo 14.º, n.º 1, RGIT).

[52] Cf. artigo 50.º, n.º 1, do Código Penal; para o domínio dos crimes fiscais, artigo 14.º, RGIT.

são comuns. Neste sentido, pode falar-se de uma convergência de perspectivas, sendo as mesmas as penas e os mesmos os fins que elas servem. As particularidades a existir corresponderão às da própria ordem legal de valores que se querem proteger e à realidade em que se visa intervir. Designadamente, e como se analisou, a previsão de penas de prisão menos graves para crimes económicos em relação a crimes correspondentes do direito penal comum e de penas curtas de prisão; ou a previsão da pena de multa em níveis de moldura legal que seja adequada a responder ao tipo de criminalidade, económica, que está em causa combater serão alguns dos aspetos específicos a ter em conta na configuração de um sistema punitivo com virtualidades para, pressuposto um direito penal económico legítimo, satisfazer a necessidade de proteção dos bens jurídicos que com ele se tem em vista proteger.