

Crimes Financeiros e Correlatos

Coordenadores

Celso Sanchez Vilardi
Flávia Rahal Bresser Pereira
Theodomiro Dias Neto

Autores

Alexandre Wunderlich
Andrei Zenkner Schmidt
Antonio Tovo Loureiro
Augusto Eduardo de Souza Rossini
Auriney Uchôa de Brito
Carolina Yumi de Souza
Luciano Feldens
Ludmila de Vasconcelos Leite Groch
Rodrigo de Grandis

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [X Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [X Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: xlivros.com ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link.

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.

série **GVlaw**

Celso Sanchez Vilardi
Flávia Rahal Bresser Pereira
Theodomiro Dias Neto
Coordenadores

DIREITO PENAL ECONÔMICO

Crimes Financeiros e Correlatos

Alexandre Wunderlich
Andrei Zenkner Schmidt
Antonio Tovo Loureiro
Augusto Eduardo de Souza Rossini
Auriney Uchôa de Brito
Carolina Yumi de Souza
Luciano Feldens
Ludmila de Vasconcelos Leite Groch
Rodrigo de Grandis

2011





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a 6ª, das 8:30
às 19:30

E-mail saraivajur@editorasaraiva.com.br

Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax: (71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax: (14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUÍ/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384 – Fax: (85) 3238-1331 –
Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone: (61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax:
(61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-2806 – Fax: (62) 3224-3016 –
Goiânia

MATO GROSSO DO SUL/MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 –
Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

ISBN 978-85-02-15533-6

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

Direito penal econômico : crimes financeiros e correlatos / Celso Sanchez Vilardi, Flávia Rahal Bresser Pereira, Theodomiro Dias Neto, coordenadores. – São Paulo: Saraiva, 2011. — (Série GVlaw) Vários autores.

Bibliografia.

1. Direito econômico 2. Direito penal I. Sanchez Vilardi, Celso. II. Pereira, Flávia Rahal Bresser. III. Dias Neto, Theodomiro. IV. Série.

11-05323 CDU-343.33

Índice para catálogo sistemático:

1. Direito penal econômico 343.33

Diretor editorial Luiz Roberto Curia
Gerente de produção editorial Lígia Alves
Editora Manuella Santos de Castro
Assistente editorial Aline Darcy Flor de Souza
Assistente de produção editorial Clarissa Boraschi Maria Coura
Preparação de originais Liana Ganiko Brito Catenacci
Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Lídia Pereira de Moraes
Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Claudete da Fonseca Rebelo / Maria Cândida Machado
Serviços editoriais Elaine Cristina da Silva / Kelli Priscila Pinto
Produção gráfica Marli Rampim
Produção eletrônica Ro Comunicação

Data de fechamento da edição: 15-6-2011

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.

A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Aos alunos do GV*law*.

APRESENTAÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir ideias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos.

Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato senso*, o *GVlaw*, programa de especialização em direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadoras da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com pouco tempo de existência, a unidade já se impõe no cenário jurídico nacional através de duas dezenas de cursos de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente “Série *GVlaw*”, o programa espera difundir seu magistério, seu conhecimento e suas conquistas.

Todos os livros da série são escritos por professores do *GVlaw*, profissionais de reconhecida competência acadêmica e prática, o que torna

possível atender às demandas do mercado, tendo como suporte sólida fundamentação teórica.

O *GVlaw* espera, com essa iniciativa, oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que, agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

Leandro Silveira Pereira
Diretor Executivo do *GVlaw*

PREFÁCIO

Esta é mais uma obra que integra o projeto formulado pelo GV*law*, objetivando dotar seus Cursos de Educação Continuada e Especialização de textos referenciais básicos para os diferentes segmentos de seu programa de pós-graduação *lato sensu*.

O curso de Direito Penal Econômico do GV*law* foi idealizado tendo em vista a crescente demanda de profissionais por especialização em área que passa por profunda expansão e transformação e na qual estão presentes as mais importantes discussões contemporâneas, muitas das quais se encontram presentes neste trabalho.

Andrei Zenkner Schmidt estabelece os limites do conceito de crime econômico com objetivo de entender a própria delimitação do Direito Penal Econômico, disciplina autônoma de fundamentos próprios, mas que deve se submeter a uma base principiológica comum. Examina a prática desse ilícito penal na esfera econômica com base em sua condição fática peculiar e critica a preocupação demasiada em relação aos interesses individualmente considerados, acolhendo como interesse autônomo a tutela da própria ordem econômica.

Luciano Feldens analisa os delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, previstos na Lei n. 7.492/86, enfrentando os recorrentes problemas em torno de sua aplicabilidade. Partindo da imprecisão da lei incriminadora, busca estabelecer parâmetros abalizados para delimitação do tipo e a exata compreensão de suas elementares. Repisa, para efeitos de juízo de tipicidade penal da conduta analisada, a necessidade de ofensa ao bem jurídico tutelado, com dois significativos acréscimos dogmáticos: (a) a delimitação da esfera de manifestação do bem jurídico (sistema financeiro nacional); e (b) a geração de “risco sistêmico” como elemento caracterizador de sua afetação.

Alexandre Wunderlich e Antonio Tovo Loureiro tratam da possibilidade ou não de enquadramento penal da conduta de internalizar divisas no país, partindo do exame do juízo de tipicidade previsto na Lei n. 7.492/86 e da análise judicial da questão para tratar das diferentes posições adotadas pelos tribunais brasileiros. Concluem pela impossibilidade de subsunção típica da conduta às normas penais incriminadoras, ressaltando que tal resolução não afasta a aplicação das punições administrativas legalmente previstas.

Rodrigo de Grandis aborda a criminalização do uso da informação privilegiada (*insider trading*) em um mercado pautado pelo princípio da informação plena e pela publicidade. O autor apresenta as divergências doutrinárias quanto à disciplina do *insider trading*, tratando do bem jurídico protegido, do contexto jurídico-social em que se insere e da competência para processar os crimes relacionados a essa conduta.

Augusto Eduardo de Souza Rossini e Auriney Uchôa de Brito abordam a criminalidade informática, analisando os bens jurídicos lesionados, os sujeitos envolvidos e as principais práticas criminosas a ela relacionadas. Constatam a necessidade de regulamentação específica para tais crimes, em conformidade com a Convenção de Budapeste, por meio da criação de delitos próprios ou de uma agravante genérica pelo uso da *internet* como instrumento para a prática desses crimes. Por fim, discutem a necessidade de tutela da colaboração dos provedores de *internet* na prevenção e repressão desses crimes e a responsabilidade penal dessas pessoas jurídicas pelo acesso, pelo armazenamento de dados e por outros serviços prestados na *internet*.

Carolina Yumi de Souza analisa a cooperação internacional, que considera ser um incidente processual ainda carente de uma regulamentação precisa. Trata da mudança na forma dessa cooperação, que engloba medidas de 1º nível, sem imposição de gravames, e medidas assecuratórias. Aborda a questão da lei aplicável, observando que nesse contexto de cooperação internacional deve ser dado cumprimento ao devido processo legal de cada

ordenamento jurídico. Por fim, trata da necessidade do requisito da dupla-incriminação, principalmente em virtude dos dispositivos constantes dos acordos internacionais ratificados pelo Brasil.

Ludmila de Vasconcelos Leite Groch trata do descaminho e faz análise da equiparação desse crime com os demais crimes tributários. Sendo a previsão do descaminho uma forma de proteção da própria arrecadação tributária, defende que deve ser aplicada, por consequência, a regra de extinção da punibilidade em caso de pagamento ou de perdimento do bem e que deve ser considerada a reparação do dano administrativo antes da aplicação da punição.

Na qualidade de coordenadores, agradecemos ao competente trabalho de organização realizado por Crisleine Barboza Yamaji e a todos os coautores pela colaboração na realização deste livro.

Celso Sanchez Vilardi
Flávia Rahal Bresser Pereira
Theodomiro Dias Neto
Coordenadores

SUMÁRIO

Apresentação

Prefácio

1 A DELIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO A PARTIR DO OBJETO DO ILÍCITO

Andrei Zenkner Schmidt

1.1 Abreviaturas

1.2 Introdução

1.3 Delimitação do conceito de crime econômico

1.3.1 Conceitualização a partir do sujeito ativo

1.3.2 Conceitualização a partir do sujeito passivo

1.3.3 Conceitualização formal de crimes econômicos

1.4 Conceitualização material de crimes econômicos

1.4.1 Premissa e problematização

1.4.2 Direitos econômicos × ordem econômica: o objeto do Direito Penal Econômico

1.4.3 As políticas econômicas (*lato sensu*) em tempos de globalização econômica

1.4.4 As subpolíticas econômicas como bens jurídicos tuteláveis através do direito Penal Econômico

1.5 Considerações finais

Referências

2 GESTÃO FRAUDULENTA E TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: CONTORNOS IDENTIFICADORES DO TIPO

Luciano Feldens

2.1 Introdução: a redação do art. 4º da Lei n. 7.492/86 e seus perigos

2.2 O contexto no qual emergiu a Lei n. 7.492/86: a diagnosticada insuficiência do marco regulatório extrapenal para conter ações ilícitas ao sistema financeiro nacional

2.3 O risco sistêmico como horizonte compreensivo do tipo

2.4 O bem jurídico e sua esfera de manifestação

2.4.1 A significativa possibilidade de afetação do bem jurídico como resultado típico

2.4.2 Instituição financeira enquanto elementar do tipo e esfera de manifestação do bem jurídico: critérios de identificação

2.4.2.1 Instituição financeira típica e regular (autorizada a operar)

2.4.2.2 A relevância econômico-financeira da instituição

2.4.2.2.1 *Too big to fail*

2.4.2.2.2 *Too many to fail*

2.4.2.2.3 *Too (inter)connected to fail*

2.4.3 Conclusão parcial

2.5 Elementares do tipo analisadas no contexto do horizonte compreensivo do delito

2.5.1 A acepção normativa do verbo *gerir*

2.5.2 Os elementos normativos *fraudulentamente e temerária*

2.5.2.1 Fraude e temeraridade como violações da confiança

2.5.2.2 Gestão fraudulenta: a fraude como elemento necessário, porém insuficiente à configuração típica

2.5.2.3 Gestão temerária: o necessário recurso ao marco regulatório

2.6 Considerações finais

Referências

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPERCUSSÃO JURÍDICO-PENAL DA INTERNAÇÃO DE DIVISAS NO PAÍS

Alexandre Wunderlich e Antonio Tovo Loureiro

3.1 Introdução

3.2 Perspectiva dos tribunais sobre o ingresso de capital no país

3.3 Da tutela penal do Sistema Financeiro Nacional

3.3 Da tutela penal do Sistema Financeiro Nacional

3.4 Análise dogmática dos artigos 21 e 22 da Lei n. 7.492/86

3.5 Confrontação entre os tipos aplicados e a conduta concreta: artigo 21 da Lei n. 7.492/86

3.6 Confrontação com o artigo 22 da Lei n. 7.492/86

3.7 A incorreção da via típica do estelionato

3.8 Análise das sanções administrativas

3.9 Considerações finais

Referências

4 ASPECTOS PENAIS DO USO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA (INSIDER TRADING) NO DIREITO BRASILEIRO

Rodrigo de Grandis

4.1 Introdução

4.2 O princípio da informação plena e sua relevância para o mercado de capitais: perspectiva civil e administrativa

4.3 Insider trading: problematização e conceito

4.4 O tratamento jurídico-penal do insider trading no Brasil

4.4.1 O crime de insider trading enquanto manifestação de direito penal econômico

4.4.2 O bem jurídico protegido pelo crime de *insider trading*

4.4.3 Quem pode ser considerado *insider* para o direito penal?

4.4.4 A competência para o processo e o julgamento do crime de *insider trading*

4.5 Conclusões

Referências

5 APONTAMENTOS SOBRE A CRIMINALIDADE INFORMÁTICA

Augusto Eduardo de Souza Rossini e Auriney Uchôa de Brito

5.1 Noções introdutórias

5.2 Desenvolvimento social: tecnologia, globalização e suas influências no direito

5.2.1 A evolução do computador e da internet

5.3 Os bens jurídicos dos delitos cibernéticos

5.4 O problema da tipicidade e a Convenção de Budapeste

5.5 Sujeitos ativos e passivos dos delitos cibernéticos

5.6 Abordagem criminológica

5.7 Responsabilidade penal das pessoas jurídicas provedoras de acesso em geral

5.8 Crimes financeiros na internet

5.9 Considerações finais

Referências

6 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: MEDIDAS ASSECURATÓRIAS E DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA ANÁLISE ACERCA DA LEI APLICÁVEL E DA DUPLA-INCRIMINAÇÃO

Carolina Yumi de Souza

6.1 Introdução

6.2 Medidas assecuratórias: crime organizado vs. garantias individuais

6.3 Devido processo legal

6.3.1 Lei aplicável e necessidade de decisão judicial

6.3.1.1 Cooperação ativa

6.3.1.2 Cooperação passiva

6.3.2 Dupla-incriminação

6.4 Tratados – comentários

6.5 Considerações finais

Referências

7 O DESCAMINHO COMO CRIME TRIBUTÁRIO:
CONSEQUÊNCIAS DA EQUIPARAÇÃO

Ludmila de Vasconcelos Leite Groch

7.1 Introdução

7.2 Desenvolvimento econômico e fronteiras nacionais

7.3 Contrabando e descaminho: semelhanças e diferenças

7.4 O bem jurídico protegido – critérios de enquadramento

7.5 Do perdimento como causa extintiva da punibilidade

7.6 Considerações finais

Referências

1 A DELIMITAÇÃO DO DIREITO PENAL ECONÔMICO A PARTIR DO OBJETO DO ILÍCITO

Andrei Zenkner Schmidt

Professor de Direito Penal na Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; doutorando em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; advogado criminalista sócio do escritório Zenkner Schmidt, Poeta e Feldens Advogados Associados.

1.1 Abreviaturas

ADPCP – Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AO – Abgabenordnung; CCIIt – Código Civil Italiano; CE – Comunidade Europeia; CMF – Code Monétaire et Financier; CMN – Conselho Monetário Nacional; CP – Código Penal Brasileiro; CPEs – Código Penal Espanhol; CPFr – Código Penal Francês; CPIIt – Código Penal Italiano; CPPt – Código Penal Português; DDDP – Dei Delitti e delle Pene; DPE – Direito Penal Econômico; EPC – Estudios Penales y Criminológicos; EPC – Estudios Penales y Criminológicos; IP – L’Indice Penale; JZ – Juristen Zeitung; KWG – Gesetz über das Kreditwesen; NPP – Nuevo Pensamiento Penal; PL – Projeto de Lei; RBCC – Revista Brasileira de Ciências Criminais; RCP – Revista de Ciencias Penales; RGIT – Regime Geral das Infracções Tributárias; RIDP – Revue Internationale de Droit Pénal; RIDPP – Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale; RTDPE – Rivista Trimestrale di Diritto Penale Dell’Economia; RSPI – Rivista di Studi Politici Internazionali; SBPE – Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo; StGB – Strafgesetzbuch; STJ – Superior Tribunal de Justiça;

STF – Supremo Tribunal Federal; TCCE – Tratado de Constituição da Comunidade Europeia.

1.2 Introdução

O Supremo Tribunal Federal, ao receber a denúncia formulada nos autos do Inquérito n. 2.245/MG, examinou, dentre outras imputações, a prática, em tese, de um crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei n. 7.492/86), consistente na constituição de empresa *off shore*, cuja conta corrente teria recebido depósitos pertencentes a brasileiro (RTJ, 203/473). Dentre as teses defensivas, alegou-se que a *off shore*, por ter sede no exterior, não teria a obrigação de declarar ao Banco Central do Brasil qualquer depósito de sua titularidade, e que o sujeito ativo escaparia da imputação penal mediante declaração, à Receita Federal, da participação societária do brasileiro naquela empresa, com o recolhimento dos tributos devidos. Tais teses foram repudiadas pelo Tribunal sob o argumento de que, para fins penais, a pessoa física responsável pela conta corrente da *off shore* é quem tem a obrigação de declarar os valores disponíveis no exterior, além do que a imputação não estaria relacionada a um crime fiscal.

No mesmo julgamento, também foi recebida denúncia pela prática, em tese, de crime de “lavagem” de dinheiro (art. 1º da Lei n. 9.613/98), porque alguns dos denunciados teriam recebido elevadas cifras a título de corrupção passiva (art. 317 do CP) e de peculato (art. 312 do CP), à míngua de registro contábil e de transação bancária correspondente. Afirmou-se, ainda, no acórdão, que pessoas jurídicas teriam recebido dissimuladamente tais valores, no intuito de ocultar o real propósito dos créditos: a compra de apoio político.

A decisão, uma vez submetida à devida crítica, nos coloca diante de alguns questionamentos: quais os critérios utilizados pelo acórdão para a correta aproximação dos fatos descritos na denúncia com os limites

semânticos de ambas as normas penais? No exemplo da evasão de divisas, que tipo de declaração é exigida e qual a fonte legal do dever juridicamente imposto? No segundo caso, quais os critérios jurídicos que podem ser legitimamente utilizados para distinguir-se a ocultação/dissimulação imanentes a qualquer prática delitiva com as mesmas ocultação/dissimulação tipificadas autonomamente como lavagem de dinheiro?

Por certo que tais problemas, hoje, só podem ser apreciados à luz da noção de crime enquanto ofensa a bens jurídicos. Mas tal ponderação não pode ser compreendida simplesmente a partir de interesses de política criminal focalizados na prevenção – exercida através da sanção penal – de futuras práticas delitivas semelhantes. Pelo contrário, a perversão de um cuidado-de-perigo em sua significação ôntica é que fundamenta a intervenção penal, o que nos conduz à compreensão de que o tipo penal tem o seu alcance determinado exatamente pelos limites do objeto do ilícito (*Unrecht*)¹.

Tal ruptura assume especial relevância no recorte específico da intervenção penal sobre fluxos econômicos. Percebemos uma grande dificuldade da doutrina penal em delimitar a abrangência dos crimes econômicos e, conseqüentemente, o bem jurídico protegido por delitos dessa natureza. Paradoxalmente, nos deparamos com teorizações que apregoam a autonomia disciplinar para o direito penal econômico, mas, ao mesmo tempo, ampliam o seu âmbito de incidência a ponto de alcançar determinados crimes patrimoniais quando praticados em condições fáticas peculiares. As dificuldades aumentam ainda mais quando outras rubricas (direito penal empresarial, direito penal societário etc.) são utilizadas para representar infrações penais que não possuem um objeto de ilícito materialmente comum. E obviamente não poderemos esperar uma aplicação judicial adequada do direito se nem mesmo a doutrina, de um modo geral,

foi capaz de delimitar o objeto de estudo para, num segundo momento, propor uma sistematização minimamente razoável da matéria.

Nesse sentido, pensamos que a superação da complexidade que permeia os crimes econômicos está submetida a uma premissa inicial: identificar-se o objeto do tipo de ilícito através do exame da matéria que se apresenta fenomenologicamente como carente e digna de proteção. O objetivo do presente estudo é a proposição de um conceito de crime econômico que, assumindo uma postura confessadamente reducionista, identifique materialmente o âmbito da proteção antes mesmo da regulação jurídica.

1.3 Delimitação do conceito de crime econômico

1.3.1 Conceitualização a partir do sujeito ativo

A “denúncia criminológica”² exposta por Edwind Sutherland em 1939, em sua famosa obra *White Collar Crime* (SUTHERLAND, 1949), costuma ser lembrada como o primeiro estudo que, de forma particularizada, delimitou arbitrariamente a criminalidade econômica enquanto objeto de estudo autônomo em relação às demais formas de delinquência³. Mas a aproximação teórica, antes de abordar o tema num contexto normativo – tarefa esta normalmente a cargo da dogmática jurídico-penal –, tinha suas raízes metodológicas assentadas na criminologia.

Muito embora o relacionamento entre criminalização secundária e processos de seletividade social não tenha sido criado originalmente por Sutherland, a ele deve-se o mérito de lançar, através da “teoria da associação diferenciada”, uma crítica ao princípio da culpabilidade enquanto exigência geral do desvalor social da conduta: sob uma perspectiva sociológica, existem normas e valores especificamente reconhecidos apenas por determinados grupos sociais (BARATTA, 1982, p. 69-76; BERGALLI, 1984, p. 27-69, 1986, p. 59-73).

Valendo-se de estatísticas criminais, Sutherland (1949, p. 17-28) concluiu que pessoas de elevada condição econômica também praticariam crimes – porém normalmente escapariam, de forma desigual, do processo de criminalização secundária –, e não somente integrantes de uma minoria formada por indivíduos socialmente desfavorecidos e desviados. Em termos criminológicos, pouco importaria o ilícito-típico concretamente realizado – até mesmo porque a definição legal da conduta não é objeto da criminologia sociológica –, sendo relevante, tão somente, a especial condição econômica de seu autor.

A pesquisa de Sutherland, embora se apresente como um importante instrumento de crítica a uma dogmática penal estruturada precipuamente a partir da tutela de direitos individuais, não detém aptidão suficiente – até porque esta sequer era a sua pretensão – para uma delimitação do objeto do Direito Penal Econômico (DPE). Poderemos encontrar crimes efetivamente atentatórios à ordem econômica sem que o seu autor tenha, necessariamente, uma condição socioeconômica privilegiada. De outro lado, frequentemente nos deparamos com ofensas a direitos individuais praticadas por alguém que pode ostentar essa mesma condição (VOLK, 1982, p. 86; 1998, p. 32; CORREIA, 1985, p. 16).

Nesse sentido, qualquer pretensão metodológica de exame da autonomia do DPE seria sumariamente condenada ao fracasso: os crimes econômicos confundir-se-iam com todos os crimes em espécie definidos pelo direito penal, porque, para serem considerados como tais, bastaria que fossem praticados por um sujeito ativo dotado de uma condição econômica diferenciada⁴.

Semelhante crítica pode ser feita às tentativas de definição processual dos crimes econômicos com base na complexidade da investigação e na previsão de recursos tecnológicos para a instrução probatória⁵, normalmente justificadas, de forma temerária, numa transposição historicamente descontextualizada da “teoria da associação diferencial”

para as novas formas de desvio. O necessário aparelhamento do sistema punitivo diante da criminalidade contemporânea é uma exigência que há de recair também sobre o núcleo rígido do direito penal (pense-se, por exemplo, em crimes de furto praticados pela internet).

Por razões idênticas, temos por prescindível, ao objeto do nosso estudo, a relação normalmente feita entre DPE e direito penal empresarial ou societário⁶: existem crimes praticados no âmbito de empresas que não necessariamente possuem uma conotação econômica estrita (p. ex., crimes ambientais e falimentares); e também podem ocorrer delitos executados à míngua de uma estrutura empresarial que, não por isso, escapam do objeto do DPE.

1.3.2 Conceitualização a partir do sujeito passivo

A originalidade da autonomia dogmática dos crimes econômicos remonta à década de 1930, quando Kurt Lindemann, no estudo *Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?*, definiu o DPE como o ramo jurídico voltado à defesa penal da “economia nacional no seu conjunto ou das suas instituições fundamentais”. Duas décadas após, Eberhard Schmidt, em escrito intitulado *Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht*, afirmou que o DPE incidiria no “espaço dos interesses vitais econômico-sociais”⁷. Essas aproximações teóricas têm de peculiar o fato de o objeto da tutela não mais ser visto a partir de interesses subjetivos especificamente lesados ou coletivamente colocados em perigo, mas sim sob uma noção institucional de práticas econômicas carentes de proteção jurídico-penal.

Mas o que se deve entender por “economia nacional” ou “interesses econômico-sociais”? A fim de buscar níveis satisfatórios de delimitação metodológica do bem jurídico protegido pelo *Wirtschaftsstrafrecht*, a doutrina penal que sucedeu às formulações de Lindemann e Schmidt tem acolhido a conceitualização binária proposta por Klaus Tiedemann (1969, I, p. 50-53)⁸: em sentido *amplo*, os crimes econômicos abrangeriam todas as

ofensas atinentes à regulação da produção, industrialização e divisão de bens e serviços; em sentido *estricto*, a tutela de interesses supraindividuais relacionados à ordem da economia instituída e dirigida pelo Estado⁹.

Embora seja inegável a contribuição teórica desses conceitos, as formulações propostas, antes de estarem focadas no adensamento teórico do próprio objeto da norma, costumam conferir uma preocupação demasiada – e, em nosso sentir, também aqui prescindível – ao sujeito passivo do delito supostamente econômico. Não raro deparamo-nos com propostas conceituais que, apesar de adjetivadas de restritivas, admitem que ofensas de conotação puramente individual poderiam estar contidas nesse recorte específico da intervenção penal, sempre que a afetação estivesse direcionada a um “objeto fático supraindividual” – quando executadas, por exemplo, em detrimento de bancos, seguradoras, sociedades comerciais ou do Estado¹⁰.

Quer-nos parecer que a busca pela conceitualização a partir do substrato *fático* da ofensa pouco colabora à superação da premissa há pouco exposta. Um crime de furto ou de estelionato, ainda que atinjam *faticamente* uma agência seguradora, creditícia ou mesmo de seguridade social, jamais pode assumir uma coloração econômica só por força da abrangência da vitimização¹¹: o objeto desses tipos de ilícito, qualquer que seja a ofensa concretamente perpetrada, é – e continua sendo – um bem jurídico de natureza individual, submetido, conseqüentemente, a condicionantes de imputação (p. ex., a exigência de dano individual para a consumação) incompatíveis com um conceito adequado de *ordem econômica*¹². Tal rubrica só pode estar associada a ofensas *normativamente* direcionadas a interesses supraindividuais – mas não sobre qualquer interesse supraindividual, consoante veremos logo adiante. A *ordem econômica* deve ser vista como um bem jurídico autônomo – ainda que tal autonomia não signifique uma renúncia a um núcleo mínimo de raiz antropológica¹³ –, e não um simples somatório de interesses individuais coletivizados numa

dada prática econômica¹⁴. Alguns exemplos podem ser úteis à confirmação da hipótese.

É inegável que um crime de peculato tenha como vítima direta o Estado. Contudo, por mais significativa que possa ser a lesão ao erário, o âmbito da proteção normativa levada a efeito através do art. 312 do CP escapa daquilo que, numa acepção jurídico-econômica, costuma-se definir como *ordem econômica*. A ofensa até poderá, em alguns casos concretos, atingir níveis comprometedores da própria solidez patrimonial do ente federado. E bem poderá ocorrer de um segmento específico da sociedade, em casos de afetação extrema, ter de arcar com um incremento fiscal momentâneo ou com a suspensão de uma obra pública. Apesar disso, a determinação do conteúdo do bem jurídico-penal não pode estar condicionada à subtração de um único veículo do Estado ou de toda a sua frota. A ofensa ao Estado, por si só, não se insere no âmbito do DPE, ainda que, no caso concreto, a afetação possa irradiar efeitos fáticos com coloração supraindividual.

Da mesma forma, a ofensa ao patrimônio de sociedades comerciais, seguradoras ou sociedades de crédito não autoriza atribuímos uma natureza econômica ao delito que a originou. É o tipo de atividade desempenhada pelo ente jurídico, e não a sua natureza abstrata, que detém a capacidade de aproximar a infração penal do âmbito de incidência dos crimes econômicos. Um crime falimentar (arts. 168-178 da Lei n. 11.101/2005), por exemplo, escapa dos limites teóricos do DPE¹⁵ exatamente porque o regime jurídico que regula “a recuperação judicial, a extrajudicial e a falência do empresário e da sociedade empresária” não se aplica, por expressa disposição de lei, à “instituição financeira pública ou privada, cooperativa de crédito, consórcio, entidade de previdência complementar, sociedade operadora de plano de assistência à saúde, sociedade seguradora, sociedade de capitalização” (art. 2º, II, da Lei n. 11.101/2005). É dizer: o objeto da tutela, nos crimes falimentares, recai sobre o patrimônio de empresas que não é composto a partir da captação de recursos de terceiros, mas sim

através da constituição de capital pelos próprios sócios ou acionistas. A vítima direta é a pessoa jurídica; indireta, os sócios/acionistas¹⁶. Uma ordem econômica, em seu sentido técnico-jurídico, só reflexamente pode ser considerada no âmbito da afetação resultante desses crimes.

Outra será a solução no caso de a ofensa (perigo ou dano) estar direcionada ao patrimônio de pessoa jurídica que capte recursos de terceiros para o desenvolvimento de suas atividades. Uma comparação entre o art. 17 da Lei n. 4.595/64 e o art. 1º da Lei n. 7.492/86 pode nos ser útil: a primeira norma considera como “instituição financeira” as empresas que capturem, intermediem ou apliquem recursos financeiros *próprios* ou de terceiros; a segunda, mais restritiva, apenas atribui tal natureza a empresas que desenvolvam tais atividades com *recursos alheios*. O projeto que originou a Lei n. 7.492/86 (Projeto de Lei n. 273/83) não tinha essa redação original, pois descrevia conceito bastante similar ao da Lei n. 4.595/64. A Presidência da República, na época, vetou a possibilidade de recursos próprios também serem albergados pela rubrica legal¹⁷. E com razão: a tutela *penal* sobre o Sistema Financeiro Nacional recomenda que o objeto da proteção esteja focalizado na exploração de atividades relacionadas à poupança popular (*lato sensu*). As atividades de uma sociedade creditícia, mesmo no caso de seu funcionamento estar condicionado à autorização do Banco Central (v.g., as antigas “repassadoras de recursos do Banco Nacional de Habitação”¹⁸), escapam da proteção do DPE (*rectius*: da Lei n. 7.492/86) porque eventual ofensa recairá sobre patrimônio individual da própria empresa, e não de terceiros.

Outros breves exemplos podem contribuir para esclarecimentos finais. O crime de usura (art. 4º, *a*, da Lei n. 1.521/51) não caracteriza um delito econômico porque a concessão do crédito acima dos limites legalmente estabelecidos (art. 406 do Código Civil c/c o art. 39, § 4º, da Lei n. 9.250/95) apenas afeta o patrimônio individual das pessoas física e/ou jurídica envolvidas no negócio. Porém, se a origem dos recursos que

possibilitam a concessão do crédito situa-se na captação pública da moeda, o delito incidente passa a ser o tipificado no art. 8º da Lei n. 7.492/86. Pela mesma razão, a informação falsa de fatos relevantes às atividades de uma sociedade por ações pode constituir um crime patrimonial (art. 177, *caput*, do CP) no caso de o capital da empresa ser fechado; ao contrário, será um crime contra o mercado de capitais (art. 27-D da Lei n. 6.385/76), se o potencial proveito patrimonial puder ser obtido em detrimento da isonomia do acesso às informações que deve ser assegurada aos investidores do mercado mobiliário.

1.3.3 Conceitualização formal de crimes econômicos

A casuística referida acima tem por propósito demonstrar que opções centrífugas ou centrípetas de delimitação do DPE não devem ficar condicionadas à identificação do sujeito passivo do delito ou mesmo aos efeitos fáticos eventualmente resultantes da prática delitiva. Visto o problema às avessas, seremos obrigados a reconhecer que a proposição de um sistema de DPE pressupõe uma boa técnica legislativa num dado ordenamento jurídico. A formulação de um adequado conceito material de crime econômico, nesse rumo, está amalgamada à excelência formal do tipo de ilícito econômico positivado. Não sem razão que Eduardo Correia (2007, p. 31), a pretexto de delimitar o objeto do DPE, adotava um critério “material-formal-substantivo”.

Alguns ordenamentos jurídicos, buscando sistematizar o tratamento jurídico conferido à matéria, deram início a movimentos codificadores de infrações penais econômicas¹⁹. Um dos primeiros países a tomar essa iniciativa foi Portugal, através da edição do Decreto-lei n. 41.204 de 1954, que definiu as *infracções contra a saúde pública e das infracções antieconómicas*. Esse diploma normativo foi revogado pelo Decreto-lei n. 28 de 1984, sendo mantida, entretanto, a estrutura codificada – ainda que

não exauriente – dessas modalidades delitivas e do rito processual respectivo²⁰.

Na Alemanha, o movimento codificador, ainda que menos intenso, é sempre apontado como originário da Primeira Lei contra a Criminalidade Econômica (*Erstes Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität*), que, em outubro 1976, introduziu os §§ 264, 265b e 283-283d no StGB (Código Penal alemão), definindo os crimes de fraude de subvenções (*Subventionsbetrug*), fraude creditícia (*Versicherungsmißbrauch*) e delitos de insolvência (*Insolvenzstraftaten*), respectivamente – apesar de a maior parte dessas infrações penais tangenciarem a conceitualização estrita que vimos propondo. A grande maioria de crimes econômicos, contudo, ainda está prevista em legislação secundária alemã²¹.

Uma codificação mais ampla verificou-se, recentemente, com a entrada em vigor, em 1995, do Código Penal Espanhol, que fez a previsão dos *Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico* (arts. 234-304) e dos *De los delitos contra la Hacienda Pública y contra la Seguridad Social* (arts. 304-310). No Brasil, assim como na Itália e na França, os crimes econômicos estão definidos em legislação esparsa e fragmentada²².

A delimitação do objeto do DPE a partir da definição legal também representa um avanço orientado à sistematização da matéria, mas não impede que outros delitos considerados como materialmente econômicos sejam definidos fora desse alcance²³. No Brasil, por exemplo, percebe-se a assistemática com que os crimes contra a previdência social foram tratados legalmente, ora sendo considerados como crimes contra o patrimônio (art. 168-A e outras fraudes que, por ausência de especialização legal, resultam tipificadas no delito de estelionato), ora como crimes contra a administração pública (art. 337-A)²⁴.

É certo pensar que o DPE possui autonomia disciplinar capaz de justificar o seu isolamento categorial (FIGUEIREDO DIAS, 1986, p. 37-69), mas não podemos esquecer que ainda estamos nos debruçando sobre

um objeto que impreterivelmente se submete – com alguns matizes – à base principiológica do direito penal primário. Nesse sentido é que reputamos válida a asserção de Faria Costa (2007, p. 33) no sentido de que o DPE possui uma *tênue* autonomia disciplinar em relação ao direito penal “comum”. E são exatamente esses *matizes* que justificam uma aproximação teórica individualizada.

De outro lado, muitas das características dogmáticas frequentemente observadas nos delitos econômicos – que se manifestam como excepcionais nos crimes clássicos – também são notadas em outras formas de tutela próprias do direito penal secundário²⁵ (antecipação da tutela penal em razão da supraindividualidade da proteção, cláusulas de reenvio, previsão da ilicitude já no âmbito do tipo, artificialidade e instrumentalidade do bem jurídico etc.)²⁶. O DPE, nesse sentido, possui fundamentos peculiares em relação ao núcleo rígido do direito penal, mas também deve se submeter a uma delimitação conceitual capaz de legitimar a ideia de que os crimes a ele atinentes compõem um recorte específico do direito penal secundário. E a única forma de alcançarmos resultados satisfatórios quanto a este duplo isolamento categorial é através da formulação adequada de um conceito *material* de crimes econômicos. Só assim teremos um instrumento adequado de maximização das principais funções da teoria do bem jurídico penal, no recorte específico que nos interessa: a crítica às concretas opções legislativas no tratamento dos delitos econômicos e a equânime aplicação do DPE a partir do modelo de crime enquanto ofensa a bem jurídico.

1.4 Conceitualização material de crimes econômicos

1.4.1 Premissa e problematização

O DPE pode ser definido como um recorte específico do direito penal secundário que desempenha, através da tipificação de delitos, a tutela penal

sobre a ordem econômica instituída e dirigida pelo Estado. A delimitação é em tudo compatível com a conceitualização *restritiva* proposta pela maioria da doutrina penal que se debruça sobre o tema. O diferencial de nossa hipótese reside, entretanto, na busca pelo devido adensamento do que se deve compreender como “ordem econômica instituída e dirigida pelo Estado”. E tal contingência é que, em nossa visão, tem sido ignorada pela doutrina que se debruça sobre o tema, muito em função do excesso de narcisismo dogmático penal na delimitação da matéria de proteção. É dizer: o conteúdo do bem jurídico “ordem econômica” deve ser buscado nas relações estabelecidas contemporaneamente entre macro/microeconomia e direito.

Para tanto, dois problemas merecem ser enfrentados:

- (i) o que se deve entender por direitos econômicos e ordem econômica?
- (ii) que estratégias políticas o Estado desempenha, perante a economia, em busca do desenvolvimento econômico ideal?

Obviamente que os limites do presente estudo não nos permitem o devido aprofundamento que tais questões estariam a merecer, o que não significa estarmos impedidos de tecermos conclusões gerais acerca de cada uma delas.

1.4.2 Direitos econômicos × ordem econômica: o objeto do Direito Penal Econômico

Diversas constituições conferem tratamento topológico específico àquilo que denominam como “direitos econômicos”, descrevendo, frequentemente, dentre eles, o direito à propriedade privada, ao trabalho etc.²⁷. Abstraindo toda a polêmica que envolve a matéria²⁸, reputamos acertada a tese de que direitos públicos subjetivos (como é o direito à propriedade) e direitos sociais (como é o direito ao trabalho) só reflexamente podem assumir uma conotação econômica.

Em Estados liberais, a eficácia do direito à propriedade era normalmente absoluta, haja vista a necessidade de assegurar-se, ao indivíduo, a liberdade necessária à busca do próprio desenvolvimento econômico. Em Estados democráticos e sociais de direito, entretanto, o direito à propriedade se submete a uma eficácia relativizada, condicionada a níveis variáveis – segundo cada ordenamento jurídico – de restrição segundo a função social da propriedade.

O erro em considerar-se o direito à propriedade como um direito econômico em sentido estrito deve-se ao fato de a programação econômica não decorrer diretamente da liberdade constitucionalmente assegurada, mas sim dos níveis de restrições a ela impostos. É a planificação econômica que confere roupagem constitucional à economia, e não o direito público subjetivo em si. Do contrário, teríamos de reconhecer que qualquer direito individual poderia ser também um direito econômico, sempre que o seu livre exercício gerasse riqueza ao seu titular²⁹. Nem mesmo a circunstância de um direito fundamental se submeter a uma restrição constitucional – função social da propriedade, v.g. – nos permitiria reconhecer que esta garantia poderia se transformar, automaticamente, em “liberdades sociais” ou “liberdades econômicas”, até mesmo porque a própria noção de Constituição econômica está historicamente ligada à programação de políticas estatais no ordenamento constitucional – a partir de Weimar, especialmente.

Consequentemente, uma “Constituição econômica” é constituída essencialmente por uma planificação econômica de dimensões variáveis na imediata proporção de uma eficácia maior ou menor assegurada a direitos ou a mandados constitucionais. Uma vez deslocados materialmente os “direitos econômicos” para a topologia constitucional adequada, poderemos perceber que a função por eles assumida passaria a ser de limitações negativas ou positivas – enquanto direitos fundamentais, direitos sociais ou mandados – das programações impostas constitucionalmente ao Estado para

a autorrealização da dignidade da pessoa humana ou para a realização da igualdade material em determinados contextos de carência social. Tal programação, segundo Böckenförde (1993, p. 82-83), configura uma *ordenação da vida social*, e não direitos fundamentais em sentido estrito, principalmente porque seriam direitos que requerem atuação legislativa ou administrativa precedente – esta, de sua vez, condicionada à reserva de lei, em alguns casos³⁰.

O peculiar da ordem econômica é que, num Estado que tenha a função constitucional de conjugar liberdade do mercado com prestatividade social, incumbe ao Poder Legislativo a programação genérica e, ao Executivo, a tomada de posição específica acerca dos rumos das políticas econômica e social. A velocidade e a volatilidade de uma economia inserida num mercado globalizado, assim como as constantes mudanças nas demandas por prestatividade social, exigem respostas rápidas capazes de prevenir/superar crises econômicas e de adequar as contingências da situação às possibilidades de atuação positiva do Estado. Conseqüentemente, o processo legislativo revelar-se-ia demasiadamente moroso para tanto, além de, com frequência, sobrepor interesses políticos nacionais e efêmeros às diretrizes globais do desenvolvimento econômico. Desse deslocamento da competência regulatória é que decorre uma mitigação do princípio da legalidade: o Poder Executivo passa a estar autorizado a regulamentar fluxos econômicos na condição de que tal regulamentação verifique-se nos limites da *valoração constitucional* e desde que não incorra em excessos ou em proteção deficiente.

A distinção entre “direitos econômicos” e ordem econômica assume especial relevância ao nosso objeto de estudo. Recomenda-se uma visão centrípeta (restritiva) do DPE exatamente como forma de redução da sua complexidade. E uma proposta metodológica nesses termos só se pode perfectibilizar na condição de que direitos individuais e direitos sociais – mesmo quando tratados, de forma expressa por algumas Constituições,

como direitos “econômicos” – não se situem no âmbito da proteção normativa desempenhada pelos crimes econômicos.

O direito à propriedade é juridicamente tutelado de forma multifacetada; um dos recortes da proteção verifica-se pelo direito penal, mais especificamente, pelos crimes contra o patrimônio. À mesma lógica se submete o direito ao trabalho, que também é objeto de proteção particularizada pelo direito penal através dos crimes contra a organização do trabalho. Situarmos ambas as formas de tutela – referidas apenas em caráter exemplificativo – no âmbito possível do DPE – é uma opção que dificulta sobremaneira qualquer tentativa de sistematização da matéria.

A autonomia disciplinar do DPE só é sustentável se o objeto da tutela apresentar-se com características próprias capazes de justificar o seu isolamento categorial. Há algo de evidentemente distinto entre a apropriação indébita descrita no art. 168 do Código Penal e a tipificada no art. 5º da Lei n. 7.492/86. Admitir-se que ambas as figuras típicas possam ser alcançadas pelo DPE apenas na condição de que, faticamente, tenhamos uma ofensa de características supraindividuais, é uma opção que em nada colabora para a busca de parâmetros dogmáticos minimamente sólidos. O art. 168 do Código Penal é um crime contra o patrimônio, fazendo parte do direito penal primário e de sua sistemática própria; o art. 5º da Lei n. 7.492/86, pelo contrário, por ser um crime contra o Sistema Financeiro Nacional, se submete a um exame de ofensividade que lhe é peculiar. O exame desta peculiaridade é que nos interessa, dentro de um rigor metodológico arbitrariamente posto, porém racionalmente controlável.

O objeto do DPE, nesse sentido, é a *ordem econômica* enquanto planificação estatal de ordenação econômica da vida social. Escapam de seu alcance – pelo menos enquanto proteção jurídica direta – todos direitos públicos subjetivos, “econômicos” ou sociais, porque já tutelados através de outras áreas específicas da parte especial do direito penal.

1.4.3 As políticas econômicas (*lato sensu*) em tempos de globalização econômica

A densificação do objeto da tutela está a depender, ainda, do exame do conteúdo das estratégias concretamente desenvolvidas pela planificação estatal da economia em países de economia de mercado com raiz democrática. Esta é, aliás, a segunda omissão em que incorre boa parte da doutrina penal que se debruça sobre o tema, qual seja, acreditar como suficiente a especificação jurídica da *ordem econômica* como objeto da tutela sem buscar, além das fronteiras do direito penal (pois este é um assunto que só instrumentalmente pertence ao direito penal), a correta materialização do bem jurídico protegido. Para sermos ainda mais explícitos: a dimensão exata do bem jurídico protegido pelo DPE é dada, num primeiro momento, pelo exame da *juridicidade* que recai sobre a relação entre Estado e economia (conforme visto no item anterior), mas, num segundo momento, pela análise das *estratégias políticas* que estão à disposição do Estado nesse relacionamento.

Em modelos políticos que conjuguem democracia e capitalismo, costuma-se notar, com níveis variados, uma constante e tensa relação entre duas metas políticas essenciais: a garantia da livre iniciativa – que proscreeve a intervenção estatal na economia – e a busca por igualdade material – que prescreve a mesma intervenção. Durante muito tempo, o mundo ocidental viu-se obrigado a conviver com modelos econômicos que priorizavam apenas uma ou outra dessas metas, ora apregoando o ideal máximo de uma relação *negativa* entre Estado e economia, ora pautando as estratégias políticas a partir de uma relação *positiva* entre ambos. O liberalismo econômico que prevaleceu nos Estados Unidos durante o século XIX, assim como o neoliberalismo observado nos governos de Ronald Reagan e Margareth Thatcher (ANDERSON, 2000, p. 9-23), constituem bons exemplos do primeiro modelo. O *New Deal* proposto por Franklin Roosevelt após o *big crash* da bolsa de Nova York, assim como o modelo

político do bloco socialista pós-Segunda Guerra Mundial, bem representam a segunda referência³¹.

A tendência que se seguiu nas últimas décadas do século XX foi pela construção de modelos político-econômicos híbridos, no bojo dos quais as missões *negativa* e *positiva* do Estado perante a economia foram assumidas como igualmente relevantes. Esse é o traço marcante – com variações regionais, obviamente – das sociais democracias: conjugar a tutela da liberdade de mercado com a garantia de níveis satisfatórios de prestatividade social. É correto pensar, nessa linha, que a política econômica *lato sensu*, nesses modelos políticos, possui uma dupla face: (i) planificações tendentes a reservar o maior espaço possível para a livre iniciativa privada e (ii) planificações focalizadas na redução máxima de desigualdades sociais. O Estado ocidental contemporâneo tende a substituir a irrestrita liberdade de mercado e a ampla intervenção na economia pela heterorregulação dos fluxos econômicos³².

Existem diversos procedimentos para que o desenvolvimento econômico de um país seja avaliado. Em tempos de economia globalizada, normalmente utiliza-se um método-padrão consistente na verificação do Produto Interno Bruto (PIB), que é constituído pelo somatório anual de todas as riquezas produzidas pelo país num determinado período. Para tanto, o PIB (Y) é dividido em quatro componentes: consumo (C), investimento (I), aquisições e despesas do governo (G) e exportações líquidas (EL) ($Y = C + I + G + EL$) (MANKIWI, 2001, p. 494 e 499).

O cálculo do PIB mede dois fatores simultaneamente: a renda total gerada na economia e a despesa total com os bens produzidos e serviços prestados. A razão pela qual o PIB pode medir as duas variáveis ao mesmo tempo é que, na verdade, essas duas variáveis são iguais: para a economia como um todo, a despesa de alguém corresponde à renda de outra pessoa, sendo inteiramente aplicável essa mesma lógica também ao Estado (SACHS, 1993, p. 19).

O cálculo do PIB influencia o desenvolvimento de estratégias de política econômica que constituem a forma como as autoridades competentes devem agir em função de um bem-estar social que se tenta maximizar. A partir disso, o poder público identifica, primeiramente, as *metas* econômicas a serem atingidas, os *instrumentos de política* disponíveis para tanto e, por fim, relaciona os instrumentos e as metas a fim de escolher o valor ótimo dos instrumentos de política. Interessa-nos, em específico, a consideração de que a economia globalizada tem desenvolvido estratégias relativamente uniformes para a avaliação das economias, todas elas conformadoras de uma política econômica *lato sensu*.

As variáveis que orientam o cálculo do PIB, assim como outros critérios de avaliação econômica (v.g., classificação de risco pelas *ratings*), influenciam sobremaneira o Estado capitalista contemporâneo a organizar subpolíticas econômicas que, apesar de submetidas a uma contínua relação de interdependência (BRANSON, 2001, p. 105-140), podem ser isoladas nas seguintes categorias:

a) *Política de Rendas*: focalizada no nível equilibrado do consumo, tem por objetivo associar o aumento dos rendimentos ao aumento da produtividade, de forma a evitar os aumentos excessivos dos rendimentos dos fatores que provocam o aumento dos custos e, portanto, o aumento dos preços. Uma política de rendimentos visa também evitar uma redistribuição dos rendimentos favorável aos grupos mais fortes. Ao prestar atenção às necessidades de aumentar a produtividade para justificar os aumentos salariais, uma política de rendimentos pode ajudar a criar uma consciência mais clara da necessidade de se aumentar a eficiência industrial e comercial. Embora se deva orientar para todos os tipos de rendimento – salários, juros, rendas e lucros –, a política de rendimentos tenderá a concentrar-se sobre os salários, pois estes correspondem a cerca de dois terços do valor do produto final (STANLAKE, 1993, p. 693).

b) *Política Monetária*: relacionada à manipulação do preço (taxa de juros) e da oferta da moeda e de crédito, de modo a produzir alterações desejadas na economia. As finalidades da política monetária são comuns à política econômica em termos gerais: manutenção do pleno emprego, estabilidade dos preços, taxa de crescimento satisfatória e equilíbrio da balança de pagamentos. Durante algum tempo, o controle da economia esteve focalizado principalmente nas políticas financeira e orçamentária. Nos dias de hoje, entretanto, a política monetária é que ganhou espaço nessa missão, principalmente através da manipulação das taxas de juros como instrumento de regularização do equilíbrio entre oferta e demanda, repercutindo, reflexamente, sobre a produção, o emprego e os preços (STANLAKE, 1993, p. 479).

c) *Políticas Fiscal e Financeira*: constituem a programação governamental relacionada aos níveis de arrecadação e de despesa desejados. Os instrumentos da política financeira (a cobrança de impostos e a realização de despesas pelo estado) atuam diretamente sobre as principais variáveis econômicas (v.g., produção, emprego, preços). Um saldo positivo do orçamento irá retirar poder de compra da economia e reduzir a procura agregada; um déficit orçamental irá injetar poder de compra e aumentar a procura agregada. Nessa área é que se desenvolvem os programas de incentivo fiscal focalizados em determinadas regiões ou áreas específicas de exploração econômica (STANLAKE, 1993, p. 650).

d) *Política Cambial*: composta de estratégias relacionadas à administração da taxa de câmbio e ao controle das operações cambiais. Embora indiretamente ligada à política monetária, destaca-se desta por atuar mais diretamente sobre todas as variáveis relacionadas às transações econômicas do país com o exterior. Ambas, contudo, estão intimamente associadas: um índice elevado de exportações pode ter grande impacto monetário, notadamente em países que ainda monopolizam o controle do câmbio – como é o caso do Brasil –, pois o ingresso de divisas leva ao

incremento da emissão da moeda, com efeitos inflacionários evidentes. Mesmo em países que adotam a livre circulação de moeda estrangeira, idêntica expansão acontece quando cresce o volume de recursos captados pela emissão de títulos no exterior, seja através de bônus ou *commercial papers*, seja pela entrada de recursos para aplicação em bolsas de valores. No conjunto, representam o volume do fechamento de câmbio referente às chamadas compras financeiras. Assim, o aumento na pressão da oferta monetária via câmbio (compras financeiras e exportações) prejudica o controle dos juros, aumentando inclusive o custo do governo, que é obrigado a aumentar a dívida pública mobiliária (em títulos) para enxugar a moeda que entra em circulação pela troca de dólares por reais (FORTUNA, 2008, p. 63).

Ao lado dessas subpolíticas, também merece referência a política econômica *stricto sensu*, que diz respeito às estratégias estatais adotadas para garantir a livre concorrência, a adequada circulação e produção de bens e serviços e a transparência dos fluxos econômicos. É dizer: tal planificação direciona-se exatamente àquelas áreas em que o Estado não deve intervir – por isso, a política econômica *stricto sensu* pode ser classificada como uma política *negativa* –, mas que, apesar disso, é chamado a tutelar exatamente a excelência da economia de mercado.

Algumas crises econômicas do sistema capitalista, observadas no início do século XXI, conduziram à revisão de diversas das diretrizes políticas da economia mundial. As fraudes contábeis corporativas de 2001 (Enron, WorldCom, Vivendi etc.) e o estouro da bolha imobiliária dos créditos *subprimes* em 2007 foram decisivas para o mais severo ajuste regulatório da economia americana nas últimas sete décadas, aprovado pelo Senado americano em 2010. Tudo indica que os tempos de desregulamentação econômica – nos termos do *Washington consensus* – estão se encerrando.

O próprio *World Bank*, em relatório publicado em 1997, revisara suas premissas liberais para concluir que a economia busca,

contemporaneamente, muito mais um Estado “atuante” (promotor e regulador) do que um Estado “mínimo”, reforçando a necessidade, por exemplo, de aprimoramento da educação, da segurança no trabalho e de recursos estáveis para o seguro-desemprego como instrumentos globais de competição econômica³³. De sua vez, estudos analíticos da economia mundial, realizados pelo *International Labour Office* (ILO) (2005, p. 75-76), vêm demonstrando que

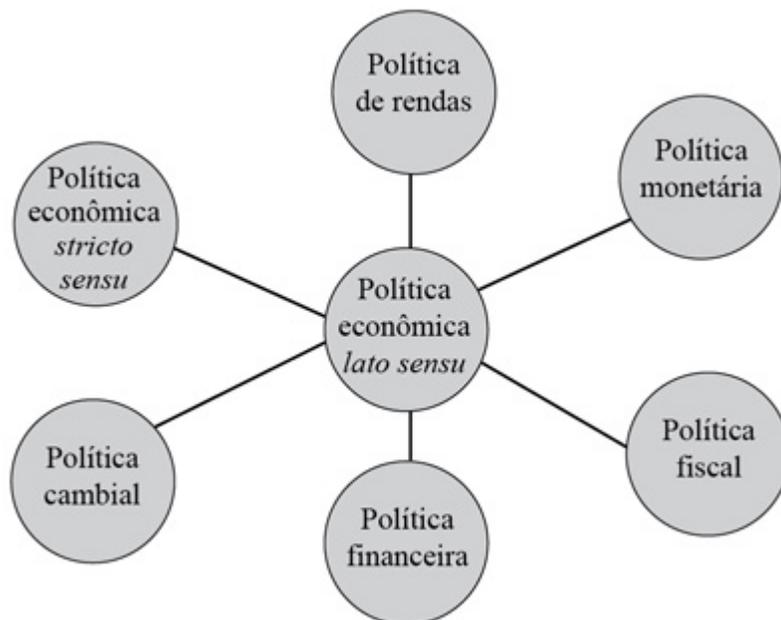
“la réduction de la pauvreté totale et de la pauvreté des travailleurs est souvent l’image inversée des gains de productivité. Dans les régions connaissant une forte croissance de la productivité, la pauvreté a diminué; dans les régions où la croissance de productivité est faible, voire inexistante, les taux de la pauvreté totale et de la pauvreté des travailleurs tendent à se maintenir”³⁴.

Não se quer afirmar, com isso, que a redução de desigualdades sociais possa ser obtida somente por esta via, mas sim que a mundialização econômica pode aproveitar-se do contexto de integração econômica para seguir estratégias positivas tendentes à máxima inserção possível dos países subdesenvolvidos em programas de desenvolvimento comercial, industrial e agrícola.

Mas os princípios reitores do Estado economicamente viável, além de abrangerem a geração de renda e a promoção de igualdade social, também estão direcionados à transparência dos fluxos econômicos. As crises econômicas que assolaram a economia global nos últimos anos têm demonstrado que uma economia sólida, hoje, não é aferida apenas a partir de sua capacidade de gerar riqueza, senão também quando a geração dessa riqueza ocorra de forma compreensível e relativamente controlável. Nesse sentido, a política econômica *stricto sensu*, em países de economia aberta e com satisfatória densidade democrática, deve assegurar a liberdade a um mercado que, em contraprestação, tem de mostrar-se saudável e

transparente para prosseguir sendo livre. E, hoje, há evidente legitimidade para o Estado regular exatamente a saúde e a transparência dos fluxos econômicos.

Tudo o quanto afirmado aqui pode ser representado graficamente nos seguintes termos:



Exatamente por desempenhar todas essas estratégias é que o Estado também deve se municiar de instrumentos adequados para proteger a correta execução e cumprimento de cada subpolítica econômica. Tutela esta que é excepcional, pois a regra que deve imperar no relacionamento entre Estado e economia é a da não intervenção. Dentro dessa excepcionalidade é que se desenvolve, também de forma fragmentária, a intervenção jurídica e, num segundo momento, a intervenção jurídico-penal. A criminalização primária de condutas que afetem a regular execução da ordem econômica submete-se a uma dupla relação de fragmentariedade: nem toda relação econômica (desviada ou não) é passível de tutela jurídica; nem todo desvio

econômico passível de tutela jurídica comporta, só por essa razão, tutela penal. Há uma nítida distinção, portanto, entre a consideração da ordem econômica enquanto bem jurídico tutelável e a mesma ordem econômica como bem jurídico penalmente tutelável.

1.4.4 As subpolíticas econômicas como bens jurídicos tuteláveis através do Direito Penal Econômico

O isolamento categorial das estratégias político-econômicas do Estado, nos termos em que acima descritos, assume notória importância para a delimitação do DPE, porque a proteção penal deve encontrar o objeto da tutela exatamente na individualidade de cada planificação. É certo que, entre elas, haja uma relação de constante interdependência, mas, para fins penais, o isolamento arbitrário do objeto do ilícito é medida que se impõe como critério de sistematicidade.

Pode-se, agora, a partir da densificação exposta, propor um conceito material de delitos econômicos a partir de uma visão realmente restritiva: entende-se por crime econômico todo tipo de ilícito legalmente estabelecido, num dado ordenamento jurídico, que tenha por função a proteção supraindividual da ordem econômica *lato sensu* (política econômica *stricto sensu*, políticas de renda, monetária, fiscal, financeira e cambial).

A delimitação proposta a partir do objeto do ilícito (*Unrecht*), entendido em sua expressão econômica, é capaz de conferir autonomia disciplinar ao DPE. Primeiramente, porque pressupõe, em cada ordenamento jurídico, uma boa técnica legislativa capaz de adequar o tipo de ilícito à proteção de um bem jurídico (ordem econômica *lato sensu*) que, em sua essência, é de natureza supraindividual. Em segundo lugar, porque permite delimitar, no âmbito do direito penal secundário, uma tutela supraindividual no recorte específico de cada estratégia político-econômica, sempre que carente e digna de proteção penal.

A proposta, a par de reduzir a complexidade do objeto de estudo, permite uma categorização do objeto da tutela penal econômica à luz da afetação direta a ser protegida pela norma. Podemos classificar os crimes econômicos, a partir do conceito material ora proposto, nos seguintes termos:

(i) *Tutela penal da ordem econômica “stricto sensu”*: abrange infrações com dignidade penal para a proteção dos espaços a que o Estado constitucionalmente se dispôs a não intervir na economia. O pressuposto de legitimidade jurídica para a não intervenção é exatamente o tripé que compõe o regular desenvolvimento da livre iniciativa na economia de mercado: (i.a) concorrência efetiva na oferta de bens e serviços, (i.b) equilíbrio nas relações de consumo de bens e serviços e (i.c) transparência nos fluxos econômicos. O bem jurídico descrito em “i.a” fica a cargo, principalmente, dos crimes definidos nos arts. 4º a 6º da Lei n. 8.137/90 (cartelização, *dumping* etc.) e no art. 1º da Lei n. 8.176/91³⁵; em “i.b”, através dos delitos tipificados nos arts. 61-74 da Lei n. 8.078/90³⁶.

Vale, aqui, uma explicitação maior acerca da tutela penal em “i.c”. É amplo e intrincado o debate acerca do bem jurídico protegido pelos crimes de “lavagem de dinheiro” (Lei n. 9.613/98). Muitos defendem que tal delito protege diversos bens jurídicos, o que significa afirmar que nada protege³⁷. Outros afirmam que a administração da justiça, e não a ordem econômica, é que estaria avocando a proteção penal. Justifica-se este posicionamento, em geral, com base na circunstância de um delito dessa natureza deter a capacidade de fomentar a economia – por exemplo, quando a execução da lavagem se dê através de uma empresa com potencial de gerar emprego e renda.

Eis, no ponto, o equivocado enclausuramento penal do exame da ofensividade delitiva: a solidez de uma economia democrática e capitalista não é medida apenas por sua capacidade de gerar riqueza, senão também a partir da transparência dos fluxos econômicos aptos a tanto³⁸. A ordem

econômica em sentido estrito é passível de ofensa também nos casos em que práticas econômicas determinadas, ainda que capazes de fomentar a circulação de bens e serviços, ocorram de forma não cristalina. Nesse sentido é que, uma vez adequadamente revisitada a lógica da economia mundializada, poderemos compreender que a “lavagem de dinheiro” (somente) pode afetar a ordem econômica em sentido estrito. Obviamente que “ofensas” reflexas poderão ser observadas; mas tal característica – aliás, imanente a outros tipos penais –, não pode justificar o deslocamento do objeto imediato do ilícito.

A não observância dessa diretriz político-econômica contemporânea é que tem levado a jurisprudência brasileira a incidir em diversos equívocos de imputação do crime de “lavagem de dinheiro”. As condutas típicas exigidas pelo *caput* do art. 1º da Lei n. 9.613/98 não se perfectibilizam, quanto à ofensividade, em atos que meramente se limitam a dissimular/ocultar a execução de um crime antecedente ou mesmo o simples proveito dele auferido³⁹. Todo delito de consequências patrimoniais quantificáveis traz, em si, uma exigência mínima de clandestinidade, seja em sua execução, seja em seu exaurimento. A afetação, nesse rumo, só ocorre na condição de que a vantagem ilicitamente obtida ingresse ou reingresse em fluxos econômicos travestidos de legalidade⁴⁰. Poderíamos lembrar, inclusive, de reflexos processuais a partir da delimitação proposta: há um evidente equívoco em apontar a natureza do crime antecedente como critério de delimitação da competência⁴¹, pois os delitos definidos na Lei n. 9.613/98 possuem objetividade jurídica própria (ordem econômica *stricto sensu*) capaz de justificar o processamento e o julgamento a cargo da Justiça Federal (art. 109, VI, *in fine*, da CF/88).

Vale menção, por fim, a tutela desempenhada sobre a transparência dos fluxos econômicos (“i.c”, *supra*) no recorte específico do mercado de valores mobiliários, cuja proteção jurídica é dada, no Brasil, através da Lei n. 6.385/76. Tal diploma legal prevê crimes contra o mercado de capitais

nos arts. 27-C/27-D (na forma da redação dada pela Lei n. 10.303/2001), que tutelam o caráter isonômico a que se devem submeter as informações que influenciam as cotações do mercado e, sucessivamente, a regular obtenção do proveito econômico⁴².

(ii) *Tutela penal da política monetária*: diz respeito a infrações penais (no Brasil, principalmente descritas na Lei n. 7.492/86, à exceção dos arts. 21 e 22) cujo objeto do ilícito é a oferta da moeda (e, conseqüentemente, de crédito) no âmbito do sistema financeiro nacional, especialmente afetado no caso de abusos e fraudes no sistema bancário e creditício. Destacam-se, no âmbito desta forma especial de tutela penal – a que a doutrina penal costuma designar “direito penal bancário”⁴³ –, os crimes envolvendo (a) a operação de instituições ou de atividades financeiras e creditícias sem autorização legal ou em desconformidade com a autorização dada pelo órgão competente⁴⁴, (b) a omissão/falsificação de informação devida ao público ou aos órgãos controladores do sistema bancário/creditício⁴⁵, (c) desvio ou apropriação de recursos pertencentes a instituições financeiras/bancárias/creditícias⁴⁶, (d) a administração fraudulenta, temerária ou infiel destas instituições⁴⁷, (e) a usura na concessão de crédito⁴⁸, (f) o uso abusivo de cartão de crédito⁴⁹, (g) a fraude na obtenção de crédito⁵⁰, (h) a falsificação de contabilidade/balancetes⁵¹ etc.

(iii) *Tutela penal da política fiscal*: direcionada ao reforço jurídico de proteção da arrecadação fiscal do Estado, em todos os seus níveis (receita pública). No Brasil, os crimes fiscais previdenciários estão descritos nos arts. 168-A e 337-A do CP, ao passo que a sonegação fiscal dos tributos remanescentes, nos arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90⁵².

(iv) *Tutela penal da política financeira*: proteção direcionada ao controle dos níveis de endividamento do Estado em seu próprio custeio e no custeio social (despesa pública). Apesar de a maioria das legislações europeias dedicar apenas o direito administrativo sancionador para esta área

específica de proteção⁵³, no Brasil, a partir de 2000 (com a edição da Lei n. 10.028), entraram em vigor os crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H do CP).

(v) *Tutela penal da política cambial*: em países cujas economias ainda necessitam de um controle administrativo sobre a entrada e saída de moeda, assim como em relação à correta identificação dos dados da transação – dada a conjuntural vulnerabilidade da economia à fluidez do capital internacional –, condutas que eventualmente afetem o normal funcionamento do mercado de câmbio podem influenciar variações abruptas na (des)valorização da moeda nacional, segundo a maior ou menor oferta de moeda estrangeira. Por tal razão, estamos diante de um recorte específico da *política monetária*, dessa vez direcionada aos fluxos internacionais do capital (por isso, *política cambial*). A proteção penal, em nosso país, ocorre através dos delitos descritos nos arts. 21 e 22 da Lei n. 7.492/86⁵⁴.

Dessa ampla exemplificação pode-se perceber a possibilidade de individualização de bens jurídicos de característica essencialmente supraindividual relacionados a cada ramificação da política econômica – entendida como programação de diretrizes estatais de desenvolvimento econômico. Entretanto, também se destaca o inter-relacionamento verificado na tutela penal em relação à política econômica *lato sensu*, capaz de comportar o reconhecimento da proteção individualizada pelas subpolíticas somente a partir de critérios de afetação direta. E, reflexamente, mesmo sobre interesses individuais.

Os exemplos também demonstram a capacidade apenas relativa dessa sistematização, por força do tratamento diferenciado do tema em cada país⁵⁵. A inserção do ilícito-típico em classificações positivadas em desconformidade com os padrões de tutela aqui apresentados pode gerar, por vezes, o próprio esvaziamento do conceito material de crime econômico. De outro lado, não são poucos os casos que se aproximariam

sobremaneira do sistema de proteção jurídico-penal da ordem econômica, mas que, em razão de uma ofensividade meramente reflexa à política econômica *lato sensu*⁵⁶, ou mesmo de uma delimitação coletiva – e não supraindividual – dos interesses tutelados, acabam não se adequando completamente ao conceito restritivo ora apresentado. Nesses casos, mesmo a delimitação arbitrária da definição aqui proposta seria incapaz de, à toda evidência, possibilitar respostas completamente satisfatórias, ainda que tais contradições não sejam capazes de desqualificar a utilidade da sistematização focalizada especificamente em nosso objeto de estudo, nos contornos metodológicos ora propostos. Essa é, exatamente, a importância da formulação de um conceito material restritivo de crimes econômicos.

Os reflexos dogmáticos da proposta são multidirecionais. Apesar de os limites do presente trabalho impedirem um exame adequado do tema, tal contingência não inviabiliza uma antecipação possível, que se nos ocorre fundamental: o DPE, porque direcionado à proteção jurídica da ordem econômica, assume uma característica *instrumental* que destoa das demais formas de tutela. Falamos em *instrumentalidade* na medida em que os rumos da política econômica estatal é que ditam os rumos da intervenção penal nesta área específica, ou seja, o DPE possui uma função que sopra ao sabor do vento da planificação econômica. Compreende-se, com isso, que a imputação de um crime econômico normalmente pressupõe, como primeiro (mas não suficiente) critério de adequação típica, um ilícito administrativo precedente⁵⁷. Por mais paradoxal que possa parecer, o reenvio normativo do tipo de ilícito às normas administrativas que regulam a planificação econômica é a melhor forma de a garantia da taxatividade ser minimamente restabelecida. A temeridade da gestão de uma instituição financeira (art. 4º, *caput*, da Lei n. 7.492/86), por exemplo, não é uma elementar a ser aferida apenas a partir de um critério de equidade judicial, estando condicionada, pelo contrário, à infringência de um risco juridicamente estabelecido pelo direito administrativo que regula a matéria.

É bom que se diga que a pressuposição do ilícito extrapenal não esgota a adequação típica da conduta, que prossegue condicionada pelos limites semânticos do tipo e pelos critérios de imputação objetiva e subjetiva relacionados à temática (GIUNTA, 2004, p. 5-6 e 10). Consequentemente, é infundada a crítica no sentido de que a economia estaria sendo encarada “comme oggetto non di tutela, ma di disciplina” (PEDRAZZI, 1985, p. 296). Não estamos falando em mera desobediência a deveres porque a tutela penal continua submetida a filtros dogmáticos capazes de justificar o poder punitivo somente no alcance fragmentário de ofensas dignas e carentes de proteção.

O conceito material ora proposto, além disso, desnuda a inconsistência da programação descriminalizadora própria do direito penal de raiz liberal, que vislumbra a função do bem jurídico somente em sua significação negativa. Um direito penal fragmentário não está adstrito a uma visão iluminista do poder punitivo, em que a sua máxima orientação política acompanhava uma tendência de retração possível da intervenção penal. Em vez disso, pode-se reconhecer uma função positiva para o bem jurídico, legitimadora da criminalização de novas condutas que historicamente modifiquem os níveis de carência de proteção de relações de cuidado de perigo, ainda que numa dimensão supraindividual⁵⁸. É característica assente do DPE o fato de acompanhar uma tendência expansionista de “segunda velocidade”, que não necessariamente o incompatibiliza com uma meta fragmentária e de *ultima ratio* para a sua incidência⁵⁹.

1.5 Considerações finais

Não se ignora a importância de abordagens teóricas que, em tempos de expansão do direito penal, examinam os novos instrumentos de criminalização primária (direito penal ambiental, criminalidade genética,

crimes de informática etc.) à disposição do Estado. Mas parece temerário acreditar que o isolamento categorial de novos bens jurídicos pelo legislador justifique, por si só, uma pretensa autonomia disciplinar a cada recorte normativo de tutela. Pela mesma razão que se nos apresenta equivocado pensarmos numa teoria geral dos crimes contra a vida, contra o patrimônio ou contra a administração pública, também devemos ter redobrado rigor acadêmico em aceitarmos formulações teóricas que apressadamente busquem excepcionar as linhas gerais de um sistema de direito penal aplicável às novas formas de criminalização. A intervenção penal que hoje se convencionou denominar “direito penal secundário” é, e continuará a ser, direito penal.

É inegável, não obstante, que algumas formas especiais de tutela, nesse novo contexto normativo, assumem características próprias capazes de mitigar sobremaneira a possibilidade de soluções práticas serem obtidas a partir da estrutura clássica do sistema de direito penal. Quer-nos parecer que a criminalização de ofensas à ordem econômica é um bom exemplo desse fenômeno, o que justifica a proposição de uma autonomia disciplinar àquilo que se convencionou denominar direito penal econômico. Mas repise-se: uma *tênue* autonomia disciplinar.

Não são poucos os problemas a serem enfrentados para justificar o isolamento proposto, a começar pela seleção do objeto de estudo. Apesar de o conceito de crimes econômicos ter sido proposto já no início do século XX, a verdade é que mesmo as contemporâneas aproximações dogmáticas relacionadas ao tema têm deixado muito a desejar quanto ao ponto de partida da delimitação teórica. Uma breve revisão bibliográfica sobre o tema irá nos demonstrar que, hoje, estamos muito mais em condições de afirmar o que não é um crime econômico do que, propriamente, defini-lo em sua significação positiva.

Foi a criminologia que, num primeiro momento, abordou a criminalidade econômica como abrangente de todo e qualquer desvio

praticado por alguém dotado de condições econômicas favoráveis. A seleção do sujeito ativo como referencial de pesquisa revelou-se proveitosa para a aproximação sociológica do tema, mas infrutífera a qualquer pretensão dogmática semelhante: o isolamento categorial de um crime econômico não pode depender apenas da identificação de um sujeito passivo abastado, sob pena de toda a parte especial do direito penal converter-se, potencialmente, em direito penal econômico.

O recorte dogmático do tema veio a ocorrer em meados do século XX, quando a ofensividade de práticas econômicas deixou de ser vista sob a ótica dos interesses individualmente afetados (ou potencialmente afetados) para recair sobre um bem jurídico dotado de níveis maiores de abstração (“economia nacional”, “interesses econômicos-sociais” etc.). O horizonte cognitivo assumiu as vestes da supraindividualidade (ou, segundo outros, da transindividualidade) para a compreensão da forma como a intervenção penal poderia ser legitimamente antecipada a ofensas prévias ao dano individual.

A partir de então, a maior parte da doutrina penal veio a acolher um conceito restritivo de crime econômico, capaz de abranger a tutela de interesses supraindividuais relacionados à ordem da economia instituída e dirigida pelo Estado. O resultado da delimitação até pode, em alguma medida, ser considerado satisfatório. Mas novamente deixa a desejar quando constatamos que a supraindividualidade da tutela, em vez de focada no objeto jurídico da proteção, vem sendo compreendida a partir da ofensividade fática da infração penal. Nessa perspectiva, o sujeito passivo – quando dotado dessa supraindividualidade – é que foi deslocado ao epicentro do interesse teórico. Um crime de furto ou de estelionato poderia ser considerado um crime econômico sempre que praticado em detrimento de seguradoras, cooperativas de crédito, institutos de seguridade social etc. E uma opção tampouco colabora para a almejada autonomia disciplinar a ser alcançada.

Bem examinada a proposta, perceberemos que só em aparência é que esta conceitualização assumiria as vestes da restritividade. A tutela penal de interesses essencialmente individuais (como é o patrimônio, por exemplo) possui contornos dogmáticos que pouco se acomodam à proteção de um interesse que em sua concepção jurídica é que deve ser visto como supraindividual. Também aqui teríamos toda a parte especial do direito penal potencialmente alcançada pelos crimes econômicos, apenas sob a condição de que a vitimização da ofensa assumisse uma característica coletiva ou supraindividual. Estaríamos cometendo o erro de tentar justificar faticamente uma autonomia disciplinar a um objeto carente de delimitação fenomenológica e jurídica.

O erro parece residir no desprezo pelo devido adensamento teórico a que se deve submeter o objeto do ilícito. Soa redundante destacar o conceito de “supraindividualidade” da noção de “ordem econômica”, pois esta é, em si, supraindividual. Deveras, uma vez aceito que o horizonte cognitivo do direito penal deve buscar a sua fundamentação nas relações matriciais de cuidado de perigo, o mesmo caminho deve ser trilhado também pelo direito penal econômico, porém no recorte específico dessas mesmas relações, sempre que deturpadas durante a ordenação estatal dos fluxos econômicos. O cuidado passível de tutela, nesses casos, não se direciona a uma relação horizontal entre dois ou mais indivíduos. Pelo contrário, é na verticalidade relacional do indivíduo com as instituições incumbidas de proteção do ser-social (especificamente em fluxos econômicos) que o perigo pode mostrar-se carente e digno de tutela penal.

A história da relação entre Estado e economia, num contexto de globalização com raízes democráticas, tem demonstrado que o êxito do desenvolvimento social vem progressivamente exigindo a substituição de modelos de abstenção institucional ou de intervenção institucional direta por modelos de heterorregulação estatal da economia de mercado. Numa perspectiva fenomenológica, as relações de perigo foram incrementadas

sempre que o Estado quedou-se inerte perante fluxos econômicos; e também tiveram a mesma sorte nos casos em que buscou dirigi-los diretamente. A perspectiva histórica, nesse rumo, aponta para a adoção de políticas econômicas tendentes a regular uma economia que deve ser livre e transparente, mas também promotora da igualdade social. Há um relativo consenso (pós-Washington) no sentido de que a excelência de uma política econômica (*lato sensu*) depende da boa planificação de uma economia de mercado livre e transparente (política econômica *stricto sensu*), da distribuição de renda (política de rendas), da oferta de moeda (política monetária), da arrecadação fiscal (política fiscal), da despesa pública (política financeira) e da gestão internacional de negócios (política cambial). Apesar de conviverem sob um constante inter-relacionamento, tais políticas podem – e devem – ser arquitetadas a partir de suas próprias individualidades.

Obviamente que o direito é chamado a auxiliar na tutela dessa planificação. E eventuais ofensas a ela dirigidas podem legitimamente se submeter ao poder sancionatório estatal que, num primeiro momento, deve dar-se em termos administrativos, mas, em casos de maior relevância, também através do direito penal. O objeto do tipo de ilícito econômico reside, exatamente, no isolamento categorial de cada uma dessas estratégias que o Estado desempenha para o correto funcionamento da economia. Falar-se em crimes econômicos, portanto, é falar-se na tutela das diversas dimensões da política econômica do Estado, e não na proteção conferida a direitos públicos subjetivos ou a direitos sociais – a cargo de outras formas específicas de intervenção penal (crimes contra o patrimônio, crimes falimentares, crimes contra a organização do trabalho etc.), qualquer que seja a vítima ou o autor do crime.

Através desse conceito material de crime econômico – que busca o adensamento do objeto do ilícito na juridicidade da proteção, e não na faticidade da ofensa – poderemos reduzir a complexidade dos problemas

práticos que se apresentam perante o – e no – ordenamento jurídico. A leitura econômica do bem jurídico protegido, nesse rumo, é decisiva para a correta aplicação do direito posto e para a sua esmerada revisão legislativa.

No início da pesquisa, ressaltamos o tratamento dado pelo STF a duas imputações penais formuladas pela Procuradoria-Geral da República. Sem descurarmos a circunstância de o julgador dizer respeito ao exame preliminar imanente à propositura da ação penal, podemos, a partir de tudo o que foi exposto, demonstrar a importância deste estudo para o adequado direcionamento da solução dos problemas submetidos àquela Corte no caso concreto.

A imputação de um crime de evasão de divisas (art. 22 da Lei n. 7.492/86) pressupõe que o objeto do ilícito seja visto no recorte político econômico da proteção requerida, qual seja, a política cambial do Estado. Nesse sentido, a criminalização da manutenção de depósitos mantidos no exterior por brasileiros, à míngua de declaração legalmente exigida, não se deve à tutela da arrecadação fiscal do Estado (desempenhada, no âmbito criminal, pelo art. 1º da Lei n. 8.137/90, que até poderia incidir autonomamente na hipótese fática).

Contudo, se o reconhecimento do ilícito penal cambial não está condicionado à declaração devida à Receita Federal – com o sucessivo recolhimento do tributo incidente –, disso não pode resultar a conclusão no sentido de que o delito estaria automaticamente configurado a partir do instante em que os valores não foram declarados ao órgão competente para o mapeamento de ativos mantidos por brasileiros no exterior – *in casu*, o Banco Central do Brasil. Pelo contrário, a instrumentalidade imanente ao art. 22 da Lei n. 7.492/86 exige, como pressuposto inicial (mas não suficiente) da imputação, o exame da violação do perigo segundo os limites estabelecidos pelas normas administrativas que regulamentam o fluxo econômico. É dizer: (i) num primeiro momento, o decisivo é a verificação se o Banco Central, em operações semelhantes e dentro da adequação

econômica de práticas semelhantes, exige e contenta-se com a declaração da participação societária do brasileiro em pessoa jurídica estrangeira ou se, pelo contrário, a informação é legalmente exigível mesmo no caso de os valores serem titulados por pessoa jurídica sem domicílio no Brasil; (ii) num segundo momento, a responsabilidade penal, ainda que constatado o ilícito administrativo-cambial pressuposto, está condicionada à observância dos limites normativos do tipo de ilícito (por exemplo, “participação societária” pode ser entendida como “depósito no exterior”?) e a todos os demais critérios de imputação objetiva e subjetiva do delito aplicáveis à espécie. Não pretendemos, aqui, solucionar a questão, mas sim demonstrar o caminho excelente a tanto, a partir da visão adequada do objeto do ilícito penalmente tutelado.

No segundo delito referido na introdução do presente estudo, a premissa adequada à solução do problema situa-se na correta aproximação teórica do objeto da proteção conferida pelo art. 1º da Lei n. 9.613/98: uma breve incursão nos rumos da planificação mundializada da economia contemporânea nos será útil para compreendermos que uma política econômica viável não é medida apenas por sua capacidade de gerar renda, senão também por sua aptidão de reduzir desigualdades sociais e – no ponto específico que nos interessa *in casu* – de garantir que os fluxos econômico-financeiros ocorram de forma transparente. O crime de “lavagem” de dinheiro é um crime econômico porque tutela, exatamente, a transparência da economia de mercado, e não – consoante apregoa a maior parte da doutrina penal – a administração da justiça. Nesse caso, pouco importa que a prática ou o proveito de um crime de peculato ou de corrupção ativa ocorra de forma dissimulada a pretexto de dificultar uma eventual persecução penal sobre o crime contra a Administração Pública. O decisivo, em vez disso, será a constatação de que o proveito econômico auferido pelo delito foi (re)inserido, de forma dissimulada e com aparência de licitude, nos fluxos normais de uma economia de mercado.

REFERÊNCIAS

ACHENBACH, Hans. Anotaciones sobre la evolución del Derecho penal económico en Alemania. *In: MIR PUIG, Santiago et al. Estudios de Derecho Penal Económico*. Caracas: Livrosca, 2002, p. 23-44.

AFTALIÓN, Enrique. El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico. *In: RCP*. Santiago de Chile, v. 25, mayo/ago., 1966, p. 79-91.

ANDERSON, Perry. Balanço do neoliberalismo. *In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático*. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 9-23.

ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. *In: Globalização e direito*. Boletim da Faculdade de Direito, Universidade de Coimbra: Coimbra, 2003, p. 163-179.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Concepto y contenido del derecho penal económico. *In: MIR PUIG, Santiago et al. Estudios de derecho penal económico*. Caracas: Livrosca, 2002, p. 3-21.

BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Delitos tributarios y previsionales**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.

BARATTA, Alessandro. **Criminologia critica e critica del diritto penale. Introduzione alla sociologia giuridico-penale**. Bologna: Il Mulino, 1982.

BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. El abuso de información privilegiada. *In: BACIGALUPO, Enrique (org.). Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 431-467.

BERGALLI, Roberto. Criminología del 'White-Collar Crime': forma-estado y processo de concentración económica. *In: EPC*. Santiago de Compostella: USC, 1984, VII, p. 27-69.

_____. Criminalidad económico-social: una digresión sobre la topología del discurso juridicopenal. *In: ADPCP*. Madrid, v. 39, ene./abr., 1986, p. 59-73.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BÖCKENFÖRDE, Ernst-Wolfgang. **Escritos sobre derechos fundamentales**. Trad. Juan Luis Requejo Pagés y Ignacio Menéndez. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

BRANSON, William H. **Macroeconomia: teoria e prática**. 2. ed. Trad. Helena Patação. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 2001.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. **Conflito de competência 96.678/MG**, Terceira Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 20-2-2009.

BRICOLA, Otavio. 'Il diritto penale del mercato finanziario'. *In: AA.VV., Mercato finanziario e disciplina penale*. Milano: Giuffrè, 1993.

BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. **Derecho penal económico y de la empresa. parte general**. 2. ed. Valencia: Tirand lo Blanc, 2007, p. 71-150.

CABRAL DE MONCADA, Luís S. **Direito económico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

CAEIRO, Pedro. **Sobre a natureza dos crimes falenciais**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 44-77.

CALABRIA, Arianna. Delitti naturali, delitti artificiali ed ignoranza della legge penale. *In: IP*. Padova: CEDAM, 1991, p. 35-66.

CERVINI, Raúl. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. *In: RBCC*. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, abr./jun., 2003, p. 81-108.

CORREIA, Eduardo. Notas críticas à penalização de actividades económicas. *In: Direito penal económico*. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985, p. 9-23.

DAHRENDORF, Ralf. **Reflexões sobre a Revolução na Europa**. Lisboa: Gradiva, 1993.

_____. **Quadrare il Cerchio: benessere economico, coesione sociale e libertà politica**. Trad. Rodolfo Rini. 12. ed. Roma-Bari: Laterza, 2003.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico)**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra: Coimbra, 2005.

_____. Ontologismo e ilícito penal. Algumas linhas para uma fundamentação ontoantropológica do direito penal. *In: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). Novos rumos do direito penal contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 259-267.

D'AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (org.). **Direito penal secundário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

DALTON, George. **Sistemas econômicos e sociedade: capitalismo, comunismo e terceiro mundo**. Trad. José Fernandes Dias. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 1974.

DI BATTISTA, Agnese. Beni e tecniche di tutela nel sistema penale societario. Spunti per un percorso comparatistico tra ordinamento italiano e ordinamento spagnolo. *In: SIRACUSANO, Placido. **Scritti di diritto penale dell'economia***. Torino: Giappichelli, 2007, p. 1-21.

DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. Il diritto penale bancario: itinerari di diritto comparato (I Parte). *In: **RIDPP***. Milano: Giuffrè, 1989, p. 940-989.

_____. Il diritto penale bancario: itinerari di diritto comparato (II Parte). *In: **RIDPP***. Milano: Giuffrè, 1989, p. 1.313-1.384.

FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992.

_____. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003.

_____. **Noções fundamentais de direito penal (fragmenta iuris poenalis). Introdução**. Coimbra: Coimbra, 2007.

FARIA COSTA, José de; COSTA ANDRADE, Manuel. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico. *In: **Direito Penal Económico e europeu: problemas gerais***. Coimbra: Coimbra/IDPEE/FD-UC, 1998, v. 1, p. 347-364.

FARIA COSTA, José de; RAMOS, Maria Elisabete. **O crime de abuso de informação privilegiada**. Coimbra: Coimbra, 2006.

FELDENS, Luciano; POETA, Débora. Comentários às disposições penais e processuais da Lei n. 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro). *In: MARTINS, Charles Emil Machado. **Teoria e prática dos procedimentos penais e ações autônomas de impugnação***. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 207-240.

FIADINO, Angelo. La nuova normativa antiriciclaggio. *In: **IP***, Padova: CEDAM, 1998, p. 101-143.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. Sobre a autonomia dogmática do Direito Penal Económico. Uma reflexão à luz do novo Direito Penal Económico

Português. *In: Estudos penales y criminológicos*. Santiago de Compostella: USC, 1986, IX, p. 37-69.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal. Parte geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, 2007.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. O Crime de fraude fiscal no Novo Direito Penal Tributário Português: considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infracções. *In: Direito Penal Económico e Europeu: problemas especiais*. Coimbra: Coimbra/IDPEE/FD-UC, 1999, v. II, p. 411-438.

FOFFANI, Luigi. Legislazione *antitrust* e disciplina delle partecipazioni al capitale di enti creditizi: profili penalistici. *In: RIDPP*. Milano: Giuffrè, ano XXXIV, 1991, p. 870-922.

_____. La tutela della trasparenza della proprietà azionaria come esempio di anticipazione dell'intervento penale nella disciplina del mercato finanziario. *In: RTDPE*. Padova: CEDAM, ano VIII, n. 1, gen-mar/1995, p. 21-37.

FORTUNA, Eduardo. **Mercado financeiro**. 17. ed. Rio de Janeiro: Qualitymark, 2008.

FORTUNA, Ennio. **Manuale di diritto penale dell'economia**. 2. ed. Milano: CEDAM, 1994.

GARCÍA CAVERO, Percy. **Derecho Penal Económico. Parte general**. 2. ed. Lima: Grijley, 2007.

GIUNTA, Fausto. **Lineamenti di diritto penale dell'economia**. 2. ed. Torino: Giapichelli, 2004.

GÓMEZ INIESTA, Diego J. Fraudes en el mercado de valores: a propósito de la propuesta de eurodelitos de manipulaciones bursáteis y abuso de información privilegiada. *In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (org.). Fraude y corrupción en el Derecho Penal Económico europeo*. Universidad de Castilla-La Mancha, 2006.

INTERNATIONAL LABOUR OFFICE. **Rapport sur l'emploi dans le monde 2004-05. Emploi, productivité et réduction de la pauvreté**. Bureau International du Travail: Genève, 2005.

JIMÉNEZ CAMPO, Javier. **Derechos fundamentales: concepto y garantías**. Madrid: Trotta, 1999.

JOECKS, Wolfgang. Steuerstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland. *In: RTDPE*, ott-dic/2001, n. 4, p. 874-887.

LAMPE, Ernst-Joachim. El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 StGB). *In: EPC*. Santiago de Compostella: USC, 1997, XX, p. 105-148.

LINDEMANN, Kurt. **Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht?** Jena: Gustav Fischer, 1932.

MANKIW, N. Gregory. **Introdução à economia: princípios de micro e macroeconomia**. 2. ed. Trad. Maria José Cyhlar Monteiro. Rio de Janeiro: Campus, 2001.

MANNA, Adelmo. Tutela del risparmio, novità in tema di *insider trading* e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria del 2004. *In: RTDPE*. Padova: CEDAM, ano XVIII, n. 3, lug-set/2005, p. 659-676.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto penale**. 5. ed. Padova: CEDAM, 2007.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Diritto penale Minimo e Nuove Forme di Criminalità. *In: RIDPP*. Milano: Giuffrè, ano XLII, fasc. 3, lug-set/1999, p. 802-820.

MOCCIA, Sergio. Impiego di Capitali Illeciti e Riciclaggio: la Risposta del Sistema Penale Italiano. *In: RIDPP*, Milano: Giuffrè, ano XXXVIII, fasc. 3, lug-set/1995, p. 728-749.

NANNUCCI, Ubaldo; D'AVIRRO, Antonio. **La riforma del diritto penale tributario**. Padova: CEDAM, 2000.

PADOVANI, Tullio. Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario. *In: RIDPP*. Milano: Giuffrè, ano XXXVIII, fasc. 3, lug-set/1995, p. 634-647.

PECORELLA, Gaetano. Circolazione del denaro e riciclaggio. *In: RIDPP*. Milano: Giuffrè, ano XXXIV, 1991, p. 1.220-1.248.

PEDRAZZI, Cesare. Interessi economici e tutela penale. *In: AA.VV., Bene giuridico e riforma della parte speciale*. Napoli: A.M. Stile, 1985, p. 285-315.

PEREZ DEL VALE, Carlos. Introducción al Derecho Penal Económico. *In: BACIGALUPO, Enrique. Curso de Derecho Penal Económico*. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 19-39.

POMBO, Nuno. **A fraude fiscal (A norma incriminadora, a simulação e outras reflexões)**. Coimbra: Almedina, 2007.

RACITI, Annamaria. Il criminale economico nella ricerca criminologica: dall'opera di sutherland alle più recenti formulazioni teoretiche. *In: RTDPE*, Padova: CEDAM, ano XVIII, n. 3, lug-set/2005, p. 677-699.

RENUCCI, Jean-François. **Droit pénal économique**. Paris: Armand Colin, 1995, p. 14-24.

RUGGIERO, Renato. 'Inventare il futuro: verso un'economia senza frontiere'. *In: RSPI*. Firenze, v. 64, n. 4, out./dez.-1997, p. 484-498.

RUGGIERO, Vincenzo. *Moby Dick* e i crimini dell'economia. *In: DDDP*, Milano: Edizioni Scientifiche Italiane, ano VII, n. 1-2-3, gen-dic/2001, p. 51-70.

SACHS, Jeffrey; LARRAIN, Felipe. **Macroeconomics in the global economy**. New York-London: Harvester Wheatsheaf, 1993.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2001.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

SCHMIDT, Eberhard. **Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht**. Tübingen: J.C.Mohr, 1950.

SCHÜNEMANN, Bernd. Bietet die reform des deutschen Wirtschaftsstrafrechts ein Vorbild oder ein abschreckendes Beispiel?. *In: VV. AA. Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992, p. 31-47.

_____. **Temas actuales y permanentes del derecho penal después del milenio**. Madrid: Tecnos, 2002.

SOUSA, Suzana Aires de. **Os Crimes Fiscais**. Coimbra: Coimbra, 2006.

STANLAKE, George Frederik. **Introdução à economia**. Trad. Paul Maria Ribeiro de Seixas. Lisboa: Calouste Gulbenkian, 1993.

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

TARANTINI, Graziano; Esposito, Giovani. **La nuova disciplina dei reati tributari**. Padova: CEDAM, 2001.

THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. *In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático.* 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 39-50.

THE WORLD BANK. **World Development Report 1997: The State in a Changing World.** Oxford University Press, 1997.

TIEDEMANN, Klaus. **Tatbestandsfunktionen im Nebenstrafrecht. Untersuchungen zu einem rechtsstaatlichen Tatbestandsbegriff, entwickelt am Problem des Wirtschaftsstrafrechts.** Tübingen: J.C.B. Mohr, 1969.

_____. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. *In: NPP.* Buenos Aires, v. 4, 1975, p. 461-475.

_____. Empresas multinacionales y delincuencia fiscal. *In: ADPCP.* Madrid, v. 29, fasc. 1, ene-abr/1976, p. 487-503.

_____. **Poder económico y delito.** Trad. Amelia Villegas. Barcelona: Ariel, 1985.

_____. **Derecho penal y nuevas formas de criminalidad.** Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: IDEMSA, 2000, p. 14-23.

_____. Tecnica Legislativa nel Diritto Penale Economico. *In: RTDPE.* Padova: CEDAM, ano XIX, n. 1-2, genn-giu/2006, p. 1-15.

_____. Derecho Penal Económico en el tratado de la constitución europea. *In: VV. AA. Constitución Europea y Derecho Penal Económico.* Madrid: Ramón Areces, 2006(A), p. 173-188.

VASSALI, Giuliano. La punizione dell'*insider trading*. *In: RIDPP.* Milano: Giuffrè, ano XXXV, 1992, p. 3-38.

VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976.** Coimbra: Almedina, 1983.

VILARDI, Celso Sanchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução, **RBCC**, n. 47, mar.-abr., 2007, p. 11-30.

VIZZARDI, Matteo. Manipolazione del mercato: um 'doppio binario' da ripensare. *In: RIDPP.* Milano: Giuffrè, ano XLIX, fasc. 2, apr-giu/2006, p. 704-731.

VOLK, Klaus. Wirtschaftskriminalität: kriminologie, kriminalpolitische un dogmatische probleme. *In: JZ.* Tübingen, 1982, n. 37, p. 85-92.

_____. Criminalità economica: problemi criminologici, politico--criminali e dommatici. *In*: VOLK, Klaus. **Sistema penale e criminalità economica. I rapporti tra dommatica, politica criminale e processo**. Napoli: Scientifiche Italiane, 1998.

WALLERSTEIN, Immanuel. **Capitalismo histórico e civilização capitalista**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001.

ZANNOTTI, Roberto. **Il Nuovo Diritto Penale dell'economia. Reati societari i reati in matéria di mercato finanziario**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2008.

1 As relações matriciais de cuidado de perigo verificam-se relativamente ao “eu” sobre si mesmo e ainda ao “eu” sobre os outros. Esta segunda modalidade desdobra-se numa dimensão *horizontal* – o cuidado do “eu” para com os outros que se encontram no mesmo segmento – e numa dimensão *vertical* – o cuidado do “eu” para com as instituições fomentadoras do exercício ativo do poder, especialmente o Estado (FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 363-369 e 449). Sob uma perspectiva fenomenológica, o direito penal é uma “ordem relacional” entre as três figuras principais que fomentam e constroem a discursividade penal – a vítima, o delinquente e o Estado. E o direito penal econômico não passa de um recorte normativo que recai sobre uma especificidade dessa ordem relacional: é principalmente na dimensão *vertical* do cuidado de perigo – a “primeva relação comunicacional” do indivíduo com as instituições incumbidas de proteção do ser-social – que a tutela jurídica sobre relações econômicas encontrará o substrato material da regulação. Nesse rumo, se o *fundamento* do direito penal situa-se na relação de cuidado de perigo de raiz ontoantropológica, o *fundamento* do DPE não pode constituir senão uma fração menor desse todo (FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 381, nota 61; *idem*. **Noções fundamentais de direito penal (Fragmenta iuris poenalis). Introdução**. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 20). Para uma visão geral dessa fundamentação ontoantropológica do direito penal: D’Avila (Ontologismo e Ilícito Penal. Algumas Linhas para uma Fundamentação Ontoantropológica do Direito Penal. *In*: SCHMIDT, Andrei Zenkner (org.). **Novos rumos do direito penal contemporâneo**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 259-267).

2 A expressão “denúncia criminológica”, no sentido empregado pelo texto que segue, é dada por Faria Costa (FARIA COSTA, José de. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 81-84).

3 Para detalhes, v.: Cláudia Maria Cruz Santos (SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O Crime de Colarinho Branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal)**. Coimbra: Universidade de Coimbra, 2001, p. 39-42).

4 Para mais detalhes desse viés crítico-dogmático da teoria de Sutherland, cf. Raciti (RACITI, Annamaria. Il criminale economico nella ricerca criminologica: dall'opera di Sutherland alle più recenti formulazioni teoretiche. *In*: **RTDPE**. Padova: CEDAM, ano XVIII, n. 3, lug-set/2005, p. 677-699); Ruggiero (RUGGIERO, Vincenzo. *Moby Dick e i crimini dell'economia*. *In*: **DDDP**. Milano: Edizioni Scientifiche Italiane, ano VII, n. 1-2-3, gen-dic/2001, p. 51-70).

5 Utilizando tal critério como parâmetro complementar de delimitação do objeto, cf. Tiedemann (TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. *In*: **NPP**. Buenos Aires, v. 4, 1975, p. 465).

6 Para uma visão geral da associação normalmente feita entre crimes econômicos e crimes empresariais ou societários, cf. Zannotti (ZANNOTTI, Roberto. **Il Nuovo Diritto Penale dell'economia. Reati societari i reati in matéria di mercato finanziario**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2008, p. 93-98).

7 Lindemann (LINDEMANN, Kurt. Gibt es ein eigenes Wirtschaftsstrafrecht? Jena: Gustav Fischer, 1932); Schmidt (SCHMIDT, Eberhard. Das neue westdeutsche Wirtschaftsstrafrecht. Tübingen: J. C. Mohr, 1950). Ambas as referências bibliográficas, assim como as transcrições, obtidas em Faria Costa e Costa Andrade (FARIA COSTA, José de; COSTA ANDRADE, Manuel. Sobre a concepção e os princípios do direito penal económico. *In*: **Direito penal económico e europeu: problemas gerais**. Coimbra: Coimbra/IDPEE/FD-UC, 1998, v. 1, p. 347-364).

8 O exame específico da delimitação foi posteriormente retomado por Tiedemann (TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. *In*: **NPP**. Buenos Aires, v. 4, 1975, p. 471; *idem*. **Derecho penal y nuevas formas de criminalidad**. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: IDEMSA, 2000, p. 21).

9 No mesmo sentido: Bajo Fernández (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel. Concepto y contenido del derecho penal económico. *In*: MIR PUIG, Santiago *et al.* **Estudios de Derecho penal económico**. Caracas: Livrosca, 2002, p. 9); Buján Pérez (BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. **Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte general**. 2 ed. Valencia: Tirand lo Blanc, 2007, p. 71-150); Perez del Vale (PEREZ DEL VALE, Carlos. Introducción al Derecho Penal Económico. *In*: BACIGALUPO, Enrique. **Curso de Derecho Penal Económico**. 2. ed. Madrid: Marcial Pons, 2005, p. 23-26). Reconhecendo apenas o conceito restrito: Faria Costa (FARIA COSTA, José de. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 39-40). Para uma visão ampla do debate envolvendo a delimitação do conceito de crimes econômicos, v.: Cervini (CERVINI, Raúl. Derecho penal económico: concepto y bien jurídico. *In*: **RBCC**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 11, abr./jun., 2003, p. 81-108); García Caveró (GARCÍA CAVERO, Percy. **Derecho penal económico. Parte general**. 2. ed. Lima: Grijley, 2007, p. 21-23).

[10](#) “Junto a estos supuestos deben colocarse, como delitos económicos, los clásicos delitos patrimoniales, cuando se dirigen a um *objecto fáctico supraindividual*, esto es, en las hipótesis en que el bien jurídico protegido no es siempre supraindividual, pero si lo es, en el caso concreto, la víctima del delito. Esto vale para delitos como la estafa, la infidelidad, etc., contra bancos, compañías aseguradoras y otras entidades intermedias, y, naturalmente, también respecto de estos hechos cuando se dirigen contra el Estado, las municipalidades y similares cuerpos políticos” (TIEDEMANN, Klaus. El concepto de delito económico y de derecho penal económico. *In: NPP*. Buenos Aires, v. 4, 1975, p. 469 e 471). Sobre a delimitação do conceito no âmbito da CE – sobre o qual recai a mesma crítica lançada acima: Tiedemann (TIEDEMANN, Klaus. Derecho Penal Económico en el tratado de la constitución europea. *In: VV. AA. Constitución Europea y Derecho penal económico*. Madrid: Ramón Areces, 2006, p. 173-188).

[11](#) Lembremos que, no Brasil, diversas fraudes perpetradas em detrimento do Instituto Nacional de Seguridade Social ainda vêm sendo tipificadas como crime de estelionato (art. 171 do CP). Isso nos faz compreender o porquê de a jurisprudência brasileira ter sido obrigada a criar categorias dogmáticas exóticas (v.g., afirmando que tais crimes seriam “instantâneos de efeitos permanentes” – v. STF, HC n. 99.363/ES, *DJe* de 18-2-2010) para justificar um momento consumativo – e, conseqüentemente, um termo inicial do prazo prescricional – diverso do consensualmente estabelecido para o tipo de ilícito incidente.

[12](#) Já em 1966, Aftalión (AFTALIÓN, Enrique. El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico. *In: RCP*. Santiago de Chile, v. 25, mayo/ago., 1966, p. 86), na Argentina, sustentava a necessária autonomia do bem jurídico nos crimes econômicos em relação à tutela penal de direitos individuais.

[13](#) É correto pensar que o bem jurídico-penal, em crimes econômicos, tenha a natureza supraindividual – pois parte exatamente da noção de um indivíduo carente de supra-infra ordenação –, e não transindividual – que situaria o bem jurídico além do indivíduo, com ele não se confundindo. Nesse sentido, Faria Costa (FARIA COSTA, José de. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 39-40). Em sentido contrário, Figueiredo Dias (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Direito penal. Parte geral**. 2. ed. Coimbra: Coimbra, p. 148-154) sustenta que o bem jurídico--penal pode assumir uma conotação “coletiva” que, nem sempre, coloca em risco interesses individualmente considerados. A “tutela dos grandes riscos e das gerações futuras” seria capaz, com isso, de legitimar a intervenção penal incidente sobre as “relações de vida como tais”.

[14](#) Reconhecendo que os delitos econômicos introduzidos no StGB pelas reformas de 1976 e de 1986 dizem respeito a interesses coletivos, entendidos como a soma dos interesses individuais de todos os intervenientes no mercado, cf. Schünemann (SCHÜNEMANN, Bernd. Bietet die Reform des deutschen Wirtschaftsstrafrechts ein Vorbild oder ein abschreckendes Beispiel?, *VV. AA. Jornadas sobre la reforma del derecho penal en Alemania*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1992, p. 31-47; 2002, p. 185-202).

[15](#) O exemplo dos crimes falimentares é interessante para notarmos a evidente distinção entre crimes econômicos e crimes empresariais ou societários. A doutrina italiana costuma arrolar os crimes falimentares dentre os crimes societários porque tende a reconhecer os

crimes econômicos como um recorte específico do direito penal empresarial. Nesse sentido, cf. Fortuna (FORTUNA, Ennio. **Manuale di diritto penale dell'economia**. 2. ed. Milano: CEDAM, 1994, p. 151-155); Zannotti (ZANNOTTI, Roberto. **Il Nuovo Diritto Penale dell'economia. Reati societari i reati in matéria di mercato finanziario**. 2. ed. Milano: Giuffrè, 2008, p. 93-96).

16 Sobre a natureza patrimonial dos crimes falenciais, cf. Caeiro (CAEIRO, Pedro. **Sobre a natureza dos crimes falenciais**. Coimbra: Coimbra, 2003, p. 44-77).

17 O PL n. 273/83 conferia a seguinte redação ao art. 1º: “Considera-se instituição financeira, para efeito desta Lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros *próprios ou* de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários” (BRASIL. **Projeto de Lei n. 273, de 24 de março de 1983**. Disponível em: < http://www.camara.gov.br/sileg/Prop_Detalhe.asp?id=174219>. Acesso em: 7-1-2011). A Mensagem n. 252/86 justificou o veto parcial – permitido à época – nos seguintes termos: “Incide o veto sobre as seguintes partes: – no art. 1º, a expressão ‘próprios ou’, porque é demasiado abrangente, atingindo o mero investidor individual, o que obviamente não é o propósito do legislador. Na aplicação de recursos próprios, se prejuízo houver, não será para a coletividade, nem para o sistema financeiro (...)” (BRASIL. **Mensagem de Veto n. 252, de 16 de junho de 1986**. Disponível em: <<http://www2.camara.gov.br/legin/fed/lei/1980-1987/lei-7492-16-junho-1986-367988-veto-28247-pl.html>>. Acesso em: 7-1-2011).

18 Em 1985, o Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo – de que faziam parte as Sociedades de Crédito Imobiliário e Associações de Poupança e Empréstimo – passava por problemas de estabilidade dos fluxos financeiros oriundos da captação de recursos. Ao mesmo tempo em que a economia nacional amargava sérios problemas de liquidez, tais entidades integrantes do SBPE vinham sofrendo, mesmo “aquelas com situação econômica sadia”, “deterioração contínua da capacidade de competir com os conglomerados financeiros no mercado de captação de recursos do público, o que as tem levado a solicitar alterações estruturais para a continuidade de suas operações” (Voto CMN n. 239/85). É dizer: a existência de tais companhias se mostrava útil e necessária ao SBPE, mas a possibilidade real de eventuais quebras/insolvências incrementava gradualmente os riscos resultantes de estas mesmas companhias gerarem *reflexamente* intranquilidade no mercado. A fim de conciliar a necessidade de manutenção do segmento de crédito imobiliário com a redução de riscos possíveis ao Sistema Financeiro Nacional é que o Conselho Monetário Nacional aprovou o Voto CMN n. 239/85, no bojo do qual ficou estabelecido que essas sociedades/associações poderiam optar, mediante prévia autorização do BNH, a atuar sob algumas condições, dentre elas, a “assunção de compromisso, pela entidade cedente, de abster-se de captar recursos do público por período determinado, necessário à criação de Sociedade com objetivo social específico de repassar recursos do BNH, a qual absorverá o patrimônio da cedente”. Em sendo exercitada a opção, tais empresas passariam a se denominar “repassadoras de recursos do BNH”, submetidas à tutela do Banco Central (por

força do conceito amplo do art. 17 da Lei n. 4.595/64) ainda que não captassem recursos de terceiros. A atuação apenas com recursos próprios, assim, foi o meio encontrado, na época, de o mercado ser protegido contra eventuais insolvências nessas empresas.

[19](#) Sobre a evolução do movimento codificador dos crimes econômicos na Europa, cf. Faria Costa; Costa Andrade (FARIA COSTA, José de; COSTA ANDRADE, Manuel. Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Económico. *In: Direito Penal Económico e europeu: problemas gerais*. Coimbra: Coimbra/IDPEE/FD-UC, 1998, v. 1, p. 351-355).

[20](#) A Subseção II do Decreto-lei n. 28/84 prevê os crimes de fraude sobre mercadorias (art. 23), contra a genuinidade, qualidade ou composição de géneros alimentícios e aditivos alimentares (art. 24), contra a genuinidade, qualidade ou composição de alimentos destinados a animais (art. 25), açambarcamento (art. 28), açambarcamento do adquirente (art. 29), desobediência a requisição de bens pelo Governo (art. 30), destruição de bens e matérias-primas ou aplicação dos mesmos a fins diferentes (art. 31), destruição de bens próprios com relevante interesse para a economia nacional (art. 32), exportação ilícita de bens (art. 33), violação de normas sobre declarações relativas a inquéritos, manifestos, regimes de preços ou movimento das empresas (art. 34), especulação (art. 35), fraude na obtenção de subsídio ou subvenção (art. 36), desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado (art. 37), fraude na obtenção de crédito (art. 38), publicidade fraudulenta (art. 40) e ofensa à reputação econômica (art. 41).

[21](#) Sobre a evolução histórica do DPE na Alemanha, assim como o acréscimo dos §§ 152a, 202a, 263a, 264a, 265, 266a, 266b, 269, 270, 303a e 303b no StGB, com a Segunda Lei de luta contra a criminalidade econômica (1986), e a definição fragmentada, em leis secundárias, de outras infrações penais econômicas v.: Achenbach (ACHENBACH, Hans. *Anotaciones sobre la evolución del Derecho Penal Económico en Alemania*. *In: MIR PUIG, Santiago et al. Estudios de Derecho Penal Económico*. Caracas: Livrosca, 2002, p. 27-42); Tiedemann (TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: IDEMSA, 2000, p. 14-23).

[22](#) A título de exemplificação, podem ser referidas, no Brasil: Lei n. 7.492/86 (Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional), Lei n. 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor, que prevê infrações penais relacionadas à matéria), Lei n. 8.137/90 (Crimes contra a Ordem Tributária e Econômica), Lei n. 8.176/91 (Crimes contra a Ordem Econômica), Lei n. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro) etc. Na Itália, crimes dessa natureza são encontrados no CPIt (principalmente no Título VIII – “dei delitti contro l’economia pubblica, l’industria e il commercio”), no Decreto-Legislativo n. 58/98 (“reati in materia di intermediazione finanziaria”), Decreto-Legislativo n. 74/2000 (“reati in materia di imposte sui redditi e sul valore aggiunto”) etc. A França, de sua vez, tipifica “Du blanchiment” no Code Pénal (arts. 324-1/9), delitos relativos “aux produits d’épargne”, “à la protection des investisseurs”, “aux établissements du secteur bancaire”, “aux prestataires de services d’investissement” e “à la lutte contre le blanchiment de capitaux et le financement des activités terroristes” no Code Monétaire et Financier, e delitos “relative à la liberté des prix et de la concurrence” na Ordonnance n. 86-1243 du 1 décembre 1986.

[23](#) Em Portugal, pode ser referido o crime de Administração Danosa (art. 238 do CPpt), também inserido nos Crimes contra o Patrimônio, mas que, consoante veremos adiante, ostenta uma substancial característica econômica. Digno de menção, ademais, o StGB que, na Seção 22^a, ao tratar da *Betrug und Untreue*, define condutas inequivocamente econômicas (p. ex., o já referido § 265b – *Versicherungsmißbrauch*).

[24](#) Apenas para representar a importância do tema: os crimes fiscais não são, pela lei brasileira, crimes antecedentes da lavagem de dinheiro. A partir de uma interpretação formal e meramente topográfica, poderia parecer que a sonegação fiscal de contribuições previdenciárias (art. 337-A do CP), porque definida dentre os Crimes contra a Administração Pública, constituiria, em tese, crime antecedente da lavagem de dinheiro (art. 1^o, V, da Lei n. 9.613/98). Não são necessários maiores esforços argumentativos para compreendermos a antinomia jurídica que uma interpretação nesses termos poderia resultar, seja por conferir tratamento diferenciado entre dois crimes previdenciários – o art. 168-A escaparia do alcance do art. 1^o da Lei n. 9.613/98 –, seja por fissurar a sistemática geral (que até pode ser criticada, mas não por uma razão tal) dos crimes fiscais (Lei n. 8.137/90), que não se inserem no espectro legal dos crimes antecedentes do branqueamento de capitais.

[25](#) Sobre a amplitude do direito penal secundário, cf. D’AVILA, Fabio Roberto; SOUZA, Paulo Vinícius Sporleder de (org.). **Direito penal secundário**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

[26](#) Para uma visão geral dessas características, cf. Di Battista (DI BATTISTA, Agnese. Beni e tecniche di tutela nel sistema penale societario. Spunti per un percorso comparatistico tra ordinamento italiano e ordinamento spagnolo. *In*: SIRACUSANO, Placido. **Scritti di Diritto Penale dell’Economia**. Torino: Giappichelli, 2007, p. 1-21); Foffani (FOFFANI, Luigi. La tutela della trasparenza della proprietà azionaria come esempio di anticipazione dell’intervento penale nella disciplina del mercato finanziario. *In*: **RTDPE**. Padova: CEDAM, ano VIII, n. 1, gen-mar/1995, p. 21-37); Tiedemann (TIEDEMANN, Klaus. Tecnica legislativa nel Diritto Penale Economico. *In*: **RTDPE**. Padova: CEDAM, ano XIX, n. 1-2, genn-giu/2006, p. 1-15); Calabria (1991, p. 35-66); Giunta (GIUNTA, Fausto. **Lineamenti di diritto penale dell’economia**. 2. ed. Torino: Giappichelli, 2004, p. 4-12).

[27](#) A Constituição portuguesa de 1976 descreve, dentre os direitos econômicos, o direito ao trabalho (art. 58), direitos dos trabalhadores (art. 59), direitos dos consumidores (art. 60), direito à iniciativa privada, cooperativa e autogestionária (art. 61) e direito à propriedade privada (art. 62). Logo em seguida, a Carta portuguesa traz um segmento positivando a “Organização Econômica” (Parte II, arts. 80-107), subdividindo-a em princípios gerais (arts. 80-89), planos (arts. 90-92), políticas agrícola, comercial e industrial (arts. 93-100) e sistema financeiro e fiscal (arts. 101-107). A Constituição italiana de 1948 arrolou *Rapporti economici* dentre os *Diritti e doveri dei cittadini*, fazendo menção, principalmente, ao direito ao trabalho (art. 35) e dos trabalhadores (arts. 36-37, 40), o direito à assistência social (art. 38), à associação sindical e cooperativa (arts. 39 e 45), à iniciativa econômica (art. 41), à propriedade privada (art. 42) e suas limitações (arts. 43-44), garantindo a

poupança popular e o direito ao crédito (art. 47). Vale dizer: ambas as Constituições trazem um catálogo de direitos econômicos inseridos, expressa ou implicitamente, no capítulo dos direitos fundamentais. A Constituição brasileira de 1988, de sua vez, não possui previsão expressa de direitos econômicos no rol de direitos fundamentais – estes abrangem, tão somente, os direitos e deveres individuais e coletivos (art. 5º), direitos sociais (arts. 6º-11), direito à nacionalidade (arts. 12-13) e direitos políticos (arts. 14-16). Entre os arts. 170-192 encontra-se o Título VII, que prevê a “Ordem Econômica e Financeira” e, entre os arts. 193-232 (Título VIII), a “Ordem Social”. Em termos semelhantes, também a Constituição espanhola de 1978 não consigna rubrica específica para direitos econômicos entre os direitos fundamentais, limitando-se a enunciar os *Principios Rectores de la Política Social y Económica* (arts. 39-52) e, posteriormente, a programação da *Economía y Hacienda* (arts. 128-136).

[28](#) Em detalhes, cf. Cabral de Moncada (CABRAL DE MONCADA, Luís S. **Direito econômico**. 5. ed. Coimbra: Coimbra, 2007, p. 125-140).

[29](#) Assiste razão, nesse rumo, a Vieira de Andrade (VIEIRA DE ANDRADE, José Carlos. **Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976**. Coimbra: Almedina, 1983, p. 195-196) quando refere que alguns dos direitos econômicos descritos na Constituição portuguesa fazem parte do universo de direitos sociais – pois se submetem às mesmas contingências e possuem semelhante conteúdo – e, outros, deveriam integrar o capítulo dos direitos, liberdades e garantias: “Não se percebe por que razão a liberdade de iniciativa privada ou o direito de propriedade não se encontram no título dos direitos, liberdades e garantias, ao lado das outras liberdades e direitos pessoais; tal como não se enxerga por que motivo o direito à segurança no emprego está entre os direitos, liberdades e garantias dos trabalhadores e o direito ao horário de trabalho ou ao descanso semanal está incluído nos direitos econômicos. Apesar de tudo, pode concluir-se da análise do título II que aí estão incluídos quase todos os direitos herdados da tradição liberal e depois desenvolvidos (direitos pessoais e cívicos, liberdades, direitos-garantia), os principais direitos de participação política e ainda as liberdades dos trabalhadores, ficando de fora a generalidade dos direitos a prestações estaduais”.

[30](#) Os direitos fundamentais, ao contrário, são aqueles que, mesmo quando dependentes de desenvolvimento ou de integração legal, podem ser defendidos inclusive *contra legem* e, por vezes, também *extra legem*. Nesse sentido, cf. Jiménez Campo (JIMÉNEZ CAMPO, Javier. **Derechos fundamentales: concepto y garantías**. Madrid: Trotta, 1999, p. 124).

[31](#) Obviamente que há algo de substancialmente distinto entre o intervencionismo de Roosevelt e o dos países socialistas: a manutenção, ou não, da propriedade privada e da livre iniciativa. Sobre o tema, cf. Dalton (1974, *passim*).

[32](#) Há vasta bibliografia sobre o tema. Em especial, recomendamos: Wallerstein (WALLERSTEIN, Immanuel. **Capitalismo histórico e civilização capitalista**. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Contraponto, 2001); Dahrendorf (**Quadrare il Cerchio: Benessere economico, coesione sociale e libertà politica**. Trad. por Rodolfo Rini. 12. ed. Roma-Bari: Laterza, 2003; 1993); Ascensão (ASCENSÃO, José de Oliveira. Sociedade da informação e mundo globalizado. *In: Globalização e direito*. Boletim da Faculdade de

Direito, Universidade de Coimbra: Coimbra, 2003, p. 163-179); Ruggiero (RUGGIERO, Renato. “Inventare il futuro: verso un’economia senza frontiere”. In: **RSPI**. Firenze, v. 64, n. 4, out./dez.-1997, p. 484-498); Therborn (THERBORN, Göran. A crise e o futuro do capitalismo. In: SADER, Emir; GENTILI, Pablo. **Pós-neoliberalismo: as políticas sociais e o estado democrático**. 5. ed. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 2000, p. 39-50).

[33](#) “As in the 1940s, today’s renewed focus on the state’s role has been inspired by dramatic events in the global economy, which have fundamentally changed the environment in which states operate. The global integration of economies and the spread of democracy have narrowed the scope for arbitrary and capricious behavior. Taxes, investment rules, and economic policies must be ever more responsive to the parameters of a globalized world economy. Technological change has opened new opportunities for unbundling services and allowing a larger role for markets. These changes have meant new and different roles for government – no longer as sole provider but as facilitator and regulator. States have come under pressure even where governments have previously seemed to perform well. Many industrial countries find themselves grappling with a welfare state that has grown unwieldy, and having to make difficult choices about the services and benefits that people should expect government to provide. Markets – domestic and global – and citizens vexed by state weaknesses have come to insist, often through grassroots and other nongovernmental organizations, on transparency in the conduct of government, and on other changes to strengthen the ability of the state to meet its assigned objectives. (...) Public policies and programs must aim not merely to deliver growth but to ensure that the benefits of marketled growth are shared, particularly through investments in basic education and health. They must also ensure that people are protected against material and personal insecurity. Where poverty and economic marginalization stem from ethnic and social differences, policies must be carefully crafted to manage these differences, as Malaysia and Mauritius have done” (THE WORLD BANK. **World Development Report 1997: The State in a Changing World**. Oxford University Press, 1997, p. 2 e 4).

[34](#) Tradução livre: “A redução da pobreza em geral e da pobreza entre os trabalhadores costuma ser, ainda que nem sempre, o reflexo exato da melhora na produtividade. Em regimes com elevado crescimento da produtividade, a pobreza diminuiu; pelo contrário, em regiões onde a produtividade é pequena ou não progride, foi mais persistente a magnitude da pobreza em geral e do trabalho no estado de miséria”.

[35](#) Em Portugal, a proteção da livre concorrência ocorre apenas através do direito administrativo sancionador. O mesmo ocorria na Alemanha até 1997, ocasião em que a “lei de luta contra a corrupção” introduziu, no StGB, *Straftaten gegen den Wettbewerb*, nos §§ 298 e 299. Na França, de sua vez, *les pratiques anticoncurrentielles* são criminalmente reprimidas em estrito relacionamento com o direito administrativo sancionador, precipuamente na Ordonnance n. 86-1243, de 1º de dezembro de 1986 (arts. 17, 24 e 31). Sobre o tema, especialmente focalizando a relação entre o ilícito penal e o ilícito administrativo: Renucci (1995, p. 14-24). Na Itália, o controle penal sobre a concorrência efetiva está descrito, em essência, no art. 501 do CPIt (*Rialzo e ribasso fraudolento di*

prezzi sul pubblico mercato o nelle borse di commercio). Sobre o tema: Foffani (FOFFANI, Luigi. *Legislazione Antitrust e Disciplina delle Partecipazioni al Capitale di Enti Creditizi: Profili Penalistici*. In: **RIDPP**. Milano: Giuffrè, ano XXXIV, 1991, p. 870-922). A Espanha criminaliza, somente, as “maquinaciones para alterar los precios que habrían de resultar de la libre concurrencia” (art. 284 do CPEs). Sobre o tema: Bujan Pérez (BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. **Derecho Penal Económico y de la empresa. parte general**. 2. ed. Valencia: Tirand lo Blanc, 2007, p. 108-112).

[36](#) Em Portugal: arts. 23º a 25º do Decreto-lei n. 28/84.

[37](#) No sentido de que o bem jurídico protegido é, por definição legal do StGB (§ 261-*Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte*), a administração da justiça, mas, também materialmente, a higidez da economia e dos fluxos financeiros: Lampe (LAMPE, Ernst-Joachim. *El nuevo tipo penal del blanqueo de dinero (§ 261 StGB)*. In: **EPC**. Santiago de Compostella: USC, 1997, XX, p. 120-121). Na Espanha, o crime de ‘blanqueo de bienes’ está previsto no título referente aos crimes socioeconômicos, mas, paradoxalmente, encontra-se definido dentre as modalidades de “receptación y otras conductas afines” (art. 301). Ao tratar da questão envolvendo o bem jurídico protegido, Buján Pérez (BUJÁN PÉREZ, Carlos Martínez. **Derecho Penal Económico y de la empresa. Parte general**. 2. ed. Valencia: Tirand lo Blanc, 2007, p. 322-323) mostra-se bastante reticente quando à sua definição, afirmando, inicialmente, que “en la línea de un verdadero tipo autónomo de encubrimiento, parece responder a la naturaleza de un auténtico delito contra la Administración de la justicia”, embora, em momento posterior, consigne que referido bem jurídico “puede expresarse en la idea de la *licitud de los bienes que circulan en el mercado*”, subscrevendo o entendimento de Del Carpio quando refere que “la protección de la libertad del tráfico económico contra los productos de origen delictivo es una condición esencial para el desarrollo de la economía de mercado”. Na Itália, a *Riciclaggio* também está arrolada dentre os crimes contra o patrimônio (art. 648bis do CPIt). Sobre o tema: Moccia (1995, p. 728-749); Pecorella (1991, p. 1.220-1.248); Fiadino (1998, p. 101-143). Na França, o *blanchiment* recebeu tratamento em capítulo à parte, no CPFr (arts. 324-1/324-9) e no CMF (arts. L574-1/L574-3).

[38](#) Nesse sentido, ainda que fazendo menção à tutela da ordem econômica a partir de “un’accezione moderna di patrimonio”: Moccia (MOCCIA, Sergio. *Impiego di capitali illeciti e riciclaggio: la risposta del sistema penale italiano*. In: **RIDPP**. Milano: Giuffrè, ano XXXVIII, fasc. 3, lug-set/1995, p. 740).

[39](#) Em termos semelhantes: Vilardi (VILARDI, Celso Sanchez. *O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução*, **RBCC**, n. 47, mar.-abr., 2007, p. 18); Feldens; Poeta (FELDENS, Luciano; POETA, Débora. *Comentários às disposições penais e processuais da Lei n. 9.613/98 (Lavagem de Dinheiro)*. In: MARTINS, Charles Emil Machado. **Teoria e prática dos procedimentos penais e ações autônomas de impugnação**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009, p. 215).

[40](#) Um traficante que adquire um imóvel em nome de terceiros – assim como outro que oculte o dinheiro em residência própria ou alheia – não estará, só por tal razão, afetando o objeto da tutela, pela singela razão de uma pretensa clandestinização do proveito auferido

ser uma decorrência normal não só deste crime, senão também de todo e qualquer crime potencialmente capaz de gerar um proveito patrimonial. Pelo contrário, teremos a ofensa passível de tutela jurídico-penal na hipótese de a mesma aquisição propiciar reinserção do capital em fluxos econômicos de forma não transparente. Pela mesma razão, a remessa ilegal de recursos ao exterior caracterizará apenas o delito arrolado no art. 22 da Lei n. 7.492/86 mesmo na hipótese de o envio ter sido instrumentalizado através de pessoa jurídica constituída em nome de terceiros. Teremos, contudo, a ofensa ao bem jurídico, na hipótese de os valores remetidos ao exterior retornarem ao Brasil através de um investimento dissimulado.

[41](#) “A competência para a apreciação das infrações penais de lavagem de capitais somente será da Justiça Federal quando praticadas contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas; ou quando o crime antecedente for de competência da Justiça Federal. *In casu*, não se apura afetação de qualquer interesse da União e o crime antecedente – tráfico de drogas – no caso é da competência estadual.” (BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, **Conflito de Competência n. 96.678/MG**, Terceira Seção, Rel. Min. Maria Thereza de Assis Moura, *DJe* de 20-2-2009).

[42](#) Em razão da europeização do direito penal que se seguiu à configuração das “quatro liberdades” pela CE na década de 90, estes delitos tiveram de ser nacionalmente adaptados à Diretiva 2003/6/CEE, que estabeleceu princípios gerais à uniformização da tutela penal. Em Portugal, os crimes de obtenção de informação privilegiada e de manipulação do mercado de capitais estão previstos nos arts. 378º e 379º do Código dos Valores Mobiliários (aprovado pelo Decreto-Lei n. 486/99), porém submetidos aos contornos regulamentativos criados pela Lei n. 55/2005, após a vigência da diretiva referida. Na Itália, os crimes de *Abuso di informazioni privilegiate* e de *Manipolazione del mercato* estão previstos nos arts. 184 e 185 do Decreto-Legislativo 24 febbraio 1998 n. 58. Na França, tais delitos encontram-se no art. L-465-1 e L-465-2 do CMF. Na Espanha, de seu turno, o CPes prevê, embora de forma mais ampla, em seu art. 284, delito semelhante. Sobre o tema, v.: Faria Costa; Ramos (FARIA COSTA, José de; RAMOS, Maria Elisabete. **O crime de abuso de informação privilegiada**. Coimbra: Coimbra, 2006); Manna (MANNA, Adelmo. Tutela del risparmio, novità in tema di *insider trading* e manipolazione del mercato a seguito della legge comunitaria del 2004. *In: RTDPE*. Padova: CEDAM, ano XVIII, n. 3, lug-set/2005, p. 659-676); Vassali (VASSALI, Giuliano. La punizione dell’*insider trading*. *In: RIDPP*. Milano: Giuffrè, ano XXXV, 1992, p. 3-38); Vizzardi (VIZZARDI, Matteo. Manipolazione del mercato: um “doppio binario” da ripensare. *In: RIDPP*. Milano: Giuffrè, ano XLIX, fasc. 2, apr-giu/2006, p. 704-731); Barja de Quiroga (BARJA DE QUIROGA, Jacobo López. El abuso de información privilegiada. *In: BACIGALUPO, Enrique (org.). Derecho Penal Económico*. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 431-467); Gómez Iniesta (GÓMEZ INIESTA, Diego J. Fraudes en el mercado de valores: a propósito de la propuesta de eurodelitos de manipulaciones bursáteis y abuso de información privilegiada. *In: ARROYO ZAPATERO, Luis; NIETO MARTÍN, Adán (org.). Fraude y corrupción en el Derecho Penal Económico Europeo*. Universidad de Castilla-La Mancha, 2006); Bitencourt; Breda (BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA,

Juliano. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e contra o mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010).

[43](#) Sobre o tema, fazendo a distinção entre os delitos a partir do sistema bancário encarado como “autor”, “vítima” e “instrumento”: Dolcini; Paliero (DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. Il diritto penale bancario: itinerari di diritto comparato (I Parte). *In: RIDPP*. Milano: Giuffrè, 1989, p. 940-989; *idem*. Il diritto penale bancario: itinerari di diritto comparato (II Parte). *In: RIDPP*, Milano: Giuffrè, 1989, p. 1313-1384). De se registrar, contudo, que boa parte da legislação comparada por ambos os autores já passou por inúmeras alterações em seus países de origem.

[44](#) Brasil: art. 16 da Lei n. 7.492/86; Portugal: art. 200º do Decreto-Lei n. 298/92; França: art. L571-3, L571-12, L571-13, L572-2, L573-1 etc. do CMF; Alemanha: § 54.2 da KWG; Itália: art. 96 do Decreto-Lei n. 375/36, com a formulação resultante do art. 29 da Lei n. 55/90; art. 166 do Decreto-Legislativo n. 58/98.

[45](#) Brasil: art. 6º e 9º-12 da Lei n. 7.492/86; Portugal: art. 13 da Lei n. 5/2002; França: arts. L571-4 e L571-7 do CMF; Itália: art. 2.638 do CCIIt e art. 170-bis do Decreto-Legislativo n. 58/98. A Alemanha não possui tipo penal específico relacionado às condutas de falsificação de informação devida aos órgãos controladores/fiscalizadores, considerando-as, tão somente, espécies de infração administrativa (§ 56 da KWG. No StGB, entretanto, encontra-se tipificada a conduta de inversão de capitais (*Kapitalanlagebetrug*), que trata da ocultação/manipulação de informação ao público sobre o verdadeiro estado patrimonial de sociedade (§ 264a).

[46](#) Brasil: art. 5º da Lei n. 7.492/86; Portugal: art. 234º do CP; Itália: art. 169 do Decreto-Legislativo n. 58/98.

[47](#) Portugal: art. 224º (infidelidade) e 235 (administração danosa) do CPPt; Alemanha: § 266 (*Untreue*) do StGB; Brasil: art. 4º, *caput* (gestão fraudulenta) e parágrafo único (gestão temerária), da Lei n. 7.492/86; Itália: art. 2.634 do CCIIt e art. 167 do Decreto-Legislativo n. 58/98.

[48](#) Brasil: art. 8º da Lei n. 7.492/86; Portugal: art. 226 do CPPt; Itália: art. 644 do CPIIt; Alemanha: § 291 do StGB.

[49](#) Portugal: art. 225º do CPPt; Alemanha: § 266b do StGB. No Brasil, tal conduta não constitui crime específico.

[50](#) Alemanha: § 265b do StGB; Brasil: art. 19 da Lei n. 7.492/86; Portugal: art. 38 do Decreto-Lei n. 28/84.

[51](#) Itália: arts. 173-bis, 174-bis e 174-ter do Decreto-Legislativo 58/98; França: art. L232-1 do CMF; Brasil: art. 3º da Lei n. 7.492/86.

[52](#) Na legislação portuguesa, os crimes previdenciários estão descritos nos arts. 106º e 107º da Lei n. 15/2001 (RGIT) e, os demais crimes fiscais, nos arts. 87º-91º e 103º-105º da mesma Lei. Sobre o tema: Sousa (2006); Pombo (2007). Também podem ser considerados como crimes fiscais, em Portugal, a fraude na obtenção de subsídio ou subvenção e o desvio de subvenção, subsídio ou crédito bonificado (arts. 36 e 37 do Decreto-lei n. 28/84), quando o benefício ostenta natureza tributária. Na Alemanha, os crimes fiscais estão

previstos na AO: fraude fiscal (§ 370 – *Steuerhinterziehung*), contrabando (§ 372 – *Bannbruch*), contrabando profissional, organizado e com violência (§ 373 *Gewerbsmäßiger, gewaltsamer und bandenmäßiger Schmuggel*) e receptação de mercadorias ou produtos subtraídos à tributação (§ 374 *Steuerhehlerei*). Entretanto, também a *Subventionsbetrug* (§ 264 do StGB) ostenta essa natureza. Para uma visão panorâmica, v.: Joecks 2001, p. 874-887). Na Itália, os crimes fiscais são encontrados no Decreto-Legislativo n. 74/2000, tipificando a *Dichiarazione fraudolenta mediante uso di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti* (art. 2º), a *Dichiarazione fraudolenta mediante altri artifici* (art. 3º), a *Dichiarazione infedele* (art. 4º), a *Omessa dichiarazione*, a *Emissione di fatture o altri documenti per operazioni inesistenti* (art. 8º), o *Occultamento o distruzione di documenti contabili* (art. 10) e a *Sottrazione fraudolenta al pagamento di imposte* (art. 11). Sobre o tema: Tarantini (TARANTINI, Graziano; Esposito, Giovanni. **La nuova disciplina dei reati tributari**. Padova: CEDAM, 2001); Nannucci; D’Avirro (NANNUCCI, Ubaldo; D’AVIRRO, Antonio. **La riforma del diritto penale tributario**. Padova: CEDAM, 2000). Na Espanha, os arts. 305-310 do CPes tipificam os delitos tributários e previdenciários.

53 Em Portugal, contudo, tais delitos estão tipificados no art. 14 da Lei n. 34/87.

54 No âmbito da CE, entretanto, após a plena eficácia (conferida pela Diretiva 88/361) dos arts. 56 e 58 do TCCE, que proibiram qualquer restrição ao movimento de capitais e aos pagamentos entre Estados-membros e entre estes e terceiros países – apesar de ressaltar a autonomia nacional relacionada ao controle fiscal desses valores –, a intervenção penal sobre a circulação de moeda se deslegitimou. No ambiente comunitário europeu, entendeu-se que a solidez e a integração econômica são capazes de, autonomamente, corrigir eventuais desequilíbrios relacionados ao excesso ou à carência de oferta de moeda estrangeira. Em razão disso, na Espanha, a Ley n. 19/2003 revogou, expressamente, a Ley n. 40/79, que tipificava os delitos monetários. Também no restante dos países-membros da CE – inclusive Portugal – a eficácia de uma criminalização dessa natureza perdeu a razão de ser, sem prejuízo de regulamentações administrativas específicas relacionadas à livre circulação do capital. Sobre o tema, inclusive quanto às peculiaridades dessa variação legislativa no direito comparado: Schmidt; Feldens (SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 139-146).

55 Lembre-se, por exemplo, do amplo debate doutrinário relacionado à natureza do bem jurídico nos crimes de fraude fiscal, ou seja, se estaríamos diante da tutela patrimonial-estatal ou se, ao contrário, a proteção estaria orientada à verdade-transparência do tráfico jurídico-fiscal. A análise cuidadosa de cada orientação doutrinária indica que as variações nos posicionamentos estão normalmente relacionadas à forma como o ilícito-típico é descrito em cada legislação, isto é, se a definição legal da conduta exige, como condição para a consumação, uma violação (efetiva obtenção de vantagem fiscal pelo agente) ou se, pelo contrário, contenta-se com a fraude orientada a essa vantagem, que é desnecessária, entretanto, para a realização completa da adequação típica (crime de perigo, pois). Na

Alemanha, a grande maioria da doutrina reconhece que o crime fiscal definido no § 370 da AO possui a natureza de crime patrimonial e de violação ao erário, tendo em vista a exigência da obtenção da redução dos impostos ou do benefício fiscal. Nesse sentido, citando outros autores: Tiedemann (TIEDEMANN, Klaus. **Poder económico y delito**. Trad. Amelia Villegas. Barcelona: Ariel, 1985, p. 91-110; *idem*. Empresas Multinacionales y Delincuencia Fiscal. In: **ADPCP**. Madrid, v. 29, fasc. 1, ene-abr/1976, p. 487-503). Em sentido contrário, reconhecendo que o § 370 da AO caracteriza infração de perigo abstrato: Joecks (JOECKS, Wolfgang. Steuerstrafrecht in der Bundesrepublik Deutschland. In: **RTDPE**, ott-dic/2001, n. 4, p. 877). No Brasil, em termos semelhantes, o tipo penal do art. 1º da Lei n. 8.137/90 descreve, como condutas típicas, a supressão ou a redução do tributo associada às fraudes descritas em seus incisos, o que levou a doutrina, especialmente influenciada pelo julgamento do *Habeas Corpus* n. 81.611 pelo STF, a também considerar o crime como de violação do bem jurídico. O art. 305 do CPs segue a mesma lógica da exigência de lesão efetiva ao erário, razão pela qual a doutrina espanhola dominante conclui se tratar de uma modalidade de “estafa” relacionada ao patrimônio público (BAJO FERNÁNDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. **Delitos tributarios y previsionales**. Buenos Aires: Hammurabi, p. 54). Em Portugal, contudo, a fraude fiscal definida no art. 103 do RGIT condiciona a consumação apenas às condutas que “*visem* a não liquidação, entrega ou pagamento da prestação tributária ou a obtenção indevida de benefícios fiscais, reembolsos ou outras vantagens patrimoniais susceptíveis de causarem diminuição das receitas tributárias.” Em termos de política criminal, esta definição incorre numa notória *proteção avançada* (*Vorfeldschutz*) capaz de antecipar a intervenção penal. Obviamente que uma definição legal nesses termos influencia decisivamente na mudança do bem jurídico tutelado. Essa razão é que leva Figueiredo Dias e Costa Andrade (FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. O Crime de fraude fiscal no Novo Direito Penal Tributário Português: considerações sobre a factualidade típica e o concurso de infracções. In: **Direito Penal Económico e Europeu: problemas especiais**. Coimbra: Coimbra/IDPEE/FD-UC, v. II, 1999, p. 419-420) a entenderem que a fraude fiscal assegura “proteção penal tanto aos valores da verdade-transparência” [dada a exigência de fraude documental] quanto aos “interesses patrimoniais-fiscais” [em razão do fim especial de agir]. À semelhança da definição portuguesa, também o art. 2º do Decreto-Legislativo n. 74/2000, na Itália, exige apenas o “fine di evadere le imposte sui redditi o sul valore aggiunto” (arts. 3.1, 4.1, 5.1 etc.). Sobre a avaliação geral dessa polêmica envolvendo a natureza da ofensividade nos crimes fiscais, v.: D’Avila (D’AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico**. Coimbra: Boletim da Faculdade de Direito de Coimbra: Coimbra, 2005, p. 326-328). A opção legislativa pelo dano ou pelo risco à ordem tributária é determinante, por exemplo, para o debate envolvendo os efeitos da extinção da punibilidade pelo pagamento e o esgotamento da instância administrativa como condição ao exercício da ação penal.

[56](#) Exemplo interessante pode ser encontrado na tutela penal sobre o meio ambiente: apesar de tais crimes também ostentarem a mesma característica de ofensa a interesses supraindividuais no contexto da fluidez e da transitoriedade da proteção jurídica

globalizada, somente aceitariam uma definição materialmente econômica em razão de serem praticados, normal e principalmente, no âmbito da atividade empresarial. Nesse sentido: García Caveró (GARCÍA CAVERO, Percy. **Derecho Penal Económico. Parte general**. 2. ed. Lima: Grijley, 2007, p. 61-62). Por essa razão é que entendemos pertinente a separação entre crimes econômicos e crimes empresariais – estes, sim, capazes de alcançar os crimes ambientais. Em sentido contrário, pensando que os crimes ambientais também estão inseridos na especialização do DPE: Faria Costa (FARIA COSTA, José de. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 37).

[57](#) Não se está a afirmar, gize-se, que o início da persecução penal pressuponha uma decisão administrativa reconhecendo o ilícito ou que o eventual reconhecimento administrativo da licitude da prática econômica impeça o exercício da jurisdição criminal. Este é um problema processual que não se confunde com a exigência material do ilícito administrativo pressuposto. Para detalhes: Schmidt; Feldens (SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O crime de evasão de divisas: a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p. 229-233).

[58](#) A esse respeito, cf. Faria Costa (FARIA COSTA, José de. **O perigo em direito penal**. Coimbra: Coimbra, 1992, p. 311-312); Mantovani (MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale**. 5. ed. Padova: CEDAM, 2007, p. 184-186); Marinucci; Dolcini (MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità. *In: RIDPP*, Milano: Giuffrè, ano XLII, fasc. 3, lug-set/1999, p. 819-820).

[59](#) A propósito, cf. Padovani (PADOVANI, Tullio. Diritto penale della prevenzione e mercato finanziario. *In: RIDPP*, Milano: Giuffrè, ano XXXVIII, fasc. 3, lug-set/1995, p. 642); Marinucci; Dolcini (MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità. *In: RIDPP*. Milano: Giuffrè, ano XLII, fasc. 3, lug-set/1999, p. 819-820); Bricola (BRICOLA, Otavio. ‘Il diritto penale del mercato finanziario’. *In: AA.VV., Mercato finanziario e disciplina penale*. Milano: Giuffrè, 1993, p. 38-40); Faria Costa (FARIA COSTA, José de. **Direito Penal Económico**. Coimbra: Quarteto, 2003, p. 33-37); García Caveró (2007, p. 127).

2 GESTÃO FRAUDULENTA E TEMERÁRIA DE INSTITUIÇÃO FINANCEIRA: CONTORNOS IDENTIFICADORES DO TIPO

Luciano Feldens

Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; doutor em Direito Constitucional pela Universidad de Valladolid; mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; especialista em Direito Penal pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS; advogado, sócio do escritório Zenkner Schmidt, Poeta & Feldens Advogados Associados.

2.1 Introdução: a redação do art. 4º da Lei n. 7.492/86 e seus perigos¹

O art. 5º, XXXIX, da Constituição Federal dispõe que não há crime sem *lei* (regra da legalidade estrita e escrita) *anterior* (regra da anterioridade) que o *defina* (mandado de determinação taxativa). Nesse último quesito, a redação conferida aos tipos penais em questão deixa muito a desejar. *Gerir fraudulentamente instituição financeira*. É assim que o art. 4º da Lei n. 7.492/86 descreve, textualmente, uma conduta cujos limites objetivos e subjetivos, passados vinte e cinco anos da edição da lei, ainda são imprecisos. E algo é mais do que sabido: toda carga de imprecisão na lei é transferida ao juiz sob a forma de poder interpretativo (FERRERES COMELA, 2002, p. 36), abrindo-se o risco da superação da garantia do *tipo legal* de crime pelo *tipo judicial*.

Hoje por hoje, a inexistência de uma consolidação dogmática em torno ao tipo vem permitindo que sua aplicabilidade se dê, não raramente, mediante um juízo de tipicidade puramente formal. Um descontextualizado juízo de subsunção adquirido a partir do somatório dos significados gramaticais de cada uma de suas elementares: *gerir + fraudulentamente + instituição financeira*. Um juízo deficitário, enfim, que peca por dispensar uma verificação de ofensa (real ou potencial) ao bem jurídico, passando ao largo das razões que justificaram a intervenção jurídico-penal no específico setor. O problema parece acentuar-se quando nos voltamos ao parágrafo único do art. 4º da Lei n. 7.492/86, que criminaliza a gestão *temerária* de instituição financeira, sobretudo se deixamos de analisar a elementar normativa a partir da ambiência econômico-financeira e do respectivo marco regulatório, que estabelece o gerenciamento do risco com referência, inclusive, a padrões internacionais.

Aqui não vamos, entretanto, discorrer sobre vagueza do texto consubstanciado no art. 4º da Lei n. 7.492/86, algo que a doutrina, de modo praticamente unânime, já pontuou. Essa constatação é nosso ponto de partida, motivador de uma recuperação de sentido dos tipos penais. Resgatando o contexto que determinou a edição da lei, e colocando o foco no objeto jurídico a cuja proteção foram criados, temos como propósito estabelecer estruturas delimitadoras dos tipos em questão, conferindo-lhes uma identidade própria, seja para refrear situações de sobreinclusão (*overinclusiveness*) e infrainclusão (*underinclusiveness*) da lei penal, seja para destacá-los das demais infrações penais previstas na própria Lei n. 7.492/86.

2.2 O contexto no qual emergiu a Lei n. 7.492/86: a diagnosticada insuficiência do marco regulatório

extrapenal para conter ações ilícitas ao sistema financeiro nacional

A série de escândalos financeiros ocorrida nos anos 70 obrigaria o Estado a adotar medidas de modo a garantir a normalidade dos mercados e os interesses dos depositantes em instituições financeiras, injetando, nessas instituições, recursos públicos oriundos da arrecadação fiscal. Essa política seria regulamentada pelo Decreto-lei n. 1.342/74, que alterou a Lei n. 5.143/66 (BRASIL, 1966)², cujo art. 12 passaria a contar com a seguinte redação:

“Art. 12. A receita líquida do imposto se destinará à formação de reservas monetárias, as quais serão aplicadas pelo Banco Central do Brasil na intervenção nos mercados de câmbio e de títulos, na assistência a instituições financeiras, particularmente ao Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, e em outros fins, conforme estabelecer o Conselho Monetário Nacional.

§ 1º Em casos excepcionais, **visando a assegurar a normalidade dos mercados financeiro e de capitais ou a resguardar os legítimos interesses de depositantes, investidores e demais credores acionistas e sócios minoritários**, poderá o Conselho Monetário Nacional autorizar o Banco Central do Brasil a aplicar recursos das reservas monetárias:

a) na recomposição do patrimônio de instituições financeiras e de sociedades integrantes do sistema de distribuição no mercado de capitais, referidas nos incisos I, III e IV do artigo 5º da Lei n. 4.728, de 14 de julho de 1965, com o saneamento de seus ativos e passivos;

b) no pagamento total ou parcial do passivo de qualquer das instituições ou sociedades referidas na alínea precedente, mediante as competentes cessões e transferências dos correspondentes créditos, direitos e ações, a serem efetivadas pelos respectivos titulares ao Banco Central do Brasil, caso decretada a intervenção na instituição ou sociedade ou a sua liquidação extrajudicial, nos termos da legislação vigente.

§ 2º Na hipótese da alínea *a* do parágrafo anterior, poderá o Banco Central do Brasil deixar de decretar a intervenção na instituição ou sociedade, ou a sua liquidação extrajudicial, se entender que as providências a serem adotadas possam conduzir à completa normalização da situação da empresa”.

À margem dessa intervenção setorizada, o Estado não dispunha de meios eficazes destinados à responsabilização daqueles que malversavam o dinheiro de terceiros na posição de gestores de uma instituição financeira. A incapacidade de tipificação das condutas no âmbito da Lei n. 1.521/51, e a sentida ineficiência das medidas administrativas previstas na Lei n. 6.024/74, impulsionariam a aprovação do Projeto de Lei n. 273/83, proposto pelo então Deputado Nilson Gibson, cuja exposição de motivos é a comprovação cabal desse cenário:

Justificação

O presente projeto representa velha aspiração das autoridades e do povo no sentido de reprimir com energia as constantes fraudes observadas no sistema financeiro nacional, especialmente no mercado de títulos e valores mobiliários.

Os cofres públicos, em função da preocupação governamental de preservar a confiança no sistema, vêm sendo largamente onerados com verdadeiros escândalos financeiros sem que os respectivos culpados recebam punição adequada, se é que chegam a recebê-la.

A grande dificuldade do enquadramento desses elementos inescrupulosos, que lidam fraudulentamente ou temerariamente, com valores do público, reside na inexistência de legislação penal específica para as irregularidades que surgiram com o advento de novas e múltiplas atividades no sistema financeiro, especialmente após 1964.

[...]

Como a urgência e a gravidade do assunto são do conhecimento não apenas dos parlamentares mas do público em geral, julgamos desnecessárias maiores considerações sobre a necessidade de aprovação deste projeto, apenas registrando que muito nos honrará a habitual e oportuna crítica dos nobres pares, visando o seu aperfeiçoamento.

Sala de Sessões, 1º de março de 1983 – **Nilson Gibson**. (BRASIL, 1983, p. 1018-1019)

Ou seja, a Lei n. 7.492/86 foi proposta e aprovada focando-se, especificamente, na insuficiência da regulação administrativa sobre o setor, que não logrou estancar os abusos gerenciais, sendo recorrente a necessidade de aplicação de enormes recursos na contenção dos efeitos negativos que as manobras fraudulentas e/ou temerárias lançavam ao restante do *sistema*. Aqui se percebe que a intervenção jurídico-penal se entabularia como um instrumento de *reforço de tutela* tendente a assegurar a *normalidade do sistema financeiro*, resguardando os interesses da *coletividade* (depositantes e demais usuários), sua destinatária por disposição constitucional (art. 192 da CF/198).

2.3 O risco sistêmico como horizonte compreensivo do tipo

“[the investors] tend to be aware of the unique fragility of banks. If they perceive a shock to their bank or banks to be sufficiently great to threaten the solvency of those banks, they are likely to withdraw their deposits in anticipation of a default by the banks” (KAUFMAN, 1996, p. 26).

O sistema financeiro nacional serve tanto a superavitários quanto a deficitários. Os primeiros ali investem, encontrando uma remuneração pelo capital aportado; os últimos ali investem, pagando um preço pela possibilidade de terem antecipados os recursos para a realização de seus projetos. Para que isso se concretize, aí estão as instituições financeiras, intermediando essa relação, realocando os recursos de modo a atender os diversos interesses em jogo.

A intermediação financeira tem, assim, a capacidade de aumentar a quantidade de formação de capital (v.g., pelo incentivo à poupança),

possibilitando que grandes somas excedentes sejam redistribuídas, tornando possíveis maiores investimentos, bem como é capaz de propiciar um alargamento no consumo (LOPES; ROSSETTI, 1988, p. 294)³.

Contudo, tendo em vista que determinadas instituições – bancos comerciais – operam de maneira *ilíquida* (SINGER, 2003, p. 52), o funcionamento dessa estrutura depende, em síntese, de que os depositantes, em número excessivamente elevado, não desejem reaver os valores confiados a determinado intermediário financeiro de maneira simultânea, por conta, por exemplo, de uma *perda de confiança* na instituição, da qual pode redundar uma *crise sistêmica*. Conforme Carvalho (2000, p. 321):

A principal externalidade negativa a ser considerada quando se examina a possibilidade de criação de normas regulatórias é a possibilidade de *crises sistêmicas*, fortemente presentes na operação de instituições financeiras, quando obrigações de uma classe de instituição se constituem em ativos de outra, servindo assim como correia de transmissão de choques adversos à primeira. O *contágio* de choques adversos pode se dar, porém, em função de algo ainda mais difícil de controlar, que é a *perda de confiança* do público em alguma classe de instituição, quando uma delas sofre um choque adverso. O fenômeno da corrida bancária, frequente nas primeiras décadas deste século, é talvez a ilustração mais dramática deste fenômeno. Quando se assiste à quebra de um banco, por exemplo, é possível que clientes de outros bancos possam se perguntar se o mesmo não poderia ocorrer com as instituições com que operam. A simples dúvida, neste caso, pode ser fatal, porque pode ser suficiente para que clientes vejam como precaução adequada o saque de seus depósitos, condenando, assim, o resto do sistema à quebra⁴.

Em sentido semelhante, explorando os efeitos de uma *crise sistêmica*, descrevem Demirgüç-Kunt e Detragiache (1998, p. 91):

[...] banking crises disrupt the flow of credit to households and enterprises, reducing investment and consumption and possibly forcing viable firms into bankruptcy. Banking crises may also jeopardize the functioning of the payments system and, by

undermining confidence in domestic financial institutions, they may cause a decline in domestic savings and/or a large-scale capital outflow. Finally, a *systemic crisis* may force sound banks to close their doors⁵.

Quando desencadeada, a contenção da crise exige um complicado processo de múltiplas fases que, seguindo as observações de Kane e Klingebiel (2004, p. 32), pode ser dividido em um momento inicial, no qual as autoridades devem imediatamente refrear a crise, seguido de um período mais longo de reestruturação e mudanças no arcabouço jurídico-financeiro para, a longo prazo, enfrentar as consequências dela derivadas. Desta feita, pelo indiscutível prejuízo acarretado pelas *crises sistêmicas* – com real possibilidade de repercussão direta sobre as patrimonialidades privadas –, justifica-se que as autoridades monetárias se mantenham alertas à sua ocorrência, a partir do termômetro desses eventos catastróficos, qual seja, o *risco sistêmico* (SCHWARCZ, 2008, p. 198).

Apesar de necessárias, as intervenções no mercado financeiro para debelar o *risco sistêmico* (v.g., “socorro financeiro”), mesmo quando bem planejadas e executadas, trazem consigo outros contratempos. Dentre os principais revezes estão a redução da eficiência e da competição bancária, a criação de *moral hazard*⁶, a eventual elevação da inflação e, dependendo da situação cambial do país, ataques especulativos à moeda nacional⁷.

Todavia, se intensa é a preocupação da teoria financeira e dos órgãos de regulação quanto à possibilidade de *risco sistêmico*, intensa também é a discordância acerca de sua definição (DEMIRGÜÇ-KUNT; DETRAGIACHE, 1998, p. 82)⁸. Capelletto, Martins e Corrar (2008, p. 10) englobam em duas frentes as posições existentes acerca do significado do termo *risco sistêmico*: a primeira focada na dimensão de um *choque*, a atingir boa parte da economia, enquanto a segunda busca operar a conceituação a partir da ideia de *sucessividade das perdas*, ideia última que se encontra representada por Kaufman (1995, p. 47):

“systemic or contagion risk is the probability that cumulative losses will occur from a event that sets in motion a series of *sucessive losses* along a chain of institutions or

markets comprising a system. The key word is successive. A loss to player “A” causes a loss to player “B”, which, in turn, causes a loss to player “C” and so on down the chain. That is, systemic risk is the risk of a chain reaction of falling interconnected dominos”⁹.

Nesses termos, o controle do *risco sistêmico* – na perspectiva de uma *perda de confiança* seguida de uma *sucessividade de perdas* – torna-se a maior preocupação dos reguladores dos sistemas financeiros (DEMIRGÜÇ-KUNT; DETRAGIACHE, 1998, p. 82)¹⁰, figurando, também, como o horizonte compreensivo da intervenção jurídico-penal no setor.

Logicamente, o Direito Penal não se ocupa de todas as hipóteses geradoras de *risco sistêmico*, na medida em que este pode advir de uma prática *externa* à gestão da instituição financeira *stricto sensu*, decorrente, por exemplo, do mau desempenho da política econômica¹¹ ou mesmo de uma crise de crédito internacional, com repercussões internas¹². O tipo penal do art. 4º da Lei n. 7.492/86 exige que o efeito *risco sistêmico* seja ocasionado a partir de uma gestão – em todo o caso fraudulenta ou temerária – *na própria* instituição financeira.

2.4 O bem jurídico e sua esfera de manifestação

2.4.1 A significativa possibilidade de afetação do bem jurídico como resultado típico

Uma primeira consideração dogmática em torno dos tipos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira diz respeito à sua alocação na categoria dos crimes de perigo abstrato. É o *risco* de dano (perigo) ao sistema financeiro nacional o fundamento do delito, requisito necessário para que a conduta adquira contornos típicos. Bem entendido que isso não implica a transformação do delito à categoria de perigo concreto. Sob a égide do princípio da *ofensividade* – consoante delineado por D’Ávila (2005, p. 160-174) – sequer os delitos de perigo abstrato podem subsistir

sem ao menos uma *possibilidade não insignificante de lesão ao bem jurídico*. O resultado, em tais hipóteses, consiste na criação de uma *situação de instabilidade na esfera de manifestação do bem jurídico*, ou seja, um resultado eminentemente normativo, mas, nem por isso, menos representativo de uma concreta *situação de desvalor*.

O ilícito-típico de perigo abstrato se satisfaz, assim, com a interferência na esfera de manifestação do bem jurídico, representando, a conduta, uma “significativa possibilidade de sua afetação” (D’ÁVILA, 2005, p. 160-174).

Considerado o bem jurídico a cuja tutela estão dispostos os delitos em questão, importa-nos identificar em que dimensão se poderia verificar essa significativa possibilidade de afetação, a efeito de legitimar um juízo de tipicidade penal.

2.4.2 Instituição financeira enquanto elementar do tipo e esfera de manifestação do bem jurídico: critérios de identificação

Estruturalmente, o sistema financeiro nacional é um complexo formado pelas diversas instituições financeiras, cada qual representativa de uma parte desse todo. Cada uma dessas instituições seria, em princípio, uma esfera de manifestação do bem jurídico, se considerada a conectividade do sistema financeiro nacional.

Entretanto, não será qualquer ato ilícito praticado em qualquer instituição financeira que encontrará aptidão a ocasionar uma situação de risco hábil a colocar em xeque a normalidade do funcionamento do mercado financeiro e de capitais, trazendo reação de depositantes e investidores.

A grande justificativa para a regulação estatal (administrativa ou penal) é a real possibilidade de que atos fraudulentos ou temerários tomados na gestão de uma instituição financeira levem à *perda da confiança* dos depositantes, ocasionando *corridas bancárias* e a subsequente *insolvência* de uma instituição financeira, e assim sucessivamente, através de uma reação em cadeia (*efeito dominó*) (KAUFMAN, 1995, p. xiii-xiv).

Impõe-se-nos, pois, aplicar redutores teleológicos (corretivos dogmáticos) no desiderato de conferir ao tipo uma identidade própria, o que agrega coerência interna na própria lei e minimiza os recorrentes problemas quanto ao âmbito de aplicação de suas figuras penais, por vezes dispostas em situação de conflito aparente.

2.4.2.1 Instituição financeira típica e regular (autorizada a operar)

A primeira implicação da base teórica recém alinhavada é a consideração segundo a qual a elementar “instituição financeira”, exigida pelo art. 4º da Lei n. 7.492/86, não pode ser vista como um elemento meramente descritivo do tipo, mas normativo, impondo-se, *no caso dos delitos em questão*, uma restrição do alcance do art. 1º dessa Lei. A razão disso está na potencialidade da geração do resultado típico, considerada a esfera de manifestação do bem jurídico.

Assim, é importante não confundir qualquer sociedade anônima que negocie seus papéis em bolsa com uma instituição financeira. Isso porque no mercado de valores mobiliários o fluxo dos recursos se dá diretamente, à diferença do que ocorre no mercado financeiro propriamente dito, no qual o intermediário financeiro posiciona-se entre os polos da relação econômica (SALGADO, 2009, p. 385).

Outrossim, a tipicidade do art. 4º da Lei n. 7.492/86 não inclui “instituições financeiras” não autorizadas a operar pela autoridade central, as quais, se manejadas, podem ensejar a aplicação do art. 16 da Lei n. 7.492/86. A jurisprudência, com acerto, parece consolidar-se nesse sentido, sendo exemplar o seguinte excerto:

A ideia de incriminação instituída pela Lei n. 7.492/86 levou em conta, de um lado, crimes praticados por agentes financeiros regulares e, de outro, por instituições que, sem a autorização de funcionamento, invadem o mercado com a finalidade de realizar negócios escusos e contrários à higidez do sistema. Nesse pé, o tipo do crime de “gestão fraudulenta de instituição financeira”, representando o ato pelo qual o gestor, o diretor, o administrador da empresa atua contra os interesses do patrimônio dos investidores e clientes, bem assim, contra o próprio sistema financeiro, pressupõe a

existência de empresa ou pessoa habilitada a atuar de forma legal, não se aplicando, por certo, aos agentes clandestinos, pois estes estão compreendidos no tipo do art. 16 da Lei n. 7.492/86¹³.

Sem embargo, a instituição financeira autorizada a operar como tal, que o faça, entretanto, além dos limites permitidos, submete-se à normatividade do art. 4º da Lei n. 7.492/86.

Por certo, também não haverá possibilidade de *risco sistêmico* ante uma pretensa fraude praticada por agiota (que use recursos de terceiros), por uma casa de bingo, de apostas ou por uma organização que intermedeie “investimentos” no tráfico de drogas ou de armas. Essas “instituições”, em que pese possam ser subsumidas na amplíssima redação do art. 1º da Lei n. 7.492/86, não guardam qualquer relação com toda base teórica exposta; pelo contrário, a desconfiança e os riscos inerentes a esse tipo de “investimento” são os principais motivos que reduzem o seu aporte de capital.

O mesmo se pode dizer de instituições com limites operacionais nitidamente reduzidos, como, por exemplo, operadoras de turismo e os meios de hospedagem de turismo (liberados para efetuarem operações de câmbio caso possuam autorização específica do Banco Central – RMCCI¹⁴, Título 1, Capítulo 2, itens 3 e 5); em que pese virtualmente subsumidas no conceito de instituição financeira esculpido pelo art. 1º da Lei n. 7.492/86, não se constituem como uma esfera de manifestação do bem jurídico para efeitos de enquadramento no âmbito do art. 4º da Lei n. 7.492/86.

2.4.2.2 A relevância econômico-financeira da instituição

A *relevância econômico-financeira da instituição financeira* revela-se como um critério materialmente necessário à constatação de uma concreta situação de risco, apta a causar ofensa ao bem jurídico protegido nos delitos do art. 4º da Lei n. 7.492/86. As circunstâncias nas quais essa relevância se apresenta podem ser resumidas àquelas nas quais a instituição financeira se demonstrar “*Too big to fail*”¹⁵, “*Too many to fail*”¹⁶ e “*Too*

*[inter]connected to fail*¹⁷, variáveis que aqui funcionam como critérios plenamente afirmativos da relevância econômico-financeira da instituição.

2.4.2.2.1 Too big to fail

A primeira e principal das formas pelas quais uma instituição financeira pode ocasionar o risco de contágio acima referido é por sua dimensão considerado o patamar de investimentos e de investidores que agrega em seu entorno.

Segundo Kaufman (2003, p. 423), a expressão “*Too big to fail*” ficou conhecida no ano de 1984, quando o *Continental Illinois National Bank and Trust Company*, à época o sétimo maior banco dos Estados Unidos e o maior em número de interconexões bancárias, tornou-se insolvente.

Conforme narra Hetzel, a instituição investira em opções extremamente arriscadas, que lhe permitiram crescer muito rapidamente. Nessa oportunidade, a instituição possuía apenas dez por cento de seus depósitos segurados pelo FDIC (*Federal Deposit Insurance Corporation*). Todavia, o órgão governamental, temendo que a quebra do *Continental Illinois* viesse a comprometer a segurança do mercado, manteve o banco funcionando através da aquisição de grande número de ações da *holding* (HETZEL, 1991, p. 6-7).

Esse tipo de operação, geralmente alcunhada de *bailout*¹⁸, e característica dos escândalos ocorridos nas décadas de 70 e 80, embora muitas vezes necessária, acaba se convertendo em “benefício” aos gestores que malversaram o dinheiro alheio, em detrimento, normalmente, do contribuinte que deve arcar com o custo da operação (SHILLER, 2008, p. 88-89). Todavia, seu maior revés é o vício que acaba legitimando operações cada vez mais arriscadas e instituições mais ineficientes, porquanto sempre se esperará uma nova operação de resgate da autoridade monetária (MISHKIN, 1995, p. 40).

2.4.2.2.2 Too many to fail

A quantidade de instituições financeiras de médio porte submetidas a um funcionamento irregular ou mesmo fraudulento também pode conduzir a um resultado igualmente amplificado sobre o sistema financeiro, na medida em que a menor dimensão de depositantes e ativos gerenciados é compensada pela aglomeração formada pelo seu conjunto. Assim, por exemplo, uma desastrada política de crédito exercida homogeneamente por um número considerável de instituições habilita-se a impactar o sistema de modo bastante similar ao resultado decorrente dessa ação na estrutura de uma instituição financeira de elevadas dimensões. O requisito da relevância econômico-financeira estará cumprido, em tais circunstâncias, não pela instituição separadamente considerada, mas pela soma daquelas envolvidas nas ações fraudulentas ou temerárias.

2.4.2.2.3 *Too (inter)connected to fail*

Após os episódios envolvendo a seguradora norte-americana AIG e o banco Bear Stearns, ganhou voga a expressão *Too (inter)connected to fail*¹⁹, que diz respeito à quantidade de vínculos financeiros que determinada instituição possua com o restante do mercado; por isso, sua quebra torna-se igualmente preocupante.

Consoante Chan-Lau (2010), enquanto a problemática envolvendo aquelas instituições que consideradas *Too big to fail* pode ser controlada a partir da imposição de limites às suas atividades, o mesmo não é possível com aquelas *Too (inter)connected to fail*”, circunstância que apresenta desafios muito maiores.

Assim, uma instituição isolada, ainda que não se amolde a uma das situações descritas anteriormente, poderá qualificar-se como “instituição financeira”, para fins do art. 4º da Lei n. 7.492/86, caso reste evidenciado que, por suas conexões societárias ou contratuais, habilita-se a colocar em risco a normalidade do funcionamento do sistema financeiro nacional.

2.4.3 Conclusão parcial

Diante das premissas acima alinhavadas, demonstra-se, até mesmo intuitivamente, que tão distante desse horizonte compreensivo do tipo (*risco sistêmico*, na perspectiva de uma *perda de confiança* e seus conseqüências lógicas) está uma fraude ou temeridade de certa monta praticada em uma instituição inexpressiva quanto uma fraude ou temeridade inexpressiva praticada em uma instituição economicamente relevante.

Precisamente em relação aos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira, é a *possibilidade real de geração do risco sistêmico* o critério determinante à verificação de ofensa ao bem jurídico e, por conseguinte, à constatação de um juízo positivo de tipicidade no âmbito do art. 4º da Lei n. 7.492/86. Assim, e em resumo, podemos concluir que cada instituição financeira *típica, regular* (autorizada a operar) e investida de *relevância econômico-financeira* traduz-se em um ambiente de manifestação do bem jurídico tutelado.

Colocada a questão em termos tais, esclareça-se: o tipo não reclama uma situação de ofensa (perigo) ao sistema financeiro nacional em sua inteireza estrutural; porém, tampouco se contenta com ilicitudes gerenciais praticadas em instituições que, em face de sua limitada (baixa) capacidade operacional, ausência de conectividade ao sistema financeiro ou inexpressividade econômica, não teriam aptidão a gerar uma *significativa possibilidade de afetação* do bem jurídico.

2.5. Elementares do tipo analisadas no contexto do horizonte compreensivo do delito

2.5.1 A acepção normativa do verbo *gerir*

O vocábulo *gerir/gestão*, desde a edição do Decreto n. 869/38²⁰, sempre foi entendido como um indicador de crime próprio de administradores de institutos de economia popular. Em tempos atuais, e porque precisamente

assim determina o art. 25 da Lei n. 7.492/86, a amplitude subjetiva do verbo contempla a ação de gerentes e diretores de instituição financeira. Cabe observar, entretanto, que esses devem ser assim reconhecidos não pelo *crachá* que ostentem, mas pelo efetivo poder de mando e direção que desempenhem. Nesse tom, os chamados “gerentes de contas”, quando inabilitados à realização de operações fora do padrão predeterminado (sempre submetidas à avaliação superior), não se enquadram no espectro subjetivo do tipo, sem prejuízo de que suas ações recebam censura penal sob dispositivos diversos. Sem embargo, não se desconhece a hipótese – em todo o caso geral, e aplicável inclusive a terceiros que estejam fora dos quadros da instituição financeira – de figurarem como partícipes dos delitos do art. 4º da Lei n. 7.492/86, na medida em que funcionem como cúmplices, indutores ou instigadores da ação delituosa.

Sob a perspectiva objetiva, há se vincular o verbo nuclear ao universo de atos praticados pelos gestores enquanto tais, ou seja, atos de gerência ou direção tomados *na* própria instituição. A respeito, surgiu uma discussão quanto ao alcance do verbo “gerir”, notadamente se exigente, ou não, de reiteração de condutas. Silva (1999, p. 48), buscando conceituá-lo no contexto do tipo, assim concluiu:

O referido núcleo, gerir, é predicado verbal de natureza habitual, evidenciando condutas reiterativas, repetitivas no tempo e no espaço. Gerir, significando administrar, reger e governar não se consuma com apenas um ato de gestão, de gerência, de administração ou de governo, exige, necessariamente, uma sucessão de atos apreciáveis num determinado contexto e lapso temporal. E para que se infira ser a gestão fraudulenta ou temerária, necessário se faz cotejar esses atos no bojo de uma administração, gerência ou regência.

Essa interpretação afastaria dos domínios do tipo uma ação gerencial fraudulenta pelo exclusivo fato de sua unicidade, a despeito de haver-se

atingido, a partir dela, o resultado típico (perigo), o que não parece razoável. O problema, pois, parece ser outro, e reside no plano fático: a dificuldade *concreta* de que um único ato de gestão propicie a situação de perigo requerida pelo tipo.

Nesse particular, em que pesem respeitáveis posicionamentos em sentido contrário v.g. Tórtima (2000, p. 52), Breda (2002, p. 101), Baltazar Junior (2008, p. 331-332) e Mazloum (2007, p. 85), pensamos estar melhor colocada a questão nos termos em que defendidos por Tigre Maia (1996, p. 58), quando aponta que esses delitos seriam acidentalmente habituais, a permitirem que um ato isolado possa, em tese, configurar a infração, sem que sua recorrência implique uma pluralidade de delitos. Reitere-se, entretanto: o que desejamos acentuar é que a análise sobre a existência de uma *gestão*, a efeitos de encontrar identidade no verbo nuclear da figura típica, deve repousar sobre a ação fática, independentemente de sua possível ou impossível atomização. Isso não afasta a necessidade de encontrar na ação humana fraudulenta ou temerária, unitária ou não, uma aptidão à geração de uma real possibilidade de afetação do bem jurídico. Sob tais circunstâncias, embora não desconsiderável a hipótese, muito dificilmente uma ação unitária teria o condão de angariar tipicidade penal.

2.5.2 Os elementos normativos *fraudulentamente* e *temerária*

2.5.2.1 *Fraude e temeridade como violações da confiança*

Consoante observado acima, é a *confiança* depositada pelo restante dos participantes do mercado que permite às instituições financeiras, notadamente os bancos, operarem de maneira ilíquida. Além disso, foi devidamente mencionado o impacto destrutivo que o abalo dessa confiança pode trazer, levando à ocorrência das *corridas bancárias*, evento ocorrido nas décadas anteriores e um dos principais temores das autoridades monetárias.

Confiança é um conceito sobre o qual adquirimos determinado grau de compreensão através do senso comum (GAMBETTA, 1992, p. 401). Uma das primeiras abordagens analíticas acerca desse importante conceito foi realizada por Luhmann (1996, p. 5, 39-40), para quem a *confiança* teria o papel de *reductor de complexidade*, que nos permitiria agir racionalmente diante de infindáveis escolhas possíveis aliadas a necessidades imediatas de ação, as quais, sem a presença desse sentimento, levariam à insuportabilidade do próprio convívio social. Sob esse aspecto, a *confiança* genericamente cumpriria o papel de fornecer *guias* ou, como prefere Barber (1983), *mapas de expectativas*, viabilizando os contatos sociais contínuos, bem como a sua ordenação.

No caso do sistema financeiro, essa expectativa de confiança repousa sobre aqueles que dirigem os recursos aportados às instituições financeiras. Os intrincados regramentos financeiros, as complexas operações envolvidas, a contabilidade monumental tornam impossível à maioria dos usuários dos serviços financeiros o seu controle através de conhecimentos científicos, motivo pelo qual é confiado aos gestores.

As fraudes são, historicamente, uma das maiores razões pelas quais bancos se tornaram insolventes e uma das formas mais graves de rompimento da *confiança*, liame do qual, segundo já observado, depende todo o sistema financeiro (KAUFMAN, 2000, p. 85). Também assim, a atuação conscientemente irresponsável do gestor, desalinhada dos parâmetros que norteiam o gerenciamento dos riscos estabelecidos pelas autoridades administrativas, ou pela regulamentação interna da própria instituição financeira, pode levar a um rompimento da confiança, trazendo abalo ao setor.

Nesse contexto, as elementares *fraudulentamente* e *temerária* devem ser, a exemplo das demais elementares do tipo, caracterizadas como tais no horizonte compreensivo dos delitos, agregando tipicidade ao art. 4º da Lei n. 7.492/86 na medida em que forem aptas a violar a confiança dos

depositantes, desencadeando a situação de risco requerida como resultado típico.

2.5.2.2 Gestão fraudulenta: a fraude como elemento necessário, porém insuficiente à configuração típica

A economicidade legislativa que paira sobre o art. 4º da Lei n. 7.492/86 poderia ensejar, em leitura descomprometida, que o tipo objetiva a *punibilidade da fraude pela fraude*, operada na gestão de uma instituição financeira, o que não se pode aceitar.

Embora a fraude seja elemento do delito, este não se esgota *na* fraude, senão que requer um resultado por ela intermediado. Assim o é na tradição do Direito Penal brasileiro, no qual a fraude está historicamente associada a um evento (real ou potencial) a ela externo (v.g., arts. 155, § 4º, 171, 179, 203, 215, 227, 230, 299, 306, 307, 334, 337-A, todos do Código Penal).

A fraude não é *per se* relevante dentro do horizonte compreensivo do tipo (*risco sistêmico*). Apenas o será quando, pela sua gravidade, for capaz de gerar uma desconfiança em relação ao funcionamento da instituição, apta a trazer a reação dos depositantes, que assim se veriam estimulados a romper os vínculos existentes com essa instituição e abster-se de realizar novos negócios.

Assim, por exemplo, uma específica apropriação fraudulenta de valores de determinado cliente, praticada pelo gerente “X” da instituição financeira “Y”, não leva, por si só, ao resultado requerido pelo tipo do art. 4º da Lei n. 7.492/86. Outras figuras típicas estão, na mesma lei, predispostas a fazer frente a ilicitudes em menor extensão (v.g., arts. 5º, 6º, 7º, 9º, 10 e 11).

2.5.2.3. Gestão temerária: o necessário recurso ao marco regulatório

São conhecidos os problemas decorrentes do tipo penal de gestão temerária de instituição financeira (art. 4º, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86), principalmente diante das diversas construções de sentido em

torno do elemento subjetivo do tipo (dolo direto, eventual – ou culpa) e, também, diante de sua extrema abertura textual.

Deve-se, inicialmente, afastar seu entendimento enquanto um delito de dolo eventual. Essa interpretação é diretamente extraída da doutrina que estudava a Lei n. 1.521/51, uma vez que, sob a égide da Lei de Economia Popular, o termo “temerariamente” era mero indicador de dolo eventual (OLIVEIRA, 1952, p. 154), dependente do resultado para complementar seu sentido (o resultado definia o risco que o agente assumia). Todavia, a remoção do “resultado material” do crime, na versão final do projeto que logrou aprovação, determinou a insustentabilidade dessa posição, porquanto implicaria que o significado do tipo resumir-se-ia a gerir uma instituição financeira com “dolo eventual genérico”, criação sem qualquer sentido. O dolo é, pois, direto²¹.

Outrossim, ante a vagueza da redação do tipo, já houve robusto pronunciamento judicial acerca de sua inconstitucionalidade²², por ofensa ao mandado constitucional de determinação taxativa (art. 5º, XXIX, da CF/88). A nosso ver, a *única* maneira de *salvar* o delito passaria por compreender que a ilicitude penal está, no caso, *estritamente vinculada* às diretrizes fixadas pela autoridade administrativa no gerenciamento do potencial de risco admitido na gestão de uma instituição financeira.

Haveremos, assim, de vislumbrar a elementar *temerária* como um elemento normativo, para cuja adjudicação de sentido se faz necessário o recurso ao marco regulatório específico, sobretudo porque traduz uma valoração negativa de conduta que, antes de pertencer ao mundo do Direito, assenta-se como tal no âmbito do mercado financeiro. Não se trata, pois, de um juízo que se possa fazer sem a mediação ou, pelo menos, sem o auxílio das diretrizes administrativas (econômico-financeiras) que visam a limitar o risco das diversas operações realizadas no âmbito das instituições financeiras.

Apenas para exemplo, é o Banco Central do Brasil que determina que as instituições financeiras cumpram limites de riscos previstos nos *Acordos de Basileia* (I e II), que uniformizaram, em linhas gerais, a administração de riscos do sistema financeiro internacional dos países signatários (FERNANDES, 2006, p. 319).

Após *Basileia I*²³, o Conselho Monetário Nacional regulamentou os limites mínimos de capital realizado e patrimônio líquido para instituições financeiras, no objetivo de adequar o mercado financeiro aos padrões de solvência e liquidez internacionais (Resolução CMN 2.099/2004). Segundo Fortuna (2005, p. 699-700), essa Resolução, em seus quatro anexos²⁴, consolidou a mais importante mudança realizada no mercado financeiro até então, dentro dos últimos 30 anos.

Paralelamente, a autarquia monetária atua como autoridade normativa, estabelecendo padrões mínimos de capital e de limites operacionais, assim como os procedimentos aplicáveis aos casos de descumprimento (Resolução CMN 3.398/2006). No mesmo tom, e também exemplificativamente, o Banco Central estabelece diretrizes e vedações específicas acerca do gerenciamento do risco de crédito, limitando a exposição da instituição por cliente (Resolução CMN 2.844/2001) e vedando as instituições financeiras de realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos, e conceder crédito ou adiantamento sem a constituição de um título adequado, representativo da dívida (Resolução CMN 1.559/1998 e Resolução CMN 3.258/2005).

Apenas no que concerne à *Basileia II*, a normatização decorrente abrange critérios de regulamentação *a priori* inatingíveis para os operadores do Direito, versando, exemplificativamente, sobre:

- a) o Patrimônio de Referência Exigido (Resolução CMN 3.490/2007);

b) o descumprimento dos padrões mínimos de capital e limites (Resolução CMN 3.398/2006);

c) a classificação contábil na transferência de ativos (Resolução CMN 3.533/2008);

d) a retenção dos riscos na transferência de ativos (Carta-Circular BACEN 3.361/2008);

e) o controle do risco de liquidez (Circular BACEN 3.393/2008);

f) a apuração de limites e padrões mínimos (Circular BACEN 3.398/2008);

g) o Demonstrativo de Risco de Mercado Mensal (Carta-Circular BACEN 3.376/2009);

h) o Demonstrativo do Risco de Liquidez (Carta--Circular BACEN 3.374/2009);

i) o Demonstrativo de Limites e Padrões Mínimos (Carta-Circular BACEN 3.415/2009);

j) o Demonstrativo do Risco de Mercado Diário (Carta-Circular BACEN 3.331/2008);

k) a Estrutura de Gerenciamento do Risco Operacional (Resolução CMN 3.380/2006);

l) a Estrutura de Gerenciamento do Risco de Crédito (Resolução CMN 3.721/2009);

m) a Estrutura de Gerenciamento do Risco de Mercado (Resolução CMN 3.464/2007);

n) critérios para Classificação na Carteira de Negociação (Circular BACEN 3.354/2007);

o) a mensuração do Risco de Taxas de Juros (Circular BACEN 3.365/2007);

p) limites de Exposição Cambial (Resolução CMN 3.488/2007) etc.

Tudo a indicar, enfim, que não será o juiz, salvo melhor juízo, a estabelecer *contracritérios* – ou *metacritérios* – ditando padrões de atuação

distintos daqueles fixados pela autoridade competente e encarregada, em primeira mão, de resguardar o regular funcionamento do sistema financeiro nacional.

Ainda assim, embora elemento necessário, a violação à regra administrativa não seria requisito suficiente à afirmação de um juízo de tipicidade penal, sempre carente da verificação de outros elementos à luz do caso concreto; sobretudo, a análise quanto à significativa possibilidade de afetação do bem jurídico.

2.6 Considerações finais

Cooter e Ulen (1998, p. 18-19) já pontuavam que os juristas deveriam aprender algo de economia e os economistas, aprender algo de Direito, porquanto Direito e Economia são sistemas em alguma medida autorreferentes, mostrando-se determinante ao e/ou determinado pelo outro. Certo é que ambos estão vinculados à política e nosso objeto de análise não admite o desprezo a esse contexto. Um contexto em que a política criminal, se não está *a serviço* das políticas econômicas (monetária, cambial, fiscal), tampouco guarda absoluta independência em relação a elas²⁵.

Por essa razão, o Direito Penal, ao interpenetrar o ambiente econômico-financeiro, parece não haver como prescindir dos motivos determinantes da regulação do específico setor, considerada sua lógica de funcionamento, os riscos que lhe são inerentes e as ameaças que o cercam, um passo absolutamente necessário ao dimensionamento da zona de (i)licitude penal.

No âmbito do art. 4º da Lei n. 7.492/86, há de se manter essas pontes de conexão; a indeterminabilidade acerca da real amplitude do tipo penal, em face de sua concisa redação, exige, pelo menos, que a compreensão de suas elementares esteja integralmente orientada aos motivos que justificaram a criação dos delitos em questão, os quais têm na significativa possibilidade de dano (geração de *risco sistêmico* na perspectiva de uma

perda de confiança apta a trazer a reação dos depositantes) a precisa situação de ofensa ao bem jurídico, resultado este inegociavelmente requerido pelo tipo.

Afigura-se-nos seja esse um caminho necessário a alcançar a almejada pretensão de eficiência do sistema jurídico-penal. Um sistema que não pode barganhar – ou, pelo menos, não pode barganhar legitimamente – um superávit de eficiência à custa da relativização de garantias fundamentais²⁶.

REFERÊNCIAS

ACHARYA, Viral V.; YORULMAZER, Tanju. Too many to fail – An analysis of time-inconsistency in bank closure policies. **Journal of financial intermediation**. Amsterdam, v. 16, n. 1, p. 1-31, jan. 2007.

ACKERMANN, Josef. The subprime crisis and its consequences. **Journal of Financial Stability**. Amsterdam, v. 4, n. 4, p. 329-337, dec. 2008.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

BARBER, Bernard. Reviewed work(s): Trust: Making and breaking cooperative relations, by Diego Gambetta. **Contemporary sociology**. Washington: American Sociological Association, v. 21, n. 3, p. 401-402, may 1992.

_____. **The logic and limits of trust**. New Brunswick: Rutgers University Press, 1983.

BARTHOLOMEW, Philip F.; WHALEN, Gary W. Fundamentals of systemic risk. In: KAUFMAN, George G. **Banking, financial markets, and systemic risk** (research in financial services: private and public police). Greenwich e London: Jai Press, 1995, p. 3-17.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano, **Crimes contra o sistema financeiro nacional & mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010.

BRASIL. **Diário do Congresso Nacional**. Seção I, 25 de março de 1983, p. 1018-1019.

BRASIL. **Decreto n. 869, de 18 de novembro de 1938**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=28104>>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. **Lei n. 5.143, de 20 de outubro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5143.htm>. Acesso em: 19 out. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 897.656, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, Brasília, j. em 11-12-2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaelectronica/ita.asp?registro=200602364530&dt_publicacao=19/12/2008>. Acesso em: 19 out. 2010.

BREDA, Juliano. **Gestão fraudulenta de instituição financeira e dispositivos processuais da Lei n. 7.492/86**. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

CAMPOS, Francisco. A lei de proteção à economia popular. *In*: LYRA, Roberto. **Crimes contra a economia popular: doutrina, legislação e jurisprudência**. Rio de Janeiro: Jacinto, p. 84-90, 1940.

CAPELLETTO, Lucio Rodrigues; MARTINS, Eliseu; CORRAR, Luiz João. Mensuração do risco sistêmico no setor bancário com variáveis contábeis e econômicas. **Banco Central do Brasil – trabalhos para discussão**. Brasília, v. 169, p. 1-50, jul. 2008.

CARRION, Thiago. **Gestão fraudulenta de instituição financeira: texto e contexto normativos**. Dissertação (Mestrado em Ciências Criminais) – Faculdade de Direito, Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul, 2010.

CARVALHO, Fernando J. Cardim de *et al.* **Economia monetária e financeira: teoria e política**. Rio de Janeiro: Campus, 2000.

CHAN-LAU, Jorge A. Regulatory capital charges for too-connected-to-fail institutions: A practical proposal. **International Monetary Fund Working Paper n. 10/98**. Washington, apr. 2010, disponível em: <<http://www.imf.org/external/pubs/ft/wp/2010/wp1098.pdf>>. Acesso em: 31 jul. 2010.

COOTER, Robert; ULEN, Thomas, **Derecho y economía**. México: Fondo de Cultura Económica, 1998.

D'AVILA, Fabio Roberto. **Ofensividade e crimes omissivos próprios** (contributo à compreensão do crime como ofensa ao bem jurídico). Coimbra: Coimbra, 2005.

DAVIS, E. Philip. **Debt, financial fragility and systemic risk**. "Paperback" ed. New York: Oxford University Press, 1995.

DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; DETRAGIACHE, Enrica. The determinants of banking crises in developing and developed countries. **Staff papers of the International Monetary Fund**. Washington, v. 45, n. 1, p. 81-109, mar. 1998.

EISENBEIS, Robert A. Systemic risk: bank deposits and credit. *In*: KAUFMAN, George G. **Banking, financial markets, and systemic risk** (Research in financial services: private and public police). Greenwich e London: Jai Press, p. 55-86, 1995.

FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008.

FELDENS, Luciano; CARRION, Thiago. A estrutura material dos delitos de gestão fraudulenta e temerária de instituição financeira. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, v. 86, p. 170-200, 2010.

FERNANDES, Antônio Alberto Grossi. **O sistema financeiro nacional comentado**. São Paulo: Saraiva, 2006.

FERRERES COMELA, Víctor, **El principio de taxatividad en materia penal y el valor normativo da jurisprudencia**. Madrid: Civitas, 2002.

FORTUNA, Eduardo, **Mercado financeiro – produtos e serviços**. 16. ed., Rio de Janeiro: Qualitymark, 2005.

GAI, Prasanna; JENKINSON, Nigel; KAPADIA, Sujit. Systemic risk in modern financial systems: analytics and policy design. **The journal of risk finance**. New York, v. 8, n. 2, p. 156-165, 2007.

GAMBETTA, Diego. Can we trust trust? *In*: GAMBETTA, Diego (ed.). **Trust: making and breaking cooperative relations**. Ed. Paperback. Oxford, GBR: Basil Blackwell, p. 213-237, 1990.

HETZEL, Robert L. Too Big to Fail: origins, consequences, and outlook. **Economic Review**. Richmond, v. 77, n. 6, p. 3-15, nov./dec. 1991.

HUNGRIA, Nelson. **Dos crimes contra a economia popular e das vendas a prestações com reserva de domínio**. Rio de Janeiro: Jacinto, 1939.

KANE, Edward J.; KLINGEBIEL, Daniela. Alternatives to blanket guarantees for containing a systemic crisis. **Journal of financial stability**, Amsterdam, v. 1, n. 1, p. 31-63, sept. 2004.

KAUFMAN, George G. **Research in financial services: private and public police: banking, financial markets, and systemic risk**. Greenwich e London: Jai Press, p. xiii-xiv, 1995.

_____. *Comment on systemic risk*. In: KAUFMAN, George G. **Research in financial services: private and public police: banking, financial markets, and systemic risk**. Greenwich e London: Jai Press, p. 47-52, 1995.

_____. Bank failures, systemic risk, and bank regulation. **The Cato journal**. Washington/DC, v. 16, n. 1, p. 17-45, Spring/Summer 1996.

_____. Banking and currency crisis and systemic risk: a taxonomy and review. In: **Financial Markets, Institutions & Instruments**. New York, v. 9, n. 2, p. 69-131, may 2000.

_____. Too big to fail in banking: What remains? **The quarterly review of economics and finance**. Amsterdam, v. 42, n. 3, p. 423-436, autumn 2003.

KOTOWITZ, Y. Moral Hazard. In: EATWELL, John (ed.); MILGATE, Murray (ed.); NEWMAN, Peter. **The new Palgrave: a dictionary of economics**. London: Macmillan, v. 3, p. 549-551, 1998.

LUHMANN, Nikklas. **Confianza**. Tradução de: Amanda Flores e Darío Rodríguez Mansilla. Barcelona: Anthropos. 1996.

LUNDBERG, Eduardo Luís. Saneamento do sistema financeiro: a experiência brasileira dos últimos 25 anos. In: SADDI, Jairo (org.). **Intervenção e liquidação extrajudicial no sistema financeiro nacional: 25 anos da Lei n. 6.024/74**. São Paulo: Textonovo, p. 53-70, 1999.

LOPES, João do Carmo; ROSSETTI, José Paschoal. **Economia monetária**. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 1988.

LORETAN, Mico. Economic models of systemic risk in financial systems. **North American journal of economics & finance**. Greenwich e London, v. 7, n. 2, p. 147-152, 1996.

LYRA, Roberto. **Criminalidade econômico-financeira: introdução**. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MAZLOUM, Ali. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei n. 7.492/86 doutrina e jurisprudência**. São Paulo: Célebre, 2007.

MISHKIN, Frederic S. Comment on systemic risk. *In*: KAUFMAN, George G. **Banking, financial markets, and systemic risk** (research in financial services: private and public police). Greenwich e London: Jai Press, p. 31-45, 1995.

NIETO, Alejandro. **El arbítrio judicial**, Barcelona: Ariel Derecho, 2000.

OLIVEIRA, Elias de. **Crimes contra a economia popular e o júri tradicional** (doutrina, jurisprudência e legislação). Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952.

PAULSON, Jr., Henry M. **À beira do abismo financeiro – a corrida para salvar a economia global do colapso**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010.

SALGADO, Daniel de Resende. Do investimento coletivo ao crime contra o sistema financeiro nacional. **Revista dos Tribunais**. São Paulo, n. 884, p. 383-411, jun. 2009.

SAUNDERS, Antony. **Administração de instituições financeiras**. 2. ed. Trad. Antonio Zoratto Sanvicente. São Paulo: Atlas, 2000.

SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O crime de evasão de divisas – a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SCHWARCZ, Steven L. Systemic risk. **The Georgetown law journal**. Washington, v. 97, n. 1, p. 193-249, nov. 2008.

SHILLER, Robert. J. **The subprime solution**. Princeton e Oxford: Princeton University, 2008.

SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. **Crimes de colarinho branco**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SINGER, Paul. **Para entender o mundo financeiro**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003.

SORAL, H. Bartu; ISCAN, Talan; HEBB, Gregory. Fraud, banking crisis, and regulatory enforcement: evidence from micro-level transactions data. **European journal of law and economics**. Dordrecht, v. 21, n. 2, p. 179-197, apr. 2006.

TABAK, Benjamin M.; STAUB, Roberta B. Assessing financial instability: The case of Brazil. **Research in International Business and Finance**. Amsterdam, v. 21, n. 2, p. 188-202, june 2007.

TOBIN, James. Financial intermediaries. *In*: EATWELL, John (ed.); MILGATE, Murray (ed.); NEWMAN, Peter. **The new Palgrave: a dictionary of economics**. London: Macmillan, v. 2, p. 340-348, 1998.

TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei n. 7.492/86**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

1 O presente ensaio corresponde, em suas ideias essenciais, ao estudo realizado em coautoria com Thiago Carrion, ainda pendente de publicação, no âmbito do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS.

2 BRASIL. **Lei n. 5.143, de 20 de outubro de 1966**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L5143.htm>. Acesso em: 19 out. 2010.

3 No mesmo sentido, cf. Saunders (SAUNDERS, Antony. **Administração de instituições financeiras**. 2. ed. Trad. Antonio Zoratto Sanvicente. São Paulo: Atlas, 2000, p. 81).

4 No mesmo sentido: Singer, (SINGER, Paul. **Para entender o mundo financeiro**. 2. ed. São Paulo: Contexto, 2003, p. 58); Saunders (SAUNDERS, Antony. **Administração de instituições financeiras**. 2. ed. Trad. Antonio Zoratto Sanvicente. São Paulo: Atlas, 2000, p. 87) e Tobin (TOBIN, James. Financial intermediaries. *In*: EATWELL, John (ed.); MILGATE, Murray (ed.); NEWMAN, Peter. **The new Palgrave: a dictionary of economics**. London: Macmillan, 1998. v. 2, p. 340-348).

5 “[...] as crises bancárias interrompem o fluxo de crédito a particulares e empresas, reduzindo o investimento e o consumo e, eventualmente, forçando as empresas viáveis para a falência. As crises bancárias podem também comprometer o funcionamento do sistema de pagamentos e, por minar a confiança em instituições financeiras nacionais, podem causar uma diminuição da poupança interna e/ou uma saída de capitais em grande escala. Finalmente, uma crise sistêmica pode forçar os bancos sadios a fechar suas portas.” (Tradução livre). Em semelhante sentido, referindo ainda ao custo fiscal que advém da

crise sistêmica: Kane; Klingebiel (KANE, Edward J.; KLINGEBIEL, Daniela. Alternatives to blanket guarantees for containing a systemic crisis. **Journal of financial stability**. Amsterdam, v. 1, n. 1, p. 31-63, sept. 2004, p. 59-62). Cabe observarmos também: Tabak; Staub (TABAK, Benjamin M.; STAUB, Roberta B. Assessing financial instability: The case of Brazil. **Research in International Business and Finance**. Amsterdam, v. 21, n. 2, p. 188-202, June 2007, p. 188-189); Schwarcz (SCHWARCZ, Steven L. Systemic Risk. **The Georgetown law journal**, Washington, v. 97, n. 1, p. 193-249, nov. 2008, p. 207).

6 O *moral hazard* – expressão sem adequada tradução ao português – pode ser definido como “actions of economic agents in maximizing their own utility to the detriment of others, in situations where they do not bear the full consequences (...)”. (KOTOWITZ, Y. Moral Hazard. *In*: EATWELL, John (ed.); MILGATE, Murray (ed.); NEWMAN, Peter. **The new Palgrave: a dictionary of economics**. London: Macmillan, 1998, v. 3, p. 549). Em tradução livre: “ações dos agentes econômicos que maximizam suas próprias vantagens, em detrimento de outros, em situações na qual esses não suportarão as consequências de seus atos (...)”. (...) No caso do sistema financeiro, a crença de que receberá ajuda governamental tende a incentivar o ator econômico a buscar riscos cada vez maiores, porquanto obterá maior lucro e, caso algo de errado aconteça, seus prejuízos serão, pelo menos em parte, cobertos pela ação estatal.

7 Analogamente: Schwarcz (SCHWARCZ, Steven L. Systemic risk. **The Georgetown law journal**. Washington, v. 97, n. 1, p. 193-249, nov. 2008, p. 208-209); Kaufman (KAUFMAN, George G. **Research in financial services: private and public police: banking, financial markets, and systemic risk**. Greenwich e London: Jai Press, 1995, p. xiii-xiv.); Mishkin (MISHKIN, Frederic S. Comment on systemic risk. *In*: KAUFMAN, George G. **Banking, financial markets, and systemic risk** (research in financial services: private and public police). Greenwich e London: Jai Press, 1995, p. 31-45).

8 Exemplo ilustrativo desse debate são as posições de: Loretan (LORETAN, Mico. Economic models of systemic risk in financial systems. **North American journal of economics & finance**. Greenwich e London, v. 7, n. 2, p. 147-152, 1996, p. 147-152); Bartholomew; Whalen (BARTHOLOMEW, Philip F.; WHALEN, Gary W. Fundamentals of systemic risk. *In*: KAUFMAN, George G. **Banking, financial markets, and systemic risk** (research in financial services: private and public police). Greenwich e London: Jai Press, 1995, p. 3-17); Mishkin (MISHKIN, Frederic S. Comment on systemic risk. *In*: KAUFMAN, George G. **Banking, financial markets, and systemic risk** (research in financial services: private and public police). Greenwich e London: Jai Press, 1995, p. 32-33).

9 Em tradução livre: “risco sistêmico ou de contágio é a probabilidade de que as perdas cumulativas advindas de um evento que põe em marcha uma série de perdas sucessivas ao longo de uma cadeia de instituições ou mercados compreendendo um sistema. A palavra-chave é sucessivo. Uma perda para o *player* [ator do mercado] “A” provoca uma perda para o *player* [ator do mercado] “B”, que, por sua vez, provoca uma perda para o *player* [ator do mercado] “C” e assim por diante na cadeia. Ou seja, o risco sistêmico é o risco de uma reação em cadeia de dominós interligados em queda”.

[10](#) No mesmo sentido, Gai, Jenkinson e Kapadia avalizam que, diante dessas externalidades “The maintenance of financial stability is, therefore, a key objective for central banks and other financial regulators”. Tradução livre: “A manutenção da estabilidade financeira é, portanto, um objetivo chave para os bancos centrais e outros reguladores financeiros” (GAI, Prasanna; JENKINSON, Nigel; KAPADIA, Sujit. Systemic risk in modern financial systems: analytics and policy design. **The journal of risk finance**. New York, v. 8, n. 2, 2007, p. 156). Segundo Davis (1995, p. 122), outro fundamento seria a proteção dos pequenos consumidores (*retail investors*).

[11](#) Autores como Eisenbeis (EISENBEIS, Robert A. Systemic risk: bank deposits and credit. *In*: KAUFMAN, George G. **Banking, financial markets, and systemic risk** (research in financial services: private and public police). Greenwich e London: Jai Press, 1995, p. 73, p. 82) apontam que uma política econômica incompetente ou equivocada pode ser um dos maiores incentivos ao aumento do risco sistêmico e propiciadora de crises financeiras. No âmbito da crise turca de 2000, relatam Soral, can e Hebb (SORAL, H. Bartu; CAN, Talan; HEBB, Gregory. Fraud, banking crisis, and regulatory enforcement: evidence from micro-level transactions data. **European journal of law and economics**. Dordrecht, v. 21, n. 2, p. 179-197, apr. 2006, p. 191-192) que, ao contexto de fraudes generalizadas, foi acrescida uma política regulatória fraca e mal executada.. Em sentido semelhante: Demirgüç-kunt, Detragiache (DEMIRGÜÇ-KUNT, Asli; DETRAGIACHE, Enrica. The determinants of banking crises in developing and developed countries. **Staff papers of the International Monetary Fund**. Washington, v. 45, n. 1, p. 81-109, mar. 1998, p. 83); Kaufman (KAUFMAN, George G. Bank failures, systemic risk, and bank regulation. **The cato journal**. Washington/DC, v. 16, n. 1, p. 17-45, Spring/Summer 1996, p. 18).

[12](#) Interessante, a propósito, a descrição realizada por Henrique Meirelles acerca da crise eclodida nos Estados Unidos em 2008, revelando os efeitos gerados em cascata, até sua afetação no Brasil, o que ocorreria pela via do crédito externo, substancialmente reduzido no auge da crise. A descrição de seus efeitos, no Brasil, é elucidativa quanto ao funcionamento do sistema financeiro em momento de abalo de confiança: “houve queda brutal da oferta de crédito interno, que, por sua vez, gerou uma série de outros efeitos em cadeia: grandes corporações passaram a tomar recursos em reais no sistema financeiro doméstico para pagar empréstimos externos; muitas instituições financeiras concentraram recursos para atender à demanda desses grandes clientes; esse comportamento gerou a crise de liquidez nos mercados interbancários, o que, por sua vez, levou as instituições a procurarem fazer caixa e elevar seus níveis de liquidez. Nesse ponto, a crise dos mercados interbancários ocasionou um aprofundamento da escassez de crédito para setores específicos da economia (...). O passo seguinte foi a queda de confiança dos empresários, dos banqueiros, dos consumidores e dos investidores (...). Adicionalmente, os movimentos de capitais internacionais com reflexos sobre o mercado brasileiro, combinados com a compra de moeda estrangeira pelas instituições que pagavam seus empréstimos externos, geraram um fluxo de saída sem precedentes, provocando uma acentuada depreciação do

real”. (MEIRELLES, Prefácio a PAULSON, Jr., Henry M. **À beira do abismo financeiro – a corrida para salvar a economia global do colapso**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2010).

13 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 897.656, Sexta Turma, Rel. Min. Maria Thereza Assis Moura, Brasília, j. em 11-12-2008. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200602364530&dt_publicacao=19/12/2008>. Acesso em: 19 out. 2010.

14 O Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais – RMCCI, instituído pela Circular n. 3.280, de 9-3-2005, consolida as regras administrativas incidentes sobre o setor de câmbio e mercado de capitais.

15 “Muito grande para falir” (tradução livre). Referindo o tema do “Too big to fail” no âmbito da doutrina nacional, cf. Lundberg (LUNDBERG, Eduardo Luís. Saneamento do sistema financeiro: a experiência brasileira dos últimos 25 anos. *In*: SADDI, Jairo (org.). **Intervenção e liquidação extrajudicial no sistema financeiro nacional: 25 anos da Lei n. 6.024/74**. São Paulo: Textonovo, 1999, p. 47).

16 “Muitos para falirem” (tradução livre).

17 “Muito (inter)conectadas para falirem” (tradução livre).

18 Conforme o autor, o *bailout* pode ser conceituado como “the rescue by the government or another entity of an irresponsible person or entity arising from failure to follow rules or take reasonable precautionary steps.” Tradução livre: “o resgate pelo governo ou outra entidade de uma pessoa irresponsável ou entidade resultante da incapacidade de seguir as regras ou razoável tomar medidas de precaução”. (SHILLER, Robert. J. **The subprime solution**. Princeton e Oxford: Princeton University, 2008, p. 87-88).

19 Acerca do *Caso Bear Stearns*, cf. Ackermann (ACKERMANN, Josef. The subprime crisis and its consequences. **Journal of Financial Stability**. Amsterdam, v. 4, n. 4, p. 329-337, dec. 2008, p. 337).

20 Cf. Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego.

Art. 2º São crimes dessa natureza: (...) IX – gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas de imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlio, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados. BRASIL. **Decreto n. 869, de 18 de novembro de 1938**. Disponível em: <<http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaPublicacoes.action?id=28104>>. Acesso em: 19 out. 2010.

21 Recorde-se, ainda, que o Presidente da República vetou o art. 24, que estabelecia a possibilidade de punição dos delitos na modalidade culposa: “O art. 24, por conflitar com o princípio, consagrado no parágrafo único do art. 18 do Código Penal, de que só

excepcionalmente é punível ação praticada sem dolo. Está o dispositivo em contradição lógica com grande parte dos tipos penais previstos no projeto. Impossível é conceder a forma culposa na maioria das condutas sancionadas penalmente”.

22 Decisão do Juiz Federal Flávio Antônio da Cruz (Ação Penal n. 2003.70.00.039529-0/PR), *apud* Bitencourt; Breda (BITENCOURT, Cezar Roberto; BREDA, Juliano. **Crimes contra o sistema financeiro nacional & mercado de capitais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2010, p. 58).

23 “Em julho de 1988, após intenso processo de discussão, foi celebrado o Acordo de Basileia, que definiu mecanismos para mensuração do risco de crédito e estabeleceu a exigência de capital mínimo para suportar riscos. Atualmente, este Acordo é conhecido como Basileia I.

Os objetivos do Acordo foram reforçar a solidez e a estabilidade do sistema bancário internacional e minimizar as desigualdades competitivas entre os bancos internacionalmente ativos. Essas desigualdades eram o resultado de diferentes regras de exigência de capital mínimo pelos agentes reguladores nacionais.

O Acordo de Basileia de 1988 definiu três conceitos:

- Capital Regulatório – montante de capital próprio alocado para a cobertura de riscos, considerando os parâmetros definidos pelo regulador;
- Fatores de Ponderação de Risco dos Ativos – a exposição a Risco de Crédito dos ativos (dentro e fora do balanço) é ponderada por diferentes pesos estabelecidos, considerando, principalmente, o perfil do tomador; e
- Índice Mínimo de Capital para Cobertura do Risco de Crédito (Índice de Basileia ou Razão BIS) – quociente entre o capital regulatório e os ativos (dentro e fora do balanço) ponderados pelo risco. Se o valor apurado for igual ou superior a 8%, o nível de capital do banco está adequado para a cobertura de Risco de Crédito.” Disponível em: www.bb.com.br. Acesso em: 4 nov. 2010.

24 Anexo I – estabelece regras para o funcionamento, a transferência e a reorganização das instituições financeiras; Anexo II – fixa limites mínimos de capital e patrimônio líquido para o funcionamento das instituições financeiras autorizadas a operar pelo BACEN; Anexo III – disciplina a instalação e o funcionamento das dependências das instituições financeiras; Anexo IV – especifica regras de determinação do Patrimônio de Referência, que passa a ser calculado proporcionalmente ao grau de risco da estrutura dos ativos de cada instituição; com isso, se passaria a exigir das instituições financeiras a manutenção de um patrimônio líquido exigido compatível com o grau de risco da estrutura de seus ativos.

25 A respeito, abordando a relação política cambial – política criminal, cf. Schmidt; Feldens (SCHMIDT, Andrei Zenkner; FELDENS, Luciano. **O crime de evasão de divisas – a tutela penal do sistema financeiro nacional na perspectiva da política cambial brasileira**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006).

26 Sobre a relação direitos fundamentais – direito penal: Feldens (FELDENS, Luciano. **Direitos fundamentais e direito penal**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2008).

3 CONSIDERAÇÕES SOBRE A REPERCUSSÃO JURÍDICO-PENAL DA INTERNAÇÃO DE DIVISAS NO PAÍS

Alexandre Wunderlich

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS e doutorando em Direito Penal – Universidade Pablo de Olavide/Sevilha, coordenador do Departamento de Direito Penal e Processual Penal da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS e advogado.

Antonio Tovo Loureiro

Mestre em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul – PUCRS; professor de Direito Penal e Processual Penal da Ulbra e advogado.

3.1 Introdução

Com base em verificações extraídas da prática judicial brasileira, este articulado busca lançar algumas considerações acerca das possibilidades de enquadramento jurídico-criminal da conduta de internalizar capital estrangeiro em território nacional.

Esta ação por vezes atrai o aparato repressivo penal do Estado, o que gera a discussão acerca de sua previsão típica. Cumpre ressaltar que o objeto de estudo não se constitui em esforço meramente doutrinário, haja

vista a preocupação empírica que constitui substrato das discussões aqui traçadas.

Assim, optou-se por estruturar o trabalho inicialmente em uma análise de decisões judiciais, para posteriormente minuciar os tipos penais normalmente vinculados a esta conduta e analisar suas implicações cambiais.

3.2 Perspectiva dos tribunais sobre o ingresso de capital no país

Com o intuito de visualizar a dimensão do problema da incriminação do ingresso de capital estrangeiro no país, transcendendo-se a especulação doutrinária, buscaram-se algumas decisões dos tribunais brasileiros que se detiveram sobre a temática. Com pequenas variações singulares, os entendimentos podem ser agrupados em três conjuntos: **(i) as decisões que entendem pela atipicidade da conduta; (ii) as decisões que enquadram tipicamente como crime contra o sistema financeiro; e (iii) as decisões que a subsumem tipicamente a tipos penais diversos.**

Eis a decisão pertencente ao primeiro conjunto:

PENAL. EVASÃO DE MOEDAS OU DIVISAS. MANUTENÇÃO DE DEPÓSITOS NO EXTERIOR NÃO DECLARADOS À REPARTIÇÃO BRASILEIRA COMPETENTE (ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 7.492/86). EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS. **NÃO COMPROVAÇÃO DO INGRESSO DE DIVISAS OU MOEDA ESTRANGEIRA. ATIPICIDADE DO FATO.** MANUTENÇÃO DA ABSOLVIÇÃO. 1. **A omissão no ingresso de moeda ou divisas decorrentes de exportação de mercadorias para o exterior, ou a não comprovação do efetivo contrato de câmbio, não é penalmente punível, pois tal conduta não se enquadra no parágrafo único do art. 22 da Lei n. 7.492/86, que trata do crime de evasão de divisas.** Portanto, houve falha legislativa ao não ser

prevista essa conduta como criminosa. 2. Não há provas nos autos de que houve a manutenção no exterior de depósitos não declarados à repartição federal competente, de modo a caracterizar o delito previsto no parágrafo único do art. 22 da Lei n. 7.492/86. 3. Apelação não provida, para manter a absolvição do réu (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, 2010)¹.

A primeira decisão examinada, proferida pela Terceira Turma do Tribunal Regional Federal da 1ª Região, entendeu mais correta a interpretação de que não há prática delitiva na conduta de internar moeda ou divisas em território pátrio, pois tal ação não seria prevista pelo parágrafo único do art. 22. O julgador ainda consigna que a não incriminação da conduta consistiu em omissão do legislador.

Pode-se observar que o raciocínio utilizado pela decisão foi o seguinte: o tipo penal criminaliza a remessa ao exterior de capital; a imputação consistia em internalizar numerário decorrente da exportação de mercadorias; a conduta perpetrada não se coaduna à previsão legal; logo, a conduta é atípica. O raciocínio do julgador foi bastante objetivo e sequer se ocupou em lançar maiores elucubrações a respeito da ausência de tipicidade.

O segundo conjunto de entendimentos pode ser ilustrado pelo julgado a seguir:

DIREITO PENAL E PROCESSO PENAL. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, LEI N. 7.492/86. CONSTITUCIONALIDADE. REMESSA ILEGAL DE DIVISAS. CULPABILIDADE. 1. Trata-se de Apelação Criminal interposta contra a r. sentença que julgou procedente a pretensão punitiva estatal, condenando os Apelantes nas sanções do art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86, c.c. o art. 14, inciso II, do Código Penal, ou seja, 1 (um) ano e 4 (quatro) meses de reclusão, em regime aberto, e 3 (três) dias-multa. Devido à presença das condições objetivas e subjetivas do art. 44, do Código Penal, houve a substituição da pena privativa de liberdade por penas

alternativas. 2. Deve ser registrado que os Apelantes foram presos em flagrantes no aeroporto internacional do Rio de Janeiro quando estavam prestes a embarcar em voo internacional destinado a Lisboa, Portugal, tendo sido encontrada significativa importância em dinheiro estrangeiro em poder dos mesmos (mais de duzentos e vinte mil dólares norte-americanos, oitocentos e setenta pesos mexicanos, e quatrocentos e sessenta e cinco pesos guatemaltecos), sem que houvesse atendimento a qualquer norma regulamentar referente à saída de moeda para o exterior.

(...)

5. Nos termos do art. 65, *caput*, e §§ 1º e 3º, da Lei n. 9.069/95, o ingresso de moeda nacional e estrangeira no País, e sua saída do País, devem ser processados exclusivamente via transferência bancária, salvo quando se tratar de moeda nacional até o valor de R\$ 10.000,00 (dez mil reais). Assim, a inobservância de tais preceitos poderá gerar a perda do valor excedente do referido limite em favor da União, sem prejuízo das sanções penais previstas na legislação, ou seja, **no próprio art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86. 6. O tipo penal acima referido não exige que haja demonstração da origem ilícita dos valores apreendidos com a pessoa flagrada ao promover a saída do dinheiro estrangeiro do território brasileiro. A ilicitude da conduta consiste na movimentação dos recursos vultosos para dentro ou para fora do Brasil, sem conhecimento e autorização das autoridades competentes.** 7. O art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86, foi recepcionado pela ordem constitucional instaurada em 1988, eis que, com base no art. 5º, inciso XV, da Constituição Federal, é livre a permanência, entrada e saída de pessoas no território nacional com seus bens, nos termos da lei. Em outras palavras: a permanência, a entrada ou a saída da pessoa e de seus bens ou valores do território nacional encontram limites estabelecidos legalmente, como no exemplo do referido art. 22, parágrafo único, da lei de 1986, daí inclusive a previsão contida no § 3º, do art. 65, da Lei n. 9.069/95, acerca das sanções penais aplicáveis no caso de infringência ao comando legal, independentemente da consequência jurídica da perda dos valores em favor da União. 8. Recurso de Apelação improvido² (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, 2007).

Depreende-se que a interpretação da 1ª Turma do Tribunal Regional Federal da 2ª Região é diametralmente oposta à da primeira decisão selecionada. No momento em que se registra na ementa que *“a ilicitude da conduta consiste na movimentação dos recursos vultosos para dentro ou para fora do Brasil, sem conhecimento e autorização das autoridades competentes”*, o julgado amplia o âmbito de abrangência do conceito de evasão de divisas. Portanto, para este colegiado o art. 22 da lei de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional aplica-se também ao agente que internaliza capital no país.

Por último, reproduz-se ementa pertencente ao conjunto de decisões que classifica o ingresso de capitais como outros delitos:

PENAL. CRIME DE EVASÃO DE DIVISAS. ART. 22, PARÁGRAFO ÚNICO, DA LEI N. 7.492/86. EXPORTAÇÃO DE MERCADORIAS SEM A EFETIVAÇÃO DO CÂMBIO. AUSÊNCIA DE INGRESSO DE DIVISAS. ATIPICIDADE DA CONDUTA. VEDAÇÃO DE INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA. DESCLASSIFICAÇÃO PARA O CRIME DE ESTELIONATO. AUTORIA E MATERIALIDADE COMPROVADAS. CONDENAÇÃO MANTIDA. PARCIAL PROVIMENTO AO APELO DA ACUSAÇÃO. 1. O acusado foi denunciado pela prática de crime de evasão de divisas previsto no artigo 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86 porque teria realizado a exportação de mercadorias sem a liquidação dos contratos de câmbio pendentes aos despachos aduaneiros que autorizaram a saída dessas mercadorias, ocasionando a ausência de ingresso de divisas no país e causando lesão ao Tesouro Nacional, tendo em vista que essa conduta afetaria as reservas cambiais. 2. Não assiste razão ao Ministério Público Federal ao requerer a reforma da r. sentença para condenar o acusado pela prática do crime de evasão de divisas, previsto no artigo 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86. **Isto porque “mercadoria” não se compreende no conceito de “divisas”.** 3. **Incabível a utilização de interpretação analógica para compreender a expressão “mercadorias” no conceito de “divisas”**, sob o fundamento de compatibilizar a extensão desta última expressão à finalidade originariamente prevista pelo legislador, quando da criminalização da conduta prevista no artigo 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86, de proteger a

política cambial brasileira. 4. Inobstante ser admissível, em sede de direito penal, o recurso à interpretação analógica para ampliar o alcance da norma penal, por ser impossível ao legislador prever todas as situações da vida, não se admite que o intérprete venha a promover a extensão do sentido de uma norma penal incriminadora para criminalizar certas condutas que não o foram pelo legislador, sob pena de violação do princípio da legalidade previsto no artigo 5º, XXXIX, da Constituição Federal. 5. De outro lado, **a descrição objetiva do tipo penal em análise somente prevê a saída de divisas do país. Significa dizer que, a contrario sensu, o simples ingresso de divisas em território nacional não se enquadra nessa hipótese de crime contra o sistema financeiro nacional. Portanto, com mais razão, não se ajusta ao tipo penal a conduta do agente que causa a omissão na entrada de divisas no país.** 6. De qualquer forma, as exportações se deram, os contratos de câmbio não se realizaram, as divisas deixaram de ingressar no país e os pagamentos se fizeram à margem da lei, em razão dos valores terem sido cambiados de forma clandestina ou por terem sido mantidos em depósitos no exterior. 7. **Diante desse quadro, a conduta do acusado se ajusta ao crime de estelionato previsto no artigo 171, § 3º, do Código Penal, já que obteve, para si ou para outrem, vantagem ilícita em prejuízo do Poder Público,** tendo em vista que os dólares, correspondentes às mercadorias exportadas pela empresa da qual o acusado é o sócio-gerente, ficaram em mãos alheias ao Tesouro Nacional. 8. Demonstradas a materialidade delitiva e a autoria pelo crime de estelionato previsto no artigo 171, § 3º, do Código Penal, a condenação deve ser mantida por seus próprios fundamentos. No entanto, em razão da reiteração de condutas deve ser aplicada a causa de aumento da pena do artigo 71 do Código Penal, tendo em vista que a empresa do acusado realizou um total de 69 exportações durante o período de 01/06/2000 a 19/12/2002. 9. Dado parcial provimento ao apelo da acusação para reconhecer a continuidade delitiva e negado provimento ao recurso da defesa (TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 2ª REGIÃO, 2009)³.

Três pontos da decisão merecem ser ressaltados: a) a inviabilidade da extensão analógica do conceito *divisa*; b) o ingresso de divisas no país não constitui delito de evasão de divisas, por oposição lógica; e c) a omissão do ingresso de divisas constitui delito de estelionato qualificado.

O primeiro ponto é que a empresa que exporta mercadorias e não recebe o valor em moeda estrangeira correspondente pela via oficial não corresponde à conduta de provocar a saída de reservas cambiais do país. O Tribunal Regional Federal da 2ª Região entendeu por vedar a interpretação analógica, a qual estenderia o conceito de *divisa* para açambarcar *mercadoria*. No que pertine à analogia, eis a lição de Heleno Fragoso (2003, p. 105):

A analogia é recurso indispensável, em face da existência de lacunas aparentes no direito positivo. No direito penal, todavia, sofre ela as limitações impostas pelo princípio da reserva legal (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), inscrito no art. 1º de nosso código vigente. Não é possível aplicar analogicamente a lei penal para criar novas figuras de delito (...).

O segundo ponto que a decisão explora é a incompatibilidade da internação de capital com a conduta do art. 22 da Lei n. 7.492/86. No entender dos julgadores, um delito que coíbe a prática de saída de capital não pode ser utilizado como fator para criminalização da ação de ingressar com divisas no país.

Por fim, o terceiro ponto é a solução jurídico-penal que considera a conduta examinada como delito de estelionato qualificado (art. 171, § 3º, do Código Penal). Entenderam os magistrados que a ação consistiu em uma fraude contra o Tesouro Nacional, mediante a qual os acusados obtiveram vantagem ilícita.

Assim, tendo em vista as três decisões apresentadas, resta clara a premência do debate sobre as diferentes possibilidades de interpretação da conduta que é o esteio deste trabalho. Portanto, passa-se a uma análise dogmática dos tipos penais normalmente vinculados à temática, com o

objetivo de equacionar a solução jurídica mais condizente com as diretrizes do direito penal brasileiro.

3.3 Da tutela penal do Sistema Financeiro Nacional

O método para iniciar o exame do revestimento jurídico para o ingresso de divisas no país levará em conta o bem jurídico do *Sistema Financeiro Nacional*, o qual foi objeto de tutela pelo legislador na Lei n. 7.492/86. A observação de alguns dos tipos penais contidos em tal norma permite compreender os padrões das condutas considerados aceitáveis pelo legislador penal a fim de assegurar o bom funcionamento da ordem financeira. No tocante à eventual correlação com outra figura jurídico-criminal, como o citado estelionato qualificado, esta será analisada em apartado.

Com efeito, dentre as inúmeras figuras típicas prescritas pelo legislador, interessam ao propósito deste trabalho os delitos constantes dos arts. 21 e 22 da Lei n. 7.492/86, os quais dispõem:

Art. 21. Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de operação de câmbio:

Pena – Detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, para o mesmo fim, sonega informação que devia prestar ou presta informação falsa.

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País:

Pena – Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente (BRASIL, 1986)⁴.

Infere-se que o objeto de tutela de ambos dispositivos está vinculado à estabilidade e fiscalização do fluxo cambial no país. Como leciona a doutrina, a Lei n. 7.492/86 foi elaborada em um período histórico em que a compra e venda de moeda estrangeira indiscriminada poderia representar uma ameaça ao Tesouro Nacional, em vista da pouca quantidade de reservas de que o país dispunha. Schmidt e Feldens (2006, p. 54) contextualizam com precisão a realidade econômica do meio da década de 80 como

um período em que o País esteve fechado ao mundo, buscando aumentar, por meio de subsídios, as exportações e, por meio das mais diversas restrições, criando óbices à importação de produtos não essenciais. Incentivamos a produção local ao custo de atraso tecnológico, ineficiência e preços altos (reserva de mercado interno).

Como pressuposto para a discussão, é imprescindível a delimitação conceitual do termo *divisa*, empregado pelo legislador. Tigre Maia (1996, p. 133). Na mesma linha, a definição de Schmidt e Feldens (2006, p. 168) é bastante aclaradora:

Sua conceituação econômica, ainda que não unívoca, está associada às disponibilidades que um país – ou mesmo um particular (pessoa física ou jurídica) – possui em moedas estrangeiras obtidas a partir de um negócio que lhe dá origem (exportações, empréstimos de capitais etc.). Sob tais circunstâncias, o termo *divisa* compreende as próprias moedas estrangeiras e seus títulos imediatamente representativos, como letras de câmbio, ordens de pagamento, cheques, cartas de crédito, saldos das agências bancárias no exterior etc.

Adotando este conceito para observar os arts. 21 e 22 da Lei n. 7.492/86, percebe-se que o legislador ocupou-se em evitar que os valores comerciais migrassem para fora do país, de maneira a coibir o esvaziamento das reservas cambiais. O entendimento de Tórtima (2002, p. 131) reforça esta compreensão:

O objetivo precípua da tutela jurídica, no art. 22, à época da edição da Lei n. 7.492/86 era o controle e a manutenção das reservas cambiais do país, garantidos pela regularidade no funcionamento do mercado cambial e tidos então como vetor relevante na administração macroeconômica do País. Secundariamente, protege-se também a fé pública como, aliás, sempre ocorre nos delitos de *falsum*.

A criação de tais tipos penais demonstra que a incriminação das condutas estava em consonância com os ditames da política cambial da época.

Depreende-se das mencionadas figuras delitivas que a criação legislativa orientou-se teleologicamente a evitar uma crise cambial-financeira, impondo uma sanção criminal àquele que promovesse a saída clandestina de moeda. O conteúdo proibitivo da norma está indissociavelmente imbricado ao momento histórico em que foi produzida.

A partir da contextualização realizada, o estudo individualizado dos dispositivos permite inferir seu exato teor e hipóteses aplicativas.

3.4 Análise dogmática dos artigos 21 e 22 da Lei n. 7.492/86

Consoante mencionado, os arts. 21 e 22 da Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional possuem em sua objetividade jurídica um

propósito bastante evidente: promover a tutela das reservas cambiais do país.

O delito previsto no art. 21 incrimina a conduta do agente que frauda sua identidade ou de terceiro com o fim de realizar câmbio. Visando a reforçar o controle exercido, criou-se a imposição de que as instituições que trabalham com compra e venda de moeda estrangeira identifiquem o cliente/beneficiário, por força do art. 65, da Lei n. 9.069/95:

Art. 65. O ingresso no País e a saída do País, de moeda nacional e estrangeira, serão processados exclusivamente através de transferência bancária, cabendo ao estabelecimento bancário a perfeita identificação do cliente ou do beneficiário (BRASIL, 1995)⁵.

No tocante ao parágrafo único do art. 21, que incrimina a sonegação de informação ou a inserção de dados falsos, Luiz Régis Prado (2004, p. 324) destaca que *“tem por objetivo impedir a conduta daquele que sonega informação que devia prestar ou presta informação falsa com o especial fim de realizar operação de câmbio”*. No mesmo sentido, Manoel Pedro Pimentel (1987, p. 152) ao referir que o dispositivo visa a proteger *“a boa execução da política econômica do Estado afrontada pelo comportamento fraudulento do agente que usa da falsidade para realizar operação de câmbio”*.

Conforme se pode perceber, o objeto primário de proteção da norma reside no mercado cambial; como objeto secundário, teríamos a fé pública.

Além do art. 21 da Lei n. 7.492/86, a solução jurídica por vezes adotada para criminalizar a internalização de capital estrangeiro é a subsunção ao art. 22 do mesmo diploma. Todavia, pontua-se que tal interpretação preconiza um alargamento típico do conteúdo proibitivo da norma, pois tal ação não corresponde às circunstâncias elementares contidas no tipo penal.

A doutrina entende que a figura delitiva do art. 22

tem por objetividade jurídica específica a proteção do controle estatal sobre determinadas operações de câmbio destinadas à remessa de valores ao exterior que, segundo os atuais limites do RMCCI, devam ser formalizadas por contrato de câmbio e sujeitas a registro no SISBACEN, por força da vedação de compensações privadas de créditos em transações internacionais (SCHMIDT; FELDENS, 2006, p. 162).

Cumprido alertar que o art. 22 da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional se refere a três condutas que podem ser compreendidas como evasão de divisas: *efetuar operação de câmbio não autorizada com o fim de promover evasão, promover a saída de moeda ou divisa ou manter depósito não declarado*. O alcance da norma fica delimitado à remessa de valor para fora do país.

A leitura perfunctória dos tipos penais mais corriqueiros utilizados para interpretar o ingresso de divisas não deixa dúvidas acerca do objeto de tutela da norma; o próximo passo é realizar o sopesamento entre a conduta examinada e as normas apresentadas, a fim de verificar o cabimento/razoabilidade de sua criminalização.

3.5 Confrontação entre os tipos aplicados e a conduta concreta: artigo 21 da Lei n. 7.492/86

O objetivo desta pesquisa está suficientemente estabelecido. Com o fito de desenvolvê-lo adequadamente, há de se resgatar que o trabalho de adequação de uma ação/omissão humana a uma norma penal consiste no trabalho de subsunção dos elementos colhidos a partir do caso penal concreto aos elementos abstratos contidos no texto normativo, para checar à correspondência entre fato e tipo penal.

Com a clareza que lhe é peculiar, pontifica Antolisei (1989, p. 146) a respeito da subsunção típica:

Essa si riferisce al reato considerato in astratto, vale a dire al reato quale ipotesi tipica delineata dal legislatore (es.: l'omicidio, l'incendio, il furto). Sotto tale aspetto, che dicesi *preceptivo*, il reato indubbiamente è il fatto che la legge proibisce mediante la comminatoria di una pena (criminale). Senonchè, il reato può considerarsi anche in concreto, e cioè come um fatto episodico che si verifica nella vita sociale. **Da questo punto di vista (aspetto fenomenico) il reato è il fatto che riproduce l'ipotesi tipica configurata dalla legge: in altri termini, il fatto che è conforme a quello che in linea generale la legge ha preveduto**, minacciando una pena a chi lo commette.

*Essa se refere ao delito considerado em abstrato, vale dizer ao delito como hipótese típica delineada pelo legislador (ex.: o homicídio, o incêndio, o furto). Sob tal aspecto, que se diz preceptivo, o delito indubitavelmente é o fato que a lei proíbe mediante a cominação de uma pena (criminal). De outra forma, o delito pode ser considerado também em concreto, e portanto como um fato episódico que se verifica na vida social. **Deste ponto de vista (aspecto fenomênico) o delito é o fato que reproduz a hipótese típica configurada na lei: em outros termos, o fato que é conforme àquele que em linha geral a lei previu, ameaçando com uma pena quem o comete.***

Aplicando estes conceitos à conduta de ingresso de capital estrangeiro no país, deve-se confrontá-la com as hipóteses típicas anteriormente pormenorizadas, porquanto isto permitirá extrair conclusões de sua correlação ou não.

Primeiramente, há de se confrontar a conduta com o art. 21 da Lei n. 7.492/86. Conforme referido, tal dispositivo incrimina a adulteração e ou inserção de dados falsos em operação de câmbio; o *caput* trata especificamente da adulteração de identidade. Indaga-se: é possível a

adequação a este crime da ação de ingresso de capital no país sem informar às autoridades financeiras?

A resposta é negativa. O delito em comento toma como base uma operação de câmbio regular, na qual ocorra adulteração e ou sonegação de informações essenciais. Indubitavelmente internalizar divisas pressupõe a omissão de informação às autoridades, mas esta omissão não enceta a hipótese incriminadora do parágrafo único do dispositivo.

Mister considerar que as expressões *sonega informação que deveria prestar* ou *presta informação falsa* constituem circunstâncias elementares em uma compra e venda de moeda realizada sob o marco de licitude. Na medida em que o parágrafo único do art. 21 reporta-se ao elemento subjetivo específico do *caput* – *para realização de operação de câmbio* –, há de se atentar para o contexto que é pressuposto do delito: a informação a ser omitida ou adulterada deveria constar de uma transação cambial, cuja formalização seria dissimulada pelos contratantes.

Existe uma incompatibilidade inexorável entre a conduta e o parágrafo único do art. 21: a internalização de capital que pode interessar ao Direito Penal ocorre à margem dos mecanismos oficiais de controle. A omissão de informações é inerente à conduta, mas ela não é feita pelas vias formais, destarte não ocorre violação à fé pública.

Disto também decorre uma questão temporal que impede a incidência do tipo. O Regulamento do Mercado de Câmbio e Capitais Internacionais (RMCCI) determina a informação eletrônica das transações cambiais (Título 1, Capítulo 3, Seção 2: Celebração e Registro no Sisbacen). Nos casos em que a operação de câmbio em si não é informada ao Banco Central, ela acaba sendo concluída sem o conhecimento das autoridades. O RMCCI estabelece que a informação deve ser prestada pela instituição bancária a partir de sua liquidação.

Quando ocorre o ingresso de capital estrangeiro por vias informais, esvazia-se o dolo normativo, em vista de não ocorrer omissão de

informação *para realizar a operação*; a operação é pretérita e sua própria ocorrência foi o objeto da sonegação.

A utilização de sistema bancário paralelo produz uma questão interessante. Repisando a premissa que o objeto de tutela reside na coibição de possíveis fraudes quando da realização de operações de câmbio. O art. 21, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86 não prevê sanção para a prática de fraudes em operações de câmbio ilegais, haja vista consistir em consectário lógico da utilização de canal bancário informal a não informação das operações realizadas junto aos órgãos competentes.

Percebe-se que não há possibilidade de enquadramento criminal do ingresso de divisas no art. 21.

3.6 Confrontação com o artigo 22 da Lei n. 7.492/86

Confrontação idêntica deve ser feita com o art. 22 da Lei n. 7.492/86: é possível a adequação a este crime da ação de ingresso de capital no país sem informar às autoridades financeiras?

A resposta é igualmente negativa. Dentre as três formas possíveis de evasão de divisas, previstas no art. 22, *caput* e parágrafo único, todas buscam evitar a remessa de capitais para o exterior, ou seja, a saída de moeda às margens da fiscalização estatal.

Consiste em trabalho subsuntivo relativamente simples perceber que a internalização de moeda não pode ser equiparada à sua conduta antagônica de evasão de divisas. Isto pode ser deduzido a partir do seguinte raciocínio: o bem jurídico tutelado pelo art. 22 são as reservas cambiais do país, as quais se pretendeu preservar e evitar diminuição descontrolada.

A partir de uma inferência lógica, no momento em que ocorre ingresso de capital externo, ainda que por vias irregulares, este é incorporado às reservas de moeda do país. Este incremento de reserva acaba significando uma maior estabilidade cambial.

Pode-se dizer com segurança que a internação de capital não corresponde à nenhuma das hipóteses nucleares do art. 22 (*efetuar operação de câmbio com o fim de promover evasão de divisas, promover saída de moeda ou divisa e manter depósito não declarado*)⁶, precisamente por consistir em conceito diametralmente oposto a *evadir divisas*. Capitular a ação citada como se fosse este delito consistiria em um alargamento hermenêutico incongruente com os postulados do direito penal brasileiro.

3.7 A incorreção da via típica do estelionato

Afastada a possibilidade de enquadramento como crime contra o Sistema Financeiro, resta indagar se a solução adotada por um dos julgados apresentados no primeiro segmento do trabalho é adequada: a internalização de capital pode ser tipificada como delito de estelionato qualificado contra a Administração Pública?

Convém pormenorizar o tipo penal do art. 171, § 3º, do Código Penal para um estudo mais cuidadoso. Textualmente:

Estelionato

Art. 171. Obter, para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento:

Pena – reclusão, de um a cinco anos, e multa.

(...)

§ 3º. A pena aumenta-se de um terço, se o crime é cometido em detrimento de entidade de direito público ou de instituto de economia popular, assistência social ou beneficência (BRASIL, 1940)⁷.

Na espécie, incidiria a qualificadora do § 3º em razão de o sujeito passivo do delito ser o Sistema Financeiro Nacional.

Percebe-se que constituem o núcleo do tipo do estelionato as circunstâncias elementares *vantagem ilícita* e *qualquer outro meio fraudulento*. Nelson Hungria (1980, 202) descreve que a fraude caracteriza-se pela finalidade de

“assegurar o próprio êxito, procura cercar-se de uma certa encenação material (artifício) ou recorre a expedientes mais ou menos insidiosos ou astutos (ardis), para provocar ou manter (entreter, fazer persistir, reforçar) o erro da vítima”.

Cotejando o tipo penal com a conduta, identifica-se uma incompatibilidade jurídica para realização da incidência típica. O tipo de estelionato estrutura-se a partir de uma conduta perniciososa, que pretende manter em erro o ofendido.

A internalização de divisas no país efetivamente consiste em uma vantagem indevida; não obstante, esta vantagem não é obtida por meio de ação arditosa. O agente resume-se a omitir a informação do ingresso de capital no país, isto não se plasma no dolo de iludir, ínsito ao delito de estelionato. A conduta do agente incriminada pelo art. 171 do Código Penal refere-se mormente a um agir positivo que não é se configurada pela não declaração de aporte de valores em território nacional.

Também seria cabível a discussão acerca do caráter da vantagem obtida pelo agente: esta caracteriza *vantagem ilícita*?

O delito de estelionato consiste em uma expropriação do sujeito passivo por meio do agir insidioso. A *vantagem ilícita* conforma-se nos bens que deixam a esfera patrimonial do ofendido e passam a compor a esfera patrimonial daquele que perpetrou o delito.

Na internalização de capital estrangeiro, o capital pertence ao agente e este deixa de repassar à esfera patrimonial da Administração Pública as taxas referentes à operação de câmbio. Nesta perspectiva, a vantagem seria mais apropriadamente caracterizada como *indevida*, ao invés de ilícita, pois sua ilicitude não está na seara criminal, e sim no âmbito cambial.

Destarte, o invólucro jurídico conferido pelo último conjunto de decisões apresentado também não é adequado, tendo em vista que a ação examinada não preenche os pressupostos de realização típica estabelecidos pela norma incriminadora.

3.8 Análise das sanções administrativas

A confrontação da conduta de internalização de divisas com os tipos penais corriqueiramente a ela vinculados permite concluir que tais delitos não se perfectibilizam em tal ação humana, em vista da ausência de suas circunstâncias elementares.

Todavia, a ausência de previsão típica não significa que a conduta está livre de sanções no plano administrativo. A aplicação de sanções para o agente que deixa de informar suas operações de câmbio é amplamente prevista nos diplomas que regem a disciplina financeiro-cambial.

Um exemplo é constatado na Lei n. 4.131/62, a qual disciplina a aplicação de capital estrangeiro e remessas de valores para o exterior. O art. 23 prescreve sanções para operações irregulares:

Art. 23. As operações cambiais no mercado de taxa livre serão efetuadas através de estabelecimentos autorizados a operar em câmbio, com a intervenção de corretor oficial quando previsto em lei ou regulamento, respondendo ambos pela identidade do cliente, assim como pela correta classificação das informações por este prestadas, segundo normas fixadas pela Superintendência da Moeda e do Crédito.

(...)

§ 2º Constitui infração **imputável ao estabelecimento bancário, ao corretor e ao cliente, punível com multa de 50 (cinquenta) a 300% (trezentos por cento) do valor da operação para cada um dos infratores, a declaração de falsa identidade no formulário** que, em número de vias e segundo o modelo determinado pelo Banco Central do Brasil, será exigido em cada operação, assinado pelo cliente e visado pelo estabelecimento bancário e pelo corretor que nela intervierem (Redação dada pela Lei n. 9.069, de 1995).

§ 3º Constitui infração, **de responsabilidade exclusiva do cliente, punível com multa de 5 (cinco) a 100% (cem por cento) do valor da operação, a declaração de informações falsas no formulário** a que se refere o § 2º (Redação dada pela Lei n. 9.069, de 1995) (BRASIL, 1962)⁸.

Conforme se percebe dos §§ 2º e 3º do art. 23, o delito do art. 21 da Lei n. 7.492/86 foi elaborado com uma forte inspiração em sua redação. Neste caso depreende-se que o objeto da sanção administrativa é a adulteração do formulário da operação de câmbio a ser apresentado à instituição financeira na qual seja processada a transação, ou seja, não há uma punição específica para a internalização de capital desprovida de ciência das autoridades competentes.

Na mesma Lei n. 4.131/62, o art. 58 também prescreve algumas penalidades. Eis sua redação literal:

Art. 58. As infrações à presente Lei, ressalvadas as penalidades específicas constantes de seu texto, ficam sujeitas a multas de até R\$ 100.000,00 (cem mil reais), a serem aplicadas pelo Banco Central do Brasil, na forma prescrita em regulamento a ser baixado pelo Conselho Monetário Nacional (Redação dada pela Lei n. 9.069, de 1995) (*Vide* Medida Provisória n. 2.224, de 2001) (BRASIL, 1962)⁹.

Com efeito, o dispositivo apresentado amplia o âmbito sancionador para as condutas que infrinjam as disposições da Lei n. 4.131/62; portanto, para além da penalização de inserções falsas no formulário de transação cambial, prescritas no art. 23, o art. 58 estabelece uma penalidade para as violações de qualquer natureza ao procedimento legalmente estipulado.

Dentre as infrações ao procedimento incluir-se-ia, por exemplo, a operação à margem dos estabelecimentos financeiros oficiais; neste ponto estaria situada a internalização de capital sem informação às autoridades competentes. Tal transação constitui em violação procedimento previsto pela Lei n. 4.131/62 e seria passível da aplicação da multa cominada.

No que tange a punições administrativas, vale citar o Decreto n. 55.762/65, o qual regulamenta a Lei n. 4.131/62, possuindo disposição bastante similar ao art. 58 da Lei, em seu art. 37:

Art 37. As infrações ao disposto na Lei n. 4.131/62, ressalvadas as penalidades específicas constantes de seu texto, ficam sujeitas a multas que variarão de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País (Lei n. 4.131, art. 58) (BRASIL, 1965)¹⁰.

Certamente pela posterioridade da atualização do art. 58, alterado em 1995 pela Lei n. 9.069, o art. 37 perdeu sua aplicabilidade, tendo em vista a temática idêntica dos dois dispositivos e a atualidade da sanção do art. 58. Porém, em vista de sua não revogação expressa, faz-se menção à sua existência.

ASSIM, EM QUE PESE A AUSÊNCIA DE PREVISÃO DE ILÍCITO CRIMINAL CORRESPONDENTE A INTERNAÇÃO DE DIVISAS, O ARCABOUÇO DE NORMAS CAMBIAIS CRIA SANÇÕES PARA AQUELE QUE DESCUMPRIR O PROCEDIMENTO REGULAR DE CÂMBIO; DISTO DECORRE O ENQUADRAMENTO DO INGRESSO

DE CAPITAL EM INFRAÇÃO ADMINISTRATIVA, PASSÍVEL DAS PENALIDADES PREVISTAS NA LEI N. 4.131/62.

3.9 Considerações finais

O presente trabalho possuiu um horizonte empírico inegável: a partir da análise judicial de uma conduta irregular em matéria de câmbio, criam-se revestimentos típicos dos mais diversos, construindo-se um verdadeiro sincretismo jurisprudencial na temática. O propósito desta breve pesquisa foi realizar uma triagem das espécies de enquadramentos/decisões e, a partir disto, verificar a adequação de cada uma.

A partir da linha de pensamento trilhada, infere-se que as tentativas de incriminação da internação de capital estrangeiro não possuem sustentação jurídica; o legislador penal simplesmente não incluiu esta dentre as condutas delitivas do ordenamento brasileiro. Quer como delito contra o sistema financeiro nacional, quer como simples delito patrimonial contra a administração pública, não é possível realizar subsunção típica da ação a nenhuma norma incriminadora.

Por certo isto não significa que da conduta não decorrem repercussões administrativo-sancionadoras; a legislação cambial preocupou-se em estipular penalizações para o agente que celebrar operação de câmbio em desconformidade com as normas do Banco Central.

Portanto, em se tratando de intrincada questão jurídico-penal, permeada por um complexo sistema de normativas editadas pela administração pública, espera-se que as ideias aqui lançadas possam agregar ao debate que está a se realizar nos tribunais brasileiros, sedimentando os princípios do direito penal constitucionalizado.

REFERÊNCIAS

ANTOLISEI, Francesco. **Manuale di Diritto Penale**. Milano: Giuffrè, 1989.

BRASIL. **Código Penal, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

BRASIL. **Decreto n. 55.762, de 17 de fevereiro de 1965**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D55762.htm>. Acesso em: 6 nov. 2010.

BRASIL. **Lei n. 4.131, 3 de setembro de 1962**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4131.htm>. Acesso em: 6 nov. 2010.

BRASIL. **Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7492.htm>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

BRASIL. **Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9069.htm>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação Criminal n. 2004.39.00.00412-45/PA, Brasília, Terceira Turma, Rel. Des. Tourinho Neto, j. em: 29-3-2010. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.gov.br/default.php?pl=41254420044013900>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal n. 2004.51.01.502581-3/RJ, Primeira Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro: j. em: 24-10-2007. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108110/1/24/199824.rtf>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal n. 2006.50.01.002705-0/RJ. Primeira Turma Especializada, Rel. Juiz Federal Convocado Aluísio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro, j. 17-7-2009. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108110/1/43/262811.rtf>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. **Lições de direito penal**. 16. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. 4. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1980.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o sistema financeiro nacional**. Anotações à Lei Federal n. 7.492/86. São Paulo: Malheiros, 1996.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o sistema financeiro nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PRADO, Luiz Régis. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

SCHMIDT, Andrei Zenkner e FELDENS, Luciano. **O crime de evasão de divisas**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TÓRTIMA, José Carlos. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. 2.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

1 BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região, Apelação Criminal n. 2004.39.00.00412-45/PA, Brasília, Terceira Turma, Rel. Des. Tourinho Neto, j. em: 29-3-2010. Disponível em: <<http://arquivo.trf1.gov.br/default.php?p1=41254420044013900>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

2 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal n. 2004.51.01.502581-3/RJ, Primeira Turma Especializada, Rel. Des. Guilherme Calmon Nogueira da Gama. Rio de Janeiro, j. em: 24-10-2007. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108110/1/24/199824.rtf>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

3 BRASIL, Tribunal Regional Federal da 2ª Região, Apelação Criminal n. 2006.50.01.002705-0/RJ, Primeira Turma Especializada, Rel. Juiz Federal Convocado Alúcio Gonçalves de Castro Mendes. Rio de Janeiro, j. em: 17-7-2009. Disponível em: <<http://www.trf2.gov.br/iteor/RJ0108110/1/43/262811.rtf>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

4 BRASIL. **Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L7492.htm>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

5 BRASIL. **Lei n. 9.069, de 29 de junho de 1995**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L9069.htm>>. Acesso em: 6 jan. 2011.

6 Indagação que pode surgir vincula-se ao sistema de evasão denominado *dólar-cabo*, no qual agente intermediário realiza a disponibilização de capital no exterior para o agente que deseja realizar remessa de moeda para fora do país, sem que ocorra deslocamento físico do dinheiro. Por hipótese, caso a remessa pelo agente seja precedida por uma internação de capital, esta internação, em que pese integrar o *iter criminis*, só será punível a partir do

momento em que o capital for disponibilizado no exterior, pois seria considerada ato preparatório.

7 BRASIL. **Código Penal, Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940.** Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/Decreto-Lei/Del2848.htm>>. Acesso em: 6 nov. 2010.

8 BRASIL. **Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4131.htm>. Acesso em: 6 nov. 2010.

9 BRASIL. **Lei n. 4.131, de 3 de setembro de 1962.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L4131.htm>. Acesso em: 6 nov. 2010.

10 BRASIL. **Decreto n. 55.762, de 17 de fevereiro de 1965.** Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/Antigos/D55762.htm>. Acesso em: 6 nov. 2010.

4 ASPECTOS PENAIS DO USO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA (*INSIDER TRADING*) NO DIREITO BRASILEIRO

Rodrigo de Grandis

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito – GVlaw; procurador da República em São Paulo com atuação nas Varas Especializadas em crimes contra o sistema financeiro nacional e em crimes de lavagem de dinheiro da Subseção Judiciária de São Paulo.

4.1 Introdução¹

O presente artigo tem o objetivo de analisar o delito de uso de informação privilegiada – ou *insider trading* –, no que se refere às divergências doutrinárias relacionadas à criminalização da conduta, ao bem jurídico protegido e ao contexto jurídico-social que ensejou a sua criação pelo legislador brasileiro.

Incorporado ao nosso ordenamento jurídico pela Lei n. 10.303/2001 (art. 27-D da Lei n. 6.385/76) (BRASIL, 1976)², o crime de *insider trading* acabou importando também as discussões existentes na doutrina estrangeira sobre o uso indevido de informações privilegiadas no mercado de capitais, passando, assim, a figurar como objeto das investigações do Direito Penal Econômico brasileiro. Nossa pretensão é acrescentar mais uma nota a estes estudos.

Nesse sentido, muitas são as questões que ainda orbitam a conduta do *insider trading*: é legítima sua punição pelo Direito Penal? Quando uma decisão tomada no âmbito da companhia torna-se, para fins de divulgação ao mercado, uma “informação ou fato relevante”? Qual é o bem jurídico protegido pelo crime do artigo 27-D da Lei n. 6.385/76? Quem pode ser considerado *insider*? A quem pertence a competência para o processo e o julgamento do delito, à Justiça Federal ou à Justiça Estadual?

A justificativa deste estudo se deve ao fato de que, não obstante a relevância da criminalização do uso de informação privilegiada para o regular funcionamento do sistema financeiro e econômico do país, são escassas as soluções apresentadas para as questões acima indicadas no campo penal, tanto pela doutrina quanto pela jurisprudência. Talvez porque, até onde se tem notícia, poucos são os procedimentos administrativos instaurados para apurar o *insider trading*³. No campo criminal, uma única ação penal tramita, até o momento, perante a Justiça brasileira, relacionada à Oferta Pública de Aquisição (OPA) da SADIA S/A para a aquisição da totalidade das ações da PERDIGÃO S/A em 16 de julho de 2006 (JUSTIÇA FEDERAL, 2009)⁴.

Esse contexto, porém, não pode nos impedir de realizar uma abordagem dessa figura delitiva à luz dos postulados que delineiam o Direito Penal brasileiro, notadamente o Direito Penal Econômico, para, com isso, tentar responder às indagações – ou pelo menos parte delas – suscitadas, em sua grande maioria, pelas questões que acabaram por surgir no cotidiano forense.

Com efeito, o direito à igualdade de acesso às informações, a proteção constitucional da ordem econômica e financeira, e a relevância do direito à informação plena para o bom funcionamento do mercado de capitais formam o complexo contexto no qual se insere o crime de *insider trading*, o qual buscaremos delinear brevemente, em ordem a propiciar uma melhor compreensão do instituto sob análise.

Do mesmo modo, empreenderemos o estudo acerca do bem jurídico protegido pelo delito previsto no art. 27-D da Lei n. 6.385/76, haja vista que é ele, o bem jurídico, o elemento capaz de fornecer ao intérprete os recursos mais importantes no momento de aplicação da norma penal. Ao depois, analisaremos as condições jurídicas exigidas para o estabelecimento do sujeito ativo do crime e, ao final, sustentaremos, à luz dos dispositivos

constitucionais envolvidos, a competência da Justiça Federal para o processo e o julgamento do crime de *insider trading*.

4.2 O princípio da informação plena e sua relevância para o mercado de capitais: perspectiva civil e administrativa

O mercado de capitais representa o segmento, a parcela ou setor do *sistema financeiro nacional* onde está concentrada toda a rede de instituições financeiras e bolsa de valores e que operam com a compra e venda de ações e títulos de dívida em geral, sempre no longo prazo. Esse mercado atua no financiamento do capital de giro e do capital fixo das sociedades anônimas de capital aberto (PASSOS; NOGAMI, 2006, p. 487).

Sob a conformação constitucional brasileira, a proteção do mercado de capitais destina-se a garantir o funcionamento eficiente do instrumento de uma atividade econômica que tem por escopo assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (art. 170 da CR/88), e que se desenvolve sob um contexto que busca promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade (art. 192 da CR/88).

Dessa forma, parece fora de dúvida que o mercado de capitais desempenha papel de extrema importância no desenvolvimento da sociedade e da economia, impondo-se, por conseguinte, que se cumpram, regular e *eficientemente*, as suas relevantes funções⁵.

Conquanto existam vários significados para a vocábulo *eficiência*, dois são especialmente relevantes para o mercado de capitais: (i) a *eficiência de alocação* ou de *atribuição de recursos*, e (ii) a *eficiência informativa*.

Há eficiência de alocação quando o mercado consegue transferir os recursos dos investidores às unidades demandantes de capital, enquanto a

eficiência informativa estará presente quando demonstrada a capacidade dos mercados em incorporar toda a informação disponível nos preços (SAINZ, 2007, p. 57).

A eficiência informativa funciona como verdadeiro pressuposto da eficiência de alocação de recursos, o que autoriza a conclusão – preliminar, é verdade, porém não menos importante – que para garantir um mercado de concorrência perfeita, a informação deve ser pública, franqueada indistintamente, possibilitando que todos os agentes participem do mercado de capitais em verdadeira igualdade de condições, ou, mais precisamente, sob concreta *simetria informacional*⁶.

Vale dizer: quando um dos participantes do mercado realiza operações valendo-se de informações sigilosas detidas exclusivamente por ele ou por um número restrito de pessoas igualmente privilegiadas, existirá, inegavelmente, uma posição de indevida vantagem em detrimento dos demais investidores que justificará a atuação da ordem jurídica na prevenção e na repressão dessa deletéria situação de assimetria⁷.

Mas não é só. Além de pública, a informação deve ser *plena*. O conceito de plenitude não emana do volume ou da quantidade de informações sobre determinado negócio ou fato relacionado à atividade societária, mas da natureza dessas informações, isto é, da aptidão de elas interferirem direta ou indiretamente sobre a vida da companhia e, principalmente, *sobre o preço de seus papéis*.

A questão, como pontua Calixto Salomão Filho (2006, p. 155), não é índole quantitativa, mas *qualitativa*. Conseqüentemente – sustenta Salomão Filho – “sobre dois grandes grupos de atos deve haver informação total: aqueles atos patrimoniais direcionados a influenciar diretamente o valor, a forma, a propriedade ou os direitos das ações” (2006, p. 155), bem como os *negócios da companhia*, “ao menos sobre aqueles negócios que possam influenciar sua lucratividade” (2006, p. 156).

Assim, se no passado existiu entendimento doutrinário que contestava a validade do *full disclosure*⁸, parece-nos claro, de outro lado, que o modelo brasileiro inegavelmente optara por prestigiar o princípio da informação no âmbito do mercado de capitais, seguindo, nesse passo, a experiência norte-americana, pautada que fora pelo postulado da “profilaxia do mercado”⁹.

Essa assertiva deriva da análise do ambiente normativo que permeia e regulamenta o mercado de capitais brasileiro, quer no plano cível, a partir das normas delineadas na Lei n. 6.404/76 e na Lei n. 6.385/76, quer no plano administrativo, consoante exsurge de várias normas emitidas pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM), e, finalmente – embora mais recentemente (2001) –, no *âmbito penal*, com a introdução do delito de *insider trading* no artigo 27-D na Lei de Mercado de Capitais.

Com efeito. O art. 157, § 4º, da Lei n. 6.404/76, determina que os *administradores da companhia aberta* são obrigados a comunicar imediatamente à bolsa de valores e a divulgar pela imprensa qualquer deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia, ou *fato relevante* ocorrido nos seus negócios, *que possa influir, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia*.

No plano administrativo, a regra do citado art. 157 encontra complemento na Instrução CVM n. 358, de 3 de janeiro de 2002, a qual dispõe, dentre outras providências, sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante relativo às companhias abertas.

O art. 2º da Instrução CVM n. 358/2002 (BRASIL, 2002)¹⁰ estabelece, a seu turno, o conceito de *ato* ou *fato relevante* nos seguintes termos: “Considera-se relevante, para os efeitos desta Instrução, qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ou qualquer outro ato ou fato de caráter político-administrativo, técnico, comercial ou econômico-financeiro ocorrido ou relacionado aos seus negócios que possa influir de modo ponderável: I –

na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados; II – na decisão dos investidores de comprar, vender ou manter aqueles valores mobiliários; III – na decisão dos investidores de exercer quaisquer direitos inerentes à condição de titular de valores mobiliários emitidos pela companhia ou a eles referenciados”.

O parágrafo único do art. 2º da Instrução CVM n. 358/2002, por sua vez, contempla um conjunto de atos ou fatos considerados, *dentre outros*, potencialmente relevantes, deixando patente que se trata de rol *meramente exemplificativo*, e não taxativo ou *numerus clausus*, de onde é possível destacar, apenas à guisa de registro, os seguintes casos: (i) a assinatura de acordo ou contrato de transferência do controle acionário da companhia, ainda que sob condição suspensiva ou resolutiva; (ii) a mudança no controle da companhia, inclusive através de celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas; (iii) a celebração, alteração ou rescisão de acordo de acionistas em que a companhia seja parte ou interveniente, ou que tenha tido sido averbado no livro próprio da companhia; (iv) incorporação, fusão ou cisão envolvendo a companhia ou empresas ligadas; (v) mudança na composição do patrimônio da companhia; (vi) mudança de critérios contábeis; (vii) aquisição de ações da companhia para permanência em tesouraria ou cancelamento, e alienação de ações assim adquiridas; e (viii) impetração de concordata, requerimento ou confissão de falência ou propositura de ação judicial que possa vir a afetar a situação econômico-financeira da companhia¹¹.

Para além de conceituar ato ou fato relevante, a Instrução CVM n. 358/2002 ainda estipula deveres de comunicação de informações relevantes *ao e para* o Diretor de Relações com Investidores (cf. art. 3º) e deveres amplos de guarda de sigilo (cf. art. 8º), seguindo, nesse ponto, o art. 155, § 4º, da Lei n. 6.404/76 (BRASIL, 1976)¹², que assinala a vedação da utilização de informação relevante ainda não divulgada por qualquer pessoa

que a ela tenha tido acesso, com a finalidade de auferir vantagem, para si ou para outrem, no mercado de valores mobiliários.

A Lei das Companhias, assenta, assim, deveres de lealdade (*standard of loyalty*) que incidem principalmente – *mas não exclusivamente* – sobre o administrador, o qual deve manter reserva sobre os seus negócios e sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores, e também deve cuidar para que tal situação não ocorra através de subordinados ou terceiros de sua confiança (cf. art. 155 da Lei n. 6.404/76).

A Instrução CVM n. 358/2002 ainda prescreve expressas vedações às negociações com valores mobiliários de emissão da companhia, ou a eles referenciados, pela própria companhia aberta, *antes da divulgação ao mercado de ato ou fato relevante ocorrido nos seus negócios*, pelos acionistas controladores, diretos ou indiretos, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas criados por disposição estatutária, ou por quem quer que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia aberta, sua controladora ou coligadas, tenha conhecimento da informação relativa ao ato ou fato relevante (cf. art. 13, *caput*, da Instrução CVM n. 358/2002).

A vedação à negociação para aquele que tenha tido acesso à informação relevante também incide sobre qualquer pessoa que tenha conhecimento de informação referente a ato ou fato relevante, sabendo que se trata de informação ainda não divulgada ao mercado, *em especial* àqueles que tenham relação comercial, profissional ou de confiança com a companhia, tais como auditores independentes, analistas de valores mobiliários, consultores e instituições integrantes do sistema de distribuição, aos quais compete verificar a respeito da divulgação da informação antes de negociar

com valores mobiliários de emissão da companhia ou a eles referenciados (cf. art. 13, § 1º, da Instrução CVM n. 358/2002).

Deveras, é tamanha a importância de a companhia zelar pela divulgação da informação de modo claro e preciso, em linguagem acessível ao público investidor, que o parágrafo único do art. 6º da Instrução CVM n. 358/2002 adverte que os acionistas controladores ou os administradores ficam obrigados a, diretamente ou através do Diretor de Relações com Investidores, divulgar imediatamente o ato ou fato relevante, na hipótese da informação escapar ao controle ou se ocorrer oscilação atípica na cotação, preço ou quantidade negociada dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta ou a eles referenciados.

Isso significa que os acionistas controladores e os administradores das companhias não podem, sob o pretexto de a informação não ter sido objeto de formal divulgação ao mercado na forma do art. 3º da Instrução CVM n. 358/2002, negar-se a ratificar, refutar, complementar ou de alguma maneira omitir-se acerca de qualquer informação com aptidão de influenciar, de modo ponderável, na decisão dos investidores, ainda que ela já esteja disseminada e que se tenha verificado, por alguns investidores, a sua utilização para compra ou venda de valores mobiliários da companhia.

Existe, todavia, uma importante *exceção* à regra da imediata divulgação, pela companhia, de ato ou fato relevante: quando os acionistas controladores ou os administradores entenderem que sua revelação *porá em risco interesse legítimo da companhia* (cf. art. 6º da Instrução CVM n. 358/2002).

O problema, sem dúvida, reside na dificuldade de se estabelecer, com precisão, quais as situações que efetivamente ensejam *risco a interesse legítimo da companhia*. Tentando conferir algum sentido a esse verdadeiro *conceito jurídico indeterminado*¹³, Calixto Salomão Filho (2006, p. 158) assevera que o direito de não prestar informações “não se justifica com base na proteção de informações estratégicas contra a concorrência. O interesse

legítimo da companhia restringe-se, basicamente (ressalva feita a situações excepcionais aí não enquadradas), a danos de imagem ou reputação que podem surgir da não prestação de informação. Ainda assim a situação deve ser reversível, de modo a justificar que se aguarde sua reversão. Isso significa que é da própria divulgação da informação que pode decorrer dano e não dos fatos que lhe estão na origem (e que podem ser revertidos)”.

De qualquer modo, à míngua de melhor e mais seguro critério, parece-nos que essa *válvula de escape* aos acionistas controladores e administradores das companhias deverá ser sempre interpretada *restritivamente*, em face da relevância do postulado do dever de proporcionar informações plenas para o ótimo funcionamento do mercado de capitais.

Em síntese: o quadro normativo vigente no ordenamento jurídico brasileiro encampou a ideia do direito norte-americano de que os administradores das sociedades anônimas se situam numa relação de confiança ou fidúcia (*fiduciary relationship*) para com a sociedade e os acionistas (LEÃES, 1982, p. 176).

Dessa relação de confiança emanam *diversos deveres* (lealdade e informação plena) e uma *conclusão*: a vedação, por parte de determinadas pessoas, da utilização de informações relacionadas à vida da companhia que possam conduzir a uma indevida posição privilegiada no mercado de capitais, ou seja, a proibição da prática do *insider trading*, cuja repressão, na dicção de Luís Gastão Paes de Barros Leães (1982, p. 173), nada mais representa do que um “corolário natural da adoção do princípio do *disclosure* na regulação do mercado de valores”.

4.3 *Insider trading*: problematização e conceito

Conforme indicamos acima, no âmbito das companhias existe um grupo de pessoas que, por força de *especiais circunstâncias*, têm acesso a

informações sigilosas capazes de influenciar, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia. Tais pessoas são os denominados *insiders*, sobre os quais se impõe, em virtude dos postulados da lealdade e da informação plena, o dever de divulgar o fato relevante a que tiveram conhecimento ou absterem-se de utilizar a informação considerada *privilegiada* em benefício próprio (*disclose or refrain from trading*).

Isso, registre-se, no atual contexto mundial (QUIROGA, 2005, p. 433), pois não se pode deixar de consignar a existência de opinião no sentido da *licitude* e da *benignidade* da prática do *insider trading*, isto é, de um importante movimento jurídico e econômico no sentido de que, antes de representar um mal, uma infração, o *uso de informação privilegiada* acarreta importantes benefícios para o mercado de capitais, para as empresas e para os próprios investidores, devendo ser incentivado, motivado, e não reprimido.

A corrente que advoga os benefícios do *insider trading* foi desenvolvida originariamente por Henry Manne, na obra *Insider Trading and Stock Market*, de 1966. A partir da década de oitenta, ela recebeu acentuada acolhida na denominada *Escola de Chicago*¹⁴, sobretudo pelos teóricos mais radicais, que sustentavam a maximização do lucro como objetivo a ser perseguido pelo Direito Econômico.

Aqueles que defendem a *legalização* do *insider trading* apresentam a seguinte ordem de argumentos: (i) os *insiders* proporcionam informações relevantes ao mercado; assim, o uso da informação privilegiada permite que os preços das ações se ajustem rapidamente ao seu valor real, ao mesmo tempo em que reduzem as flutuações das cotações; (ii) ao operarem no mercado, os *insiders* incrementam os lucros aos acionistas, conseguindo que os preços dos mercados amoldem-se aos preços reais; (iii) os lucros obtidos pelo *insider* decorrem de seu trabalho e de sua perspicácia na interpretação do mercado de valores mobiliários; (iv) investidores com

pouca informação negociarão seus papéis ainda que exista a abstenção do *insider* na utilização da informação privilegiada; (v) quando o *insider* negocia ele indica para o mercado a direção correta; (vi) quando os administradores da companhia compram valores mobiliários eles apontam os preços para cima; na venda, haverá a indicação de preços para baixo; (vii) controlar o uso da informação privilegiada é um procedimento complexo e, portanto, dispendioso; assim, várias companhias não vedam, pelo menos expressamente, o *insider trading*; por fim, (viii) deve-se deixar a função de incentivar ou reprimir o *insider trading* nas mãos do próprio mercado, visto que este desempenha tais funções de modo mais eficiente; os órgãos de regulação são ineficientes e, no mais das vezes, estão submetidos à *captura*¹⁵.

Entretanto, como pontua Esther Hernández Sainz (2007, p. 186), os argumentos daqueles que defendem as benesses do uso da informação privilegiada têm sido rebatidos um a um, tanto pela doutrina jurídica como pela ciência econômica, constatando-se que grande parte dos países que apresentam mercados de valores mobiliários desenvolvidos proíbem a prática do *insider trading*.

Com efeito, está consolidada a perspectiva – jurídica e econômica – de que, ao contrário do que apregoam os seguidores de Manne, o *insider trading* (i) não proporciona a alocação eficiente dos recursos na economia. A companhia, em verdade, (ii) é prejudicada, pois os seus administradores (*insiders*) lucram secretamente em detrimento dos acionistas.

Sob outro giro, (iii) a afirmação de que quando o *insider* negocia ele indica para o mercado a direção correta para os demais investidores também não pode ser acatada, haja vista que, normalmente, o (iv) mercado desconhece os motivos pelos quais o *insider* negocia, isto é, ele não sabe, de antemão, se o *insider* está, ou não, se utilizando de informação privilegiada. Ademais, (v) aqueles que detêm informações relevantes e as utilizam no mercado de capitais valem-se de diversos expedientes para

acobertar a sua identidade e, assim, não alertar os demais investidores, de sorte a garantir a maximização do lucro.

Nesse sentido, é comum que a compra ou a venda de papéis sejam levadas a efeito mediante a utilização de interpostas pessoas ou de pessoas jurídicas *offshore*. Mais: (vi) para valorizar suas ações, a administração da companhia pode entregar informações em parcelas, em *conta-gotas*, levando, com isso, a um aumento da volatilidade dos ativos. (vii) O uso de informação privilegiada afeta negativamente o funcionamento interno e o desenvolvimento das companhias abertas, bem como a sua boa governança, incentivando os administradores a perpetrar condutas lesivas aos interesses da pessoa jurídica e dificultando os processos internos de tomada de decisões.

Enfim, partindo do pressuposto que o princípio da informação plena consubstancia um dogma fundamental do mercado de capitais e do sistema normativo das companhias (COMPARATO, 1983, p. 60), é amplamente majoritário o entendimento que o *insider trading* representa um mal, uma conduta que merece ser combatida – preventiva e repressivamente – na esfera administrativa, civil e, principalmente – conquanto mais recentemente no Brasil –, na seara penal¹⁶, conforme passamos a analisar.

4.4 O tratamento jurídico-penal do *insider trading* no Brasil

Introduzida pelo art. 5º da Lei n. 10.303/2001, a conduta relacionada ao “uso indevido de informação privilegiada” (*insider trading*) encontrou enquadramento típico no art. 27-D da Lei n. 6.385/1976, veiculado nos seguintes termos: “Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários. Pena: reclusão,

de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime”¹⁷.

A criação do art. 27-D da Lei n. 6.385/1976 teve dupla função: (i) suprir as lacunas existentes na Lei de Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei n. 7.492/1986) (CARVALHOSA, EIZIRIK, 2002, p. 530) e (ii) assegurar proteção efetiva aos princípios da informação plena, da transparência e da lealdade no âmbito do mercado de capitais.

Seguiu-se, dessa forma, um fenômeno já verificado em diversos países, que veem a regulamentação de caráter não penal (cível e administrativa) do uso indevido da informação privilegiada como *insuficiente* para a adequada tutela dos interesses envolvidos. Sim, porque, quando a informação é pública, acessível aos compradores e vendedores, todos participam do mercado em condições de igualdade. No entanto, quando um dos participantes do mercado atua com informação que somente ele ou um grupo reduzido de pessoas detém, existe, inegavelmente, uma situação de vantagem indevida que comportará a atuação do Direito Penal.

É possível afirmar, assim, que a criminalização do *insider trading* no Brasil secundou fenômeno presente em diversos países, a ponto de a doutrina sustentar, como o fazem José de Faria Costa e Maria Elisabete Ramos, que “a tutela penal tem sido considerada como *necessária e imprescindível*” (FARIA COSTA; RAMOS, 2006, p. 19). Deveras, para os dois ilustres professores (2006, p. 31) justifica-se a intervenção do Direito Penal no universo dos mercados mobiliários “tendo em conta a inoperatividade de sanções civis quando referidas a transações efetuadas em mercados de anônimos e a insuficiência da disciplina não penal para combater as condutas próprias do *insider trading*”¹⁸.

Frederico de Lacerda da Costa Pinto (2000, p. 17-19) põe em destaque, contudo, o fato de o mercado de capitais desempenhar relevante função enquanto setor do sistema financeiro, de resto reconhecido constitucionalmente, daí derivando a imperativa incidência da norma penal

para a garantia da sua eficiência, posição esta que é comungada por Elena Íñigo Corroza, a saber: “la estabilidad y subsistencia de la actividad económica de un país puede ser un bien merecedor de atención penal, puesto que la lesión de ésta puede poner en peligro o lesionar la estabilidad social. Así y según entiendo, cuando el legislador habla de mercado se está refiriendo al lugar donde se desarrolla una política económica concreta. Por tanto, todo lo que afecte a esta política económica que se concreta en distintos aspectos según el tipo de mercado puede ser (y digo puede) objeto de protección penal” (2003, p. 290).

Em nossa óptica, a tutela penal conferida pela Lei n. 10.303/2001 exsurge a bom tempo e veicula providência *mais do que necessária*, pois a nocividade do *insider trading* não fica restrita à ofensa ao patrimônio dos acionistas, dos administradores ou dos investidores da(s) companhia(s) envolvida(s) na negociação dos valores mobiliários. Ela vai além. Com efeito e como será oportunamente analisado, considerada a natureza supraindividual do bem jurídico protegido (FOFFANI, 2004, p. 113; FARIA COSTA; RAMOS, 2006, p. 31), o crime ofende de modo sensivelmente mais grave o próprio mercado de capitais, destruindo a confiança e a lisura de suas relações, elementos que constituem sua base e propiciam seu desenvolvimento (PROENÇA, 2005, p. 147), de modo a comportar, a partir das inovações introduzidas na Lei n. 6.385/1976, específica e, repita-se, *imprescindível* abordagem pelo Direito Penal Econômico (COSTA PINTO, 2000, p. 35; ÍÑIGO CORROZA, 2003, p. 283-305).

4.4.1 O crime de *insider trading* enquanto manifestação de Direito Penal Econômico

A proteção da ordem econômica pelo Direito Penal é um fenômeno novo, podendo-se fixar o seu nascimento, segundo anota Renato de Mello Jorge Silveira (2006, p. 20), a partir da 1ª Grande Guerra¹⁹.

No Brasil, João Marcello de Araújo Júnior (1995, p. 145) vislumbra no livro *Economia e Crime*, de Roberto Lyra, publicado em 1933, o embrião da

análise dogmática do que veio a se constituir, na atualidade, o Direito Penal Econômico, fixando, entretanto, o marco inicial de suas “investigações científicas” nos anos de 1973 e 1981, por força da publicação das obras de Manoel Pedro Pimentel e de Gérson Pereira dos Santos, respectivamente, ambas coincidentemente denominadas *Direito Penal Econômico*.

Esse fenômeno trouxe consigo, contudo, um *efeito colateral*: a expansão do Direito Penal, evidenciada, segundo Jesús María Silva Sánchez (2008, p. 5), pela introdução de novos tipos penais, pelo agravamento das sanções cominadas aos delitos já existentes, pela ampliação dos espaços de risco juridicamente relevantes, pela flexibilização das regras de imputação penal e a relativização dos princípios político-criminais de garantia, o que acaba por restringir ou impelir a uma “reinterpretação” das garantias clássicas do Direito Penal Material e do Direito Processual Penal²⁰.

Essa expansão decorre, dentre outros fatores, da compreensão – formulada originariamente pelo sociólogo Ulrich Beck no livro *A Sociedade de Risco* – de que, a partir do fim da Segunda Guerra Mundial, a denominada sociedade moderna ou pós-industrial deu azo ao desenvolvimento de diversos recursos tecnológicos e, com isso, à criação de *novos bens jurídicos* – v.g., a ordem econômica, o meio ambiente, o consumidor, a ordem tributária, a engenharia genética etc.²¹ – proporcionando, por consequência, o aparecimento de um *Direito Penal de Risco*²².

Seja como for, é fato incontestável que o Direito Penal Econômico, “em um mundo globalizado e de risco, está presente e, cada vez mais, se tornando parte integrante da Ciência Penal” (SILVEIRA, 2006, p. 61). Sendo assim, a questão cuja resposta se impõe, nesse momento, é a seguinte: como compatibilizar os postulados iluministas duramente conquistados pelo Direito Penal “Clássico” à tutela dessa “nova” criminalidade?

A solução, segundo aponta Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 173), não reside na implementação de “uma mudança radical do paradigma penal, com uma nova política criminal e uma nova dogmática jurídico-penal”, mas no adequado estabelecimento daquilo que efetivamente se está a tutelar por intermédio da norma penal incriminadora, isto é, através da rigorosa definição do bem jurídico protegido pelo delito. Isso, evidentemente, *sem qualquer prejuízo ou mitigação* da proteção conferida aos bens jurídicos individuais, cuja proteção historicamente foi garantida pelo Direito Penal “Tradicional”. É dizer: na quadra atual, parece-nos fora de dúvida que o Direito Penal também deve abrigar bens jurídicos coletivos²³, mormente quando estes possuem matriz constitucional²⁴, como sucede, na hipótese, com a ordem econômica (FIGUEIREDO DIAS, 2001, p. 176).

4.4.2 O bem jurídico protegido pelo crime de *insider trading*

Não representa novidade a assertiva de que o Direito Penal atua como uma modalidade de controle social²⁵. A despeito disso, é possível agregar à função de controle social a proteção de bens jurídicos²⁶. Assim, tendo presente que a missão do Direito Penal consiste em garantir aos seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, podemos compreender os bens jurídicos, na linha do que preconiza Claus Roxin (2006, p. 18-19), “como circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre, que garanta a todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema estatal que se baseia nestes objetivos”.

Não existe consenso sobre qual seja o bem jurídico protegido pelo crime de *insider trading*, isto é, não há unanimidade acerca daquilo que efetivamente se protege por intermédio do delito de uso indevido de informação privilegiada.

Elena Íñigo Corroza (2003, p. 299-300), por exemplo, sustenta que o bem jurídico protegido pelo crime sob análise reside na *confiança*

depositada pelos investidores no mercado. No mesmo sentido parece seguir o entendimento de Jacobo López Barja de Quiroga (1993, p. 1034).

Esther Hernández Sainz (2007, p. 286-287), por sua vez, vislumbra na proteção à integridade dos mercados de valores a necessidade de reprimir-se a conduta do *insider trading*, “que garantiza un funcionamiento correcto de los mismos tanto desde una perspectiva estrictamente económica, como desde una perspectiva de justicia”.

Frederico de Lacerda da Costa Pinto (2000, p. 66-67) também põe em relevo a necessidade de proteger-se o funcionamento de um importante setor do sistema financeiro, que tem relevância constitucional, e que, por esse mesmo motivo, é merecedor de tutela penal. Dessa forma, o crime de *insider trading* visa “proteger um bem econômico de natureza supraindividual que corresponde a essas condições essenciais: a *função pública da informação* enquanto *justo critério de distribuição do risco do negócio* no mercado de valores mobiliários” (2000, p. 69, grifos no original).

Analisando o tema sob o prisma brasileiro, Modesto Carvalhosa e Nelson Eizirik (2002, p. 544) apregoam que a norma penal delineada no art. 27-D da Lei de Mercado de Capitais ostenta como bem jurídico, pelo menos em termos amplos, a *estabilidade do mercado de capitais* e, mais especificamente, o processo de *disclosure*, ou seja, da ampla e completa divulgação de informações como elemento essencial de proteção aos investidores.

De fato, o postulado da ampla transparência das informações disseminadas no mercado de capitais configura o interesse supraindividual que, na perspectiva de Bernardo Feijoo Sánchez (2009, p. 222-223), encontra-se tutelado pelo crime de *insider trading*, a saber:

Lo que se protege, en definitivo, es un bien jurídico supraindividual creado por el ordenamiento primario que se puede definir más o menos como la transparencia como

condición o presupuesto del correcto funcionamiento del mercado de valores. Lo que se pretende garantizar es una ‘regla de juego’ básica para el correcto funcionamiento de los mercados organizados, oficiales o reconocidos: que los que tienen un deber de suministrar información relevante para la cotización de valores no la utilicen o suministren de forma selectiva, infringiendo dichos deberes.

Em nosso sentir, não se pode afirmar, de modo absoluto e peremptório, que o tipo penal delineado no art. 27-D da Lei n. 6.385/76 tutela, exclusivamente, um único bem jurídico. Parece-nos, com efeito, que o delito de *insider trading* encontra-se dentre aqueles que protegem *mais de uma espécie de bem jurídico*, isto é, trata-se de típico *delito pluriofensivo*, ou, como prefere a doutrina de José de Faria Costa e de Maria Elisabete Ramos (2006, p. 37), de um delito cujo bem jurídico perfaz-se em realidade “polifacetada”, “poliédrica” ou “heterogênea”, conquanto se possa divisar “um denominador comum, um cimento agregador”, visto que o “núcleo do bem jurídico que se quer defender prende-se, de modo inescapável, com a ideia de que a proibição penal do *insider trading* visa garantir que o *mercado de valores mobiliários se pautem pelas regras do mercado*” (FARIA COSTA; RAMOS, 2006, p. 38, grifos no original).

Assim, mais do que proteger o interesse singular de tal ou qual investidor, desse ou daquele acionista, parece-nos que o crime de uso indevido de informação privilegiada tem como traço característico – de resto presente em toda a criminalidade econômica – o resguardo de um bem jurídico de perfil supraindividual, no ponto evidenciado pela *confiança e, principalmente, pelo dever de transparência e de informação plena no mercado de capitais*, o qual, a toda evidência, não pertence à pessoa ou a pessoas determinadas e *que está relacionado ao correto, regular e eficiente funcionamento de um sistema com conformação constitucional*, qual seja, a ordem econômica e o sistema financeiro nacional.

4.4.3 Quem pode ser considerado *insider* para o Direito Penal?

A análise do quadro normativo não penal que permeia o mercado de capitais revela a vedação a que os assim chamados *insiders* utilizem informações privilegiadas relacionadas à vida da companhia visando a obtenção de um benefício para si ou para outrem. Nesse contexto, parece fora de dúvida que, em face dos postulados da confiança e da lealdade (*standard of loyalty*), bem como diante do dever de transparência e de informação plena no mercado de capitais (*full disclosure*) que incide sobre algumas pessoas vinculadas à companhia em virtude do desempenho de suas funções, são inegavelmente *insiders* – ou *corporate insiders*: (i) os administradores, ou seja, conselheiros e diretores da companhia, na forma do art. 145 da Lei n. 6.404/76; (ii) os membros de quaisquer órgãos, criados pelo estatuto da companhia, com funções técnicas ou destinadas a aconselhar os administradores, nos termos do art. 160 da Lei n. 6.404/76; (iii) os membros do conselho fiscal, a teor do que dispõe o artigo 165 da Lei n. 6.404/76; (iv) os subordinados ou terceiros de confiança das pessoas supramencionadas, segundo o art. 155, da Lei n. 6.404/76; e (v) os acionistas controladores, diretos e indiretos, consoante dispõe o art. 22, inciso V, da Lei n. 6.385/76 c.c. o art. 13 da Instrução CVM n. 358/2002 (cf. PARENTE, 1978, p. 3); (vi) aquele que, em virtude de seu cargo, função ou posição na companhia aberta, sua controladora, suas controladas ou coligadas, tenha conhecimento da informação relativa a ato ou fato relevante, em conformidade com o art. 13 da Instrução CVM n. 358/2002.

A Instrução CVM n. 358/2002 também obsta a negociação com valores mobiliários antes da divulgação ao mercado de ato ou fato relevante ocorrido nos negócios da companhia àqueles que tenham relação comercial, profissional ou de confiança com a companhia, tais como auditores independentes, analistas de valores mobiliários, consultores e instituições integrantes do sistema de distribuição, aos quais compete verificar a respeito da divulgação da informação antes de negociar com valores mobiliários de emissão da companhia ou a eles referenciados.

Constata-se, assim, que a vedação ao *insider trading* também alcançou os denominados *structural insiders*, ou seja, as pessoas que, não se inserindo na condição de *corporate insiders*, têm, em razão de suas funções ou atividades profissionais, acesso a informações sigilosas capazes de influenciar, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela companhia.

A perspectiva penal, porém, é diversa. Deveras, tendo em vista as balizas impostas pelo tipo penal estampado no art. 27-D da Lei n. 6.385/76, somente aquelas pessoas que tenham o *dever de manter sigilo* sobre a informação relevante é que podem figurar como sujeito ativo do delito de *insider trading*. Trata-se, assim, de um *crime próprio* ou *especial*, pois pressupõe no agente uma particular qualidade ou condição pessoal (HUNGRIA, 1958, p. 54). Essa especial condição pessoal deve ser extraída, a nosso ver, do art. 155, § 1º, da Lei n. 6.404/76 e do art. 8º da Instrução CVM n. 358/2002. Pelo primeiro, impõe-se ao *administrador* o dever específico de guardar sigilo sobre qualquer informação que ainda não tenha sido divulgada para conhecimento do mercado, obtida em razão do cargo e capaz de influir de modo ponderável na cotação de valores mobiliários. Pelo segundo (art. 8º da Instrução CVM n. 358/2002), o dever de sigilo das informações relativas a ato ou fato relevante alcança os *acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, e empregados da companhia*.

Tais pessoas, além, evidentemente, daqueles profissionais obrigados ao sigilo em razão da natureza dos serviços prestados à companhia, como é o caso dos advogados, contadores, auditores etc. (CARVALHOSA, EIZIRIK, 2002, p. 549) reúnem, pois, a *especial condição* para figurarem como potenciais autores do crime de uso de informação privilegiada.

Note-se, por fim, que o art. 155, § 2º, da Lei n. 6.404/76 e o art. 8º da Instrução CVM n. 358/2002 também prescrevem a obrigação de as pessoas

supramencionadas zelarem para que *subordinados e terceiros de sua confiança* não violem o sigilo das informações consideradas privilegiadas, fato que poderá dar ensejo à responsabilização penal por omissão, na forma do que dispõe o art. 13, § 2º, do Código Penal. Tal aspecto do crime de *insider trading*, contudo, ultrapassa, em muito, os limites do presente trabalho, razão pela qual deixaremos a sua abordagem para uma outra oportunidade.

4.4.4 A competência para o processo e o julgamento do crime de *insider trading*

Quando a Lei n. 10.303/2001 introduziu, no ordenamento jurídico brasileiro, o crime de “uso indevido de informação privilegiada” (art. 27-D da Lei n. 6.385/76), a doutrina – ou pelo menos parte dela – apressara-se em proclamar a competência da Justiça Estadual para o seu processo e julgamento. O argumento central era o de que o art. 109, VI, da Constituição da República, autorizaria o processamento de feitos que versam o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira somente *nos casos determinados por lei* e, na espécie, mantendo-se totalmente omissos o legislador ordinário ao delinear o crime de *insider trading*, não haveria como atrair a competência da Justiça Federal²⁷.

Não concordamos com essa opinião. Explica-se: é verdade que o art. 109, VI, da Constituição Federal, é expresso ao determinar a competência da Justiça Federal para “os crimes contra a organização do trabalho e, *nos casos determinados por lei*, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira”. Não por outro motivo, aliás, que o art. 26 da Lei de crimes contra o sistema financeiro estabeleceu, em termos peremptórios e na esteira daquilo que preconizara a Carta Magna, que “A ação penal, nos crimes previstos nesta Lei, será promovida pelo Ministério Público Federal, perante a Justiça Federal”.

Todavia, não é menos correto afirmar que a norma estampada no art. 109, VI, da Constituição da República, *não esgota a disciplina* quanto à

competência da Justiça Federal relativamente aos crimes contra o sistema financeiro nacional e a ordem econômico-financeira. Com efeito, basta analisar o art. 109, IV, do mesmo Texto Constitucional para constatar, sem dificuldade, que toda e qualquer infração penal será submetida à competência da Justiça Federal *quando for praticada em detrimento de bens, serviços ou interesse da União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas*, excluídas as contravenções e ressalvada a competência da Justiça Militar e da Justiça Eleitoral.

Aliás, não foi com base em outra interpretação que o Supremo Tribunal Federal assentou, por ocasião do julgamento do Recurso Extraordinário n. 502.915-8/SP, de relatoria do Ministro Sepúlveda Pertence, que o art. 109, VI, da Constituição Federal, “antes amplia do que restringe a competência da Justiça Federal: possibilita ele, com efeito, que a partir das peculiaridades de determinadas condutas lesivas ao sistema financeiro nacional e à ordem econômico-financeira, possa a legislação ordinária subtrair da Justiça estadual a competência para julgar causas que se recomenda sejam apreciadas pela Justiça Federal, mesmo que não abrangidas pelo art. 109, IV, da Constituição” (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007)²⁸.

Na doutrina, Manoel Pedro Pimentel (1987, p. 23) já destacava, ao formular seus prestigiados comentários à Lei n. 7.492/86 – portanto antes do advento da Constituição de 1988 – que o sistema financeiro nacional *constitui bem, serviço e interesse da União*, razão pela qual a própria lei previu que o julgamento dessas infrações penais caberá à Justiça Federal, mediante a iniciativa do Ministério Público Federal.

Dessa forma, ainda que não apresentem disposição infraconstitucional expressa quanto à competência federal, os crimes perpetrados contra o sistema financeiro nacional e contra a ordem econômico-financeira submeter-se-ão, do mesmo modo, ao âmbito de atuação da Justiça Federal, *sempre que levados a efeito* em detrimento de bens, serviços ou interesse da

União ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas. “Do contrário – argumenta de modo irrefutável o Ministro Pertence –, poderiam surgir situações em que o crime seria julgado pela Justiça estadual mesmo que cometido contra bens, serviços e interesses, por exemplo, do Banco Central, com repercussões quiçá em toda a ordem econômico-financeira brasileira” (cf. Recurso Extraordinário n. 502.915-8/SP) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007)²⁹.

Vale dizer: a prevalecer o entendimento de que a hipótese do art. 109, VI, da Constituição da República (BRASIL, 1988)³⁰, afastaria a competência da Justiça Federal para os casos de crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira que atentam contra bens, serviços e interesses da União ou de suas entidades autárquicas, que não possuem, na legislação infraconstitucional, disposição expressa acerca dessa especial competência, estar-se-ia dando azo à interpretação exclusivamente gramatical – e, portanto, limitada – dos dispositivos constitucionais sob análise, o que, evidentemente, não pode ser admitido, sob pena de “impingir ao inciso VI o sentido diametralmente oposto ao que se extrai da interpretação sistemática e teleológica dos demais dispositivos relativos à competência da Justiça Federal” (cf. Recurso Extraordinário n. 502.915-8-SP) (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2007)³¹.

Recentemente, aliás, entendeu o Superior Tribunal de Justiça, em acórdão da lavra do E. Ministro Arnaldo Esteves Lima (Conflito de Competência n. 82.961) (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009)³², que a competência para o processo e o julgamento do delito estampado no art. 27-C da Lei n. 6.385/76 (manipulação de mercado) – aplicável ao crime de *insider trading* pela identidade de natureza jurídica – pertence, de fato, à Justiça Federal, *independentemente* da ausência de previsão de competência da Justiça Federal. Na ocasião, sustentou-se que a “Lei 6.385/76 não prevê a competência da Justiça Federal; porém, é indiscutível que, caso a conduta possa gerar lesão ao sistema financeiro nacional, na medida em que põe em

risco a confiabilidade dos aplicadores no mercado financeiro, a manutenção do equilíbrio dessas relações, bem como a higidez de todo o sistema, existe o interesse direto da União”.

Assim, podemos concluir que o fundamento da competência da Justiça Federal para processar o crime do art. 27-D da Lei n. 6.385/76 não reside *exclusivamente* no art. 109, VI, da Constituição Federal, mas no inciso IV do mesmo dispositivo constitucional, em vista da violação direta e frontal, pela prática do crime de *insider trading*, dos *serviços* de fiscalização e do notório *interesse* da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), autarquia federal de regime especial, na preservação de um hígido e eficiente mercado de capitais.

Poder-se-ia objetar, de outro lado, que mesmo na perspectiva do art. 109, IV, da Carta Magna, descaberia cogitar a competência da Justiça Federal em virtude da *inexistência* de lesão direta ou imediata a bens, serviços ou interesses da autarquia federal (CVM).

Discordamos, uma vez mais. Aqueles que negam a competência da Justiça Federal para o julgamento dos crimes contra o mercado de capitais partem do *equivocado pressuposto* que é o Estado o lesado pelo uso indevido de informação privilegiada quando, em verdade, multifacetados são os interesses prejudicados pelo uso indevido da informação privilegiada e, por conseguinte, vários são os ofendidos.

Nenhum interesse, todavia, é mais palpável ou latente do que aquele enfeixado nas mãos da autarquia federal (CVM) que, por força de norma específica, exerce as indeclináveis funções de assegurar o *funcionamento eficiente e regular* dos mercados de bolsa e de balcão, de *proteger* os titulares de valores mobiliários contra emissões irregulares e atos ilegais de administradores e acionistas controladores de companhias ou de administradores de carteira de valores mobiliários, de *evitar* ou *coibir* modalidades de fraude ou manipulação destinadas a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço de valores mobiliários negociados no

mercado, de *assegurar* o acesso do público a informações sobre valores mobiliários negociados e as companhias que os tenham emitido, de *assegurar* a observância de práticas comerciais equitativas no mercado de valores mobiliários e de *promover a expansão e o funcionamento eficiente e regular do mercado de ações* e estimular as aplicações permanentes em ações do capital social das companhias abertas.

Em outro dizer: como negar que a conduta daquele que se vale indevidamente de uma informação privilegiada expõe a risco os *serviços de fiscalização* e de *regulamentação*, bem como o notório *interesse* da CVM em preservar o mercado de capitais saudável e hígido, livre de práticas desleais que possam prejudicar o dever de lealdade e de igualdade na transmissão de informações relevantes?

Deveras, haja vista a posição estratégica desempenhada hodiernamente no mercado de capitais brasileiro, a CVM não pode ser considerada mera “parte desinteressada”. Seu interesse, registre-se, é diverso do interesse do Estado – este sim genérico e mediato – e dos investidores do mercado de capitais. A lesividade do *insider* – relembre-se – não se restringe à ofensa aos acionistas, administradores ou investidores da companhia (ou companhias) envolvida(s) na negociação dos valores mobiliários. O delito também alcança a confiança e a lisura das operações concretizadas no bojo do mercado de capitais, elementos que constituem sua base e propiciam seu desenvolvimento.

Sob esse contexto, oportuno salientar, em ordem a demonstrar o manifesto *interesse* da CVM na adequada repressão ao uso indevido de informação privilegiada, o teor da citada Instrução n. 358/2002, editada para o fim de regulamentar e tipificar, na seara administrativa, a nociva prática do *insider trading*, trazendo importantes elementos que compõem o tipo penal do art. 27-D da Lei n. 6.385/76, como, por exemplo, o conceito de ato ou fato relevante (art. 2º), os deveres de guarda de sigilo (art. 8º) e as

vedações às negociações por aqueles que detêm informação privilegiada (art. 11).

De fato, o *interesse* da Comissão de Valores Mobiliários (CVM) na prevenção e na repressão administrativa às infrações perpetradas no âmbito do mercado de capitais é tão manifesto, tão eloquente, que ela firmou um convênio com o Ministério Público Federal – e não com o Ministério Público Estadual – que, dentre os atos de cooperação técnica e jurídica, estabelece: “I) o estreitamento do relacionamento institucional da CVM e do MPF, de modo a imprimir-se maior agilidade e efetividade nas ações de prevenção, apuração e repressão às práticas lesivas ao mercado de capitais adotadas pelas partes, em conjunto ou separadamente (...); IV) o desenvolvimento e o aprimoramento das técnicas e dos procedimentos empregados na apuração, na prevenção e na repressão de práticas lesivas ao mercado de capitais; e V) as comunicações da CVM ao MPF para que este adote as medidas legais cabíveis em defesa dos interesses do mercado de valores mobiliários e dos seus respectivos investidores, nas esferas administrativa, civil ou criminal” (CVM; MPF, 2008)³³.

Nesse sentido, é possível deduzir que, uma vez verificado o cometimento de crime previsto na Lei n. 6.385/76, poderá a CVM habilitar-se como assistente da acusação, defendendo, no processo penal, interesse que em nenhum momento se confunde com o *jus puniendi* veiculado pelo Ministério Público Federal por intermédio de ação penal pública (cf. art. 26, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86) (BRASIL, 1986)³⁴.

Em suma: os crimes contra o mercado de capitais, em especial o delito de *insider trading* (art. 27-D da Lei n. 6.385/76), violam direta e frontalmente os *serviços* de fiscalização e de regulamentação, bem como o notório *interesse* da autarquia federal Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em assegurar um mercado de valores mobiliários hígido, saudável, íntegro e eficiente, de modo a ensejar a incidência da regra de competência da Justiça Federal prevista no art. 109, IV, da Constituição da República.

4.5 Conclusões

Do presente trabalho extraem-se as seguintes conclusões:

1. O mercado de capitais desempenha papel de extrema importância no desenvolvimento da sociedade e da economia, de modo que a eficiência de suas funções deve ser assegurada pelo ordenamento jurídico.

2. A eficiência da informação estará presente quando demonstrada a capacidade dos mercados em incorporar toda a informação disponível nos preços. Assim, para garantir um mercado de concorrência perfeita, a informação deve ser pública, franqueada indistintamente, possibilitando que todos os agentes participem do mercado de capitais em verdadeira igualdade de condições, ou seja, sob simetria informacional.

3. Na esteira do direito norte-americano, o Brasil adotou a regra da informação plena no mercado de capitais (*full disclosure*), além da ideia de que determinadas pessoas estão vinculadas à companhia por intermédio de uma relação de confiança (*fiduciary relationship*) e de lealdade (*standard of loyalty*);

4. Os *insiders* são pessoas que, em virtude de especiais circunstâncias derivadas de seu relacionamento com a companhia, têm acesso a informações sigilosas capazes de influenciar, de modo ponderável, na decisão dos investidores do mercado de vender ou comprar valores mobiliários emitidos pela empresa. Em virtude dos postulados da lealdade e da informação plena, os *insiders* têm o dever de divulgar o fato relevante a que tiveram conhecimento ou absterem-se de utilizar a informação considerada privilegiada em benefício próprio ou de outrem (*disclose or refrain from trading*).

5. A criação do delito de *insider trading* no Brasil (art. 27-D da Lei n. 6.385/76) acompanha a experiência desenvolvida em outros países,

afigurando-se necessária para a adequada proteção dos interesses envolvidos.

6. O bem jurídico protegido pelo crime de *insider trading* é a confiança e as regras de transparência e de informação plena vigentes no mercado de capitais. Trata-se de bem jurídico supraindividual que está relacionado ao correto, regular e eficiente funcionamento de um sistema com conformação constitucional, qual seja, a ordem econômica.

7. O *insider trading* é um crime próprio. Somente aquelas pessoas que tenham o dever de manter sigilo sobre a informação ou fato relevante é que, ao utilizarem a informação privilegiada, cometerão o delito estampado no art. 27-D da Lei n. 6.385/76. O dever de sigilo deve ser extraído do art. 155, § 1º, da Lei n. 6.404/76 e do art. 8º da Instrução CVM n. 358/2002.

8. A competência para o processo e o julgamento do crime de *insider trading* pertence à Justiça Federal, nos termos do art. 109, IV, da Constituição da República. O uso indevido de informação privilegiada viola direta e frontalmente os serviços de fiscalização e de regulamentação, bem como o notório interesse da autarquia federal Comissão de Valores Mobiliários (CVM) em estabelecer um mercado de valores mobiliários hígido, saudável, íntegro e eficiente.

REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcello de. Os crimes contra o sistema financeiro nacional no esboço da nova parte especial do Código Penal de 1994. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 11, jul./set. 1995, p. 145-165.

ASSIS MACHADO, Marta Rodriguez de. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político--criminais**. São

Paulo: IBCCRIM, 2005.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo**. Barcelona-Espanha: Ediciones Paidós, 1998.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução n. 358 de 3 de janeiro de 2002**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm. Acesso em: 22 dez. 2010.

BRASIL. **Lei n. 6.385 de 7 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385.htm>. Acesso em: 22 dez. 2010.

BRASIL. **Lei n. 6.404 de 7 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6404.htm>. Acesso em: 22 dez. 2010.

BRASIL. **Lei n. 7.492 de 16 de junho de 1986**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm>. Acesso em: 22 dez. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário n. 502.915-8/SP. Primeira Turma. Relator: Sepúlveda Pertence. J. 13-2-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28502915%2E+OU+502915%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Conflito de Competência n. 82.961/SP. Terceira Seção. Relator: Ministro Arnaldo Esteves Lima. J. 27-5-2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=82961&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

BRASIL. **Termo de Cooperação Técnica que entre si celebram a CVM – Comissão de Valores Mobiliários e o Ministério Público Federal,**

visando ao intercâmbio e à cooperação técnica e operacional relacionados ao Mercado de Capitais de 8 de maio de 2008. Disponível em:

<http://www.cvm.gov.br/port/convenios/Convenio_Ministerio_%20Publico_Federal.pdf>. Acesso em: 22 dez. 2010.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CARVALHOSA, Modesto. **A nova Lei das S/A.** São Paulo: Saraiva, 2002.

COMPARATO, Fabio Konder. **A regra do sigilo nas ofertas públicas de aquisição de ações.** Revista de Direito Mercantil, n. 49, jan./mar. 1983, p. 56-73.

CONVÊNIO com Ministério Público agiliza processos: liminares impedem acusados de *insider* de embolsar os lucros com as operações. **Revista ValorInveste**, ano 7, dez. 2009/jan. 2010, n. 35, p. 29-30.

CORROZA, Elena Íñigo. **La revelancia del fraude en los delitos de competencia en concreto: maquinaciones para elevar el precio de las cosas (art. 284 CP) y uso de información privilegiada (art. 285 CP). ¿Libertad económica o fraudes punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial.** Jesús-María Silva Sanchez (director). Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A., 2003.

COSTA PINTO, Frederico de Lacerda da. **O novo regime dos crimes e contraordenações no Código dos Valores Mobiliários,** Portugal-Coimbra: Almedina, 2000.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Punibilidade no sistema financeiro nacional, tipos penais que tutelam o sistema financeiro nacional, incluindo o mercado de capitais.** Campinas, São Paulo: Millennium, 2003.

EIZIRIK, Nelson. **Mercado de capitais – regime jurídico.** 2. ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

FARIA COSTA, José de; RAMOS, Maria Elisabete. **O crime de abuso de informação privilegiada (“insider trading”) – a informação enquanto problema jurídico-penal.** Coimbra: Coimbra Editora, 2006.

FEIJOO SÁNCHEZ, Bernardo. **Cuestiones actuales de derecho penal económico.** Buenos Aires-Argentina: Editorial B de F, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Temas básicos da doutrina penal**, Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

FOFFANI, Luigi. **Protección del crédito, la bolsa y el ahorro**. In: TIEDEMANN, Klaus (director); MARTÍN, Adán Nieto (coord.). Eurodelitos. El Derecho Penal económico en la Unión Europea. España-Cuenca: Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2004.

GARCIA CAVERO, Percy. **Derecho penal económico, parte general**, Tomo I, 2ª edición, Lima-Perú: Editora Jurídica Grijley, 2007.

GRECO, Luís. Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 49, 2004, p. 89-147.

HEFENDEHL, Roland. **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A., 2007.

HERNÁNDEZ SAINZ, Esther. **El abuso de información privilegiada en los mercados de valores**. Pamplona, España: Thomson, Civitas, 2007.

HUNGRIA, Nelson, **Comentários ao Código Penal**. v. I, Rio de Janeiro: Forense, 1958.

JAKOBS, Günther. **¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?** Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004.

LEÃES, Luís Gastão Paes de Barros. **Mercado de capitais & “insider trading”**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982.

MARTINS PROENÇA, José Marcelo. **“Insider Trading” – regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados. In: **Temas de direito processual**, 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1980.

NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil comentado**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOGAMI, Otto. **Princípios de economia**. 5. ed. revista. São Paulo: Thomson Learning, 2006.

NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal e, a partir dele, aos dispositivos correlatos de toda a**

legislação especial, inclusive do Código de Processo Penal Militar. v. I, Bauru, São Paulo: Edipro, 2002.

PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989.

PARENTE, Norma Jonssen. **Aspectos jurídicos do “insider trading”.** Texto publicado em: www.cvm.gov.br/port/public/publ/Publ_600.asp. Acesso em: 18 mar. 2008.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o sistema financeiro nacional – comentários à Lei 7.492, de 16.6.86.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

POSNER, Richard. **The economics of justice.** Harvard University Press, 1983.

POSNER, Richard A.; PARISI, Francesco. **Economic Foundations of Private Law** (An Elgar Critical Writings Reader), 2002.

QUIROGA, Jacobo Lopez Barja de. El abuso de información privilegiada, p. 433. *In: Derecho penal económico.* Enrique Bacigalupo (director), 1. ed., Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal, parte geral.** v. I, 2. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general. Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito.** Madrid: Civitas Ediciones, 2008.

_____. **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal,** organização e tradução de André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário.** 3. ed. revista e ampliada, São Paulo: Malheiros, 2006.

SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco.** São Paulo: Quartier Latin, 2006.

SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI.** Rio de Janeiro: Record, 2005.

SÃO PAULO. Justiça Federal de Primeiro Grau. Ação Penal n. 2009.61.81.005123-4. 6ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo. Protocolada em: 4-5-2009. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 22 dez. 2010.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales**. Montevideo-Buenos Aires: Editorial B de F, 2ª edición, 2008.

_____. **Eficiência e direito penal**. Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11, Barueri-SP: Manole, 2004.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007.

1 Este trabalho contou com a inestimável contribuição do Professor João Daniel Rassi, a quem, de público, agradeço.

2 BRASIL. **Lei n. 6.385 de 7 de dezembro de 1976**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385.htm>. Acesso em: 22 dez. 2010.

3 Segundo informação colhida na **Revista ValorInveste**, em quarenta anos a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) instaurou apenas 67 (sessenta e sete) processos administrativos visando a apuração de possível prática de uso de informação privilegiada (CONVÊNIO com Ministério Público agiliza processos: liminares impedem acusados de *insider* de embolsar os lucros com as operações. **Revista ValorInveste**, ano 7, dez. 2009/jan. 2010, n. 35, p. 30).

4 Trata-se da Ação Penal n. 2009.61.81.005123-4, movida pelo Ministério Público Federal perante a 6ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo, contra Luiz Gonzaga Murat Junior e Romano Ancelmo Fontana Filho. SÃO PAULO. Justiça Federal de Primeiro Grau. Ação Penal n. 2009.61.81.005123-4. 6ª Vara Criminal da Subseção Judiciária de São Paulo. Protocolada em: 4-5-2009. Disponível em: <http://www.jfsp.jus.br/foruns-federais/>. Acesso em: 22 dez. 2010.

5 A função de formação de capital ocorre mediante a transformação de serviços específicos do mercado em diferentes formas, as quais são delineadas por José Marcelo Martins Proença (MARTINS PROENÇA, José Marcelo. **Insider Trading – regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 73) nos seguintes termos: “a) conversão de ativos líquidos em investimentos fixos; b) transformação de prazos – um mercado de capitais é planejado para transformar empréstimos concedidos relativamente em curto prazo em empréstimos tomados possivelmente em longo prazo; o emprestador original pode resolver liquidar seu investimento quando assim o desejar, enquanto o tomador recebe recursos de longo prazo,

aplicáveis em investimentos de longo prazo, por um período de tempo definido e sob acordos fixados de retorno e reembolso; c) a transformação de magnitudes de capital – representadas pela transformação de pequenos e médios montantes de capital em grandes montantes; isso se verifica porque, no mercado de capitais, o capital, via de regra, é acumulado gradativamente, ou seja, pequenas quantias, surgindo umas após as outras, acabam tornando-se grandes investimentos, somente visíveis por meio dos serviços de captação do mercado de capitais; d) transformação dos riscos – o risco, ao se investir dinheiro, significa tanto o risco de retorno e reembolso, como o risco provocado pela inexistência de liquidez no caso de o investidor querer resgatar o seu investimento; ambos são, de fato, reduzidos, quando se dispõe de um mercado de capitais bem organizado”.

6 Consoante Otavio Yazbek (YAZBEK, Otavio. **Regulação do mercado financeiro e de capitais**, Rio de Janeiro: Elsevier, 2007, p. 188-189), a *assimetria informacional* no mercado representa uma “falha de mercado justificadora, tradicionalmente, da regulação financeira”. E continua Yazbek: “Daí podem advir aquelas situações de *moral hazard*, em que o agente mais informado se beneficia da hipossuficiência dos demais, e, já em um outro plano, também mecanismos de seleção adversa, tendo em vista a generalizada perda de confiança nos mecanismos de mercado”.

7 Deveras, tal é a importância do postulado da informação, que Calixto Salomão Filho (SALOMÃO FILHO, Calixto. **O novo direito societário**, 3. ed., rev. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 154) não vislumbra exagero em considerá-lo “central para o funcionamento e a própria existência do mercado de capitais”, no que é acompanhado por José Marcelo Martins Proença (MARTINS PROENÇA, José Marcelo. **“Insider Trading” – regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 134), que enxerga a relevância da regulação da informação no mercado de capitais “no sentido de ser esta um meio eficaz de proteção do investidor, já que o habilita a tomar conscientemente, ao menos, em tese, as suas decisões de investimento”.

8 Sob o argumento de que, no caso brasileiro, “inexistindo uma tradição de mercado, e sendo o investidor médio despreparado para absorver a massa de informações colocadas à sua disposição (balanços, prospectos etc.), pareceria falacioso, dizer que os investidores, de posse desses dados, estão devidamente protegidos” (LEÃES, Luís Gastão Paes de Barros. **Mercado de capitais & “insider trading”**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 133).

9 Nesse sentido merecem registro as regras emitidas pela SEC (*Securities Exchange Commission*) norte-americana a partir do *crash* da bolsa em 1929, notadamente a *Section 10 b*) e a *Section 16 b*) do *Securities Exchange Act* de 1934 e a *Rule 10b-5*, emitida em 1942. De acordo com Fábio Konder Comparato (1983, p. 58), “A ideia central que orientou a elaboração das famosas leis de 1933 e 1934, nos Estados Unidos, foi exposta, pela primeira vez, em artigo de 1914 de Louis D. Brandeis (*Other People’s Money*), eminente advogado que seria depois juiz na Corte Suprema. Era a profilaxia do mercado, por meio da mais ampla e completa informação ao público. Na frase sempre citada, ‘assim como a luz solar é tida como o melhor dos desinfetantes, a luz elétrica é o mais eficiente policial. A lei, frisou

Brandeis, não deveria tentar evitar que os investidores fizessem maus negócios. O controle e a intervenção estatal constituiriam, no caso, um remédio pior do que a moléstia. Dever-se-ia, antes, partir do princípio de que o público investidor é bastante adulto para, uma vez adequadamente informado, tomar as decisões econômicas que julgar melhores, segundo seus próprios interesses, dos quais é o único juiz competente”. Para uma profunda abordagem sobre a experiência norte-americana na proteção da informação no mercado de capitais, veja-se Luís Gastão Paes de Barros Leães (LEÃES, Luís Gastão Paes de Barros. **Mercado de capitais & “insider trading”**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1982, p. 139 *et seq.*). Para uma visão do tratamento do uso indevido de informação privilegiada no Direito Comparado, confira-se José Marcelo Martins Proença (MARTINS PROENÇA, José Marcelo. **“Insider Trading” – regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 203-268).

10 BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução n. 358 de 3 de janeiro de 2002**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/>. Acesso em: 22 dez. 2010.

11 Vale, portanto, nessa quadra, a observação de Nelson Eizirik, Ariádna B. Gaal, Flávia Parente e Marcus de Freitas Henriques (2008, p. 469), no sentido de que “o critério fundamental para configurar um ato relevante não é apenas verificar se ele está incluído na mencionada relação exemplificativa, mas saber se ele pode influenciar a cotação das ações da companhia, a intenção dos investidores de comprá-las ou vendê-las ou de exercerem quaisquer direitos inerentes à condição de titulares de tais ações”.

12 BRASIL. **Lei n. 6.404 de 7 de dezembro de 1976**. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L6385.htm. Acesso em: 22 dez. 2010.

13 Sobre o que vem a ser *conceito jurídico indeterminado*, eis o magistério de José Carlos Barbosa Moreira (MOREIRA, José Carlos Barbosa. Regras de experiência e conceitos juridicamente indeterminados, *in*: **Temas de direito processual**, 2ª série, São Paulo: Saraiva, 1980, p. 64): “Nem sempre convém, e às vezes é impossível, que a lei delimite com traço de absoluta nitidez o campo de incidência de uma regra jurídica, isto é, que descreva em termos pormenorizados e exaustivos todas as situações fáticas a que há de ligar-se este ou aquele efeito no mundo jurídico. Recorre então o legislador ao expediente de fornecer simples indicações de ordem genérica, dizendo o bastante para tornar claro o que lhe parece essencial, e deixando ao aplicador da norma, no momento da *subsunção* – quer dizer, quando lhe caiba determinar se o fato singular e concreto com que se defronta corresponde ou não ao modelo abstrato –, o cuidado de ‘preencher os claros’, de cobrir os ‘espaços em branco’. A doutrina costuma falar, ao propósito, em ‘conceitos jurídicos indeterminados’ (*unbestimmte Rechtsbegriffe*)”. Nelson Nery Junior e Rosa Maria de Andrade Nery (NERY JUNIOR, Nelson. **Código Civil comentado**, 6. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 190), entretanto, preferem a denominação *conceito legal indeterminado*, assinalando que a “indeterminação está na norma legal e não na forma” e que a “indeterminação é, por outro lado, também das expressões de que se compõe o conceito legal”.

14 A Escola de Chicago (*Chicago School*), cujo representante maior, na área jurídica, é o magistrado e professor norte-americano Richard Posner, preconiza a preponderância da

eficiência produtiva, ou seja, a análise da equação custo/benefício na elaboração de políticas jurídicas e na fundamentação das decisões judiciais, considerando a eficiência econômica como verdadeiro valor jurídico. Para um detalhamento sobre a Escola de Chicago e o pensamento de Posner (POSNER, Richard A. **The economics of justice**, Harvard University Press, 1983) e *Economic Foundations of Private Law*, de Richard A. Posner e Francesco Parisi (POSNER, Richard A.; PARISI, Francesco. **Economic Foundations of Private Law (An Elgar Critical Writings Reader)**, 2002). Para uma visão da teoria do *Law and Economics* aplicada ao Direito Penal: Jesús-María Silva Sánchez (SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **Eficiência e direito penal**, Coleção Estudos de Direito Penal, v. 11, Barueri-SP: Manole, 2004).

[15](#) Segundo se colhe do Dicionário de Economia do Século XXI de Paulo Sandroni (SANDRONI, Paulo. **Dicionário de economia do século XXI**, Rio de Janeiro: Record, 2005, p. 121), a teoria da captura foi desenvolvida no campo da regulação por George Stigler, partindo da ideia “que um ramo industrial regulamentado pode beneficiar-se dessa regulamentação ‘capturando’ ou subordinando a agência governamental encarregada de gerenciar tal regulamentação. As razões para que isso aconteça são várias: 1) a indústria geralmente dispõe de conhecimentos técnicos sobre o setor bem maiores do que a agência governamental, o que significa que esta última até certo ponto depende da indústria nesse âmbito; 2) os funcionários da agência governamental podem sair dos quadros da indústria, ou então estes poderão ocupar no futuro posições nas agências governamentais; 3) a agência governamental por vezes necessita que a indústria reconheça sua necessidade e obtenha cooperação informal por parte da indústria”. Para uma específica abordagem da teoria da captura no âmbito das agências reguladoras, veja-se Alexandre Santos de Aragão (ARAGÃO, Alexandre Santos de. **Agências reguladoras e a evolução do direito administrativo econômico**, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 365-367).

[16](#) Embora, em verdade, não haja unanimidade, consoante se analisará oportunamente, acerca daquilo que efetivamente se protege – mormente no campo do Direito Penal – e de que modo – ou grau – deve ocorrer a proteção. Deveras, indica-se extensa gama de bens jurídicos que mereceriam tutela penal através da criminalização do **insider trading**, neste trabalho declinados sem nenhuma pretensão de exaurimento, a saber: o patrimônio dos investidores, o patrimônio da companhia, a confiança da sociedade, a igualdade de acesso à informação, a justiça informativa das cotações, a integridade do mercado de valores mobiliários, ou mesmo a sua transparência e eficiência.

[17](#) Além do crime de “uso indevido de informação privilegiada”, a Lei n. 10.303/2001 alçou à categoria de tipos penais a “manipulação do mercado” (art. 27-C da Lei n. 6.385/1976) e o “exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função no mercado de valores mobiliários” (art. 27-E da Lei n. 6.385/1976).

[18](#) Nesse mesmo diapasão, preconizando a correção da criminalização, no Brasil, do **insider trading**: José Marcelo Martins Proença (MARTINS PROENÇA, José Marcelo. **“Insider Trading” – regime jurídico do uso de informações privilegiadas no mercado de capitais**. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p. 312).

19 Nada obstante o fato de que, consoante adverte o mesmo autor, “é de se ver que a história menciona momentos anteriores, onde podem ser vislumbradas origens do Direito Penal Econômico. Assim, Roma conheceu a *Lex Julia de Annona*; a Alemanha medieval do século XVIII editou as normas para a fabricação de cerveja, enquanto França punia a especulação de mercadorias e títulos a partir do Código de 1810” (SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 20).

20 O viés expansionista desse “novo” Direito Penal tem sido combatido veementemente pelos adeptos da denominada Escola de Frankfurt, de onde se destacam Hassemer, Herzog, Prittwitz, Naucke, P.A Albrecht. Entretanto, como assinala Percy Garcia Caveró (GARCIA CAVERO, Percy. **Derecho penal económico, parte general**, Tomo I, 2ª edición, Lima-Perú: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 82), antes de se constituir propriamente em uma Escola com uma linha de pensamento claramente definida em Direito Penal, a chamada Escola de Frankfurt reúne, em verdade, autores diversos com claras diferenças ideológicas e metodológicas, quiçá com um único denominador comum, qual seja, o de criticar a normatização das categorias dogmáticas a partir das propostas funcionalistas. Em síntese: “Los frankfurtianos advierten que en los procesos de *neocriminalización* en el ámbito de la economía el Derecho penal está dejando de ser un instrumento de reacción frente a lesiones graves de la libertad de los ciudadanos para convertirse en instrumento de una política de seguridad” (GARCIA CAVERO, Percy. **Derecho penal económico, parte general**, Tomo I, 2ª edición, Lima-Perú: Editora Jurídica Grijley, 2007, p. 83).

21 Confira-se, a propósito da perspectiva da doutrina penal brasileira sobre o tema: Marta Rodriguez de Assis Machado (ASSIS MACHADO, Marta Rodriguez de. **Sociedade do risco e direito penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**, São Paulo: IBCCRIM, 2005); Alamiro Velludo Salvador Netto (SALVADOR NETTO, Alamiro Velludo. **Tipicidade penal e sociedade de risco**, São Paulo: Quartier Latin, 2006; e Pierpaolo Cruz Bottini (BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de perigo abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007).

22 Segundo Claus Roxin (ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 2008, p. 61), os adeptos da Escola de Frankfurt também se manifestam contra os problemas da sociedade moderna ou de risco (meio ambiente, economia, processamento de dados, drogas, comércio, enfim, a criminalidade organizada) mediante a utilização de um Direito Penal Preventivo, preconizando, dessarte, a solução por outras vias, como, por exemplo, o Direito de Intervenção (Hassemer) e o Direito Penal de Velocidades (Silva Sánchez).

23 A corrente doutrinária que acata a defesa, pelo Direito Penal, de bens coletivos é denominada, segundo aponta Luís Greco (GRECO, Luís. **Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito**, Revista Brasileira de Ciências Criminais, n. 49, 2004, p. 102-103), de “concepção dualista de bem jurídico”, enquanto a doutrina que sustenta a exclusividade da via penal para a proteção de interesses individuais ou de, no máximo, bens jurídicos da

coletividade referíveis a indivíduos concretos, denomina-se “concepção monista-pessoal de bem jurídico”.

24 Para a fundamentação constitucional do Direito Penal Econômico: Márcia Dometila Lima de Carvalho (CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do direito penal**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992). Em uma visão mais ampla: Francesco C. Palazzo (PALAZZO, Francesco C. **Valores constitucionais e direito penal**, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1989).

25 Cujas atuação, segundo Miguel Reale Junior (REALE JUNIOR, Miguel. **Instituições de direito penal, parte geral**, v. I, 2. ed., Rio de Janeiro: Forense, 2006, p. 3), deve ter caráter formal e residual, atuando apenas “diante do fracasso dos instrumentos informais de controle”.

26 Observe-se, por oportuno, que o presente trabalho parte da ideia de que a missão do Direito Penal é a proteção de bens jurídicos (cf. ROXIN, Claus. **Derecho penal, parte general, Tomo I, Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Madrid: Civitas Ediciones, 70, § 38, 2008 e **A proteção de bens jurídicos como função do direito penal**, org. trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomoli, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006). Não se pode deixar de registrar, contudo, as diversas manifestações em sentido contrário, capitaneadas, principalmente, por Günther Jakobs (JAKOBS, Günther. **¿Qué protege el derecho penal: bienes jurídicos o la vigencia de la norma?** Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo, 2004). Sobre essa discussão, confira-se, ainda: Roland Hefendehl (HEFENDEHL, Roland, **La teoría del bien jurídico, ¿Fundamento de legitimación del derecho penal o juego de abalorios dogmático?** Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas Y Sociales S.A., 2007) e Luís Greco (GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade” e crimes de perigo abstrato – uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, n. 49, 2004, p. 89-147).

27 Nesse sentido: Fausto Martin De Sanctis (DE SANCTIS, Fausto Martin. **Punibilidade no sistema financeiro nacional, tipos penais que tutelam o sistema financeiro nacional, incluindo o mercado de capitais**. Campinas, São Paulo: Millennium, 2003, p. 119). Na mesma trilha, negando a competência da Justiça Federal, Carlos Frederico Coelho Nogueira (NOGUEIRA, Carlos Frederico Coelho. **Comentários ao Código de Processo Penal e, a partir dele, aos dispositivos correlatos de toda a legislação especial, inclusive do Código de Processo Penal Militar**, v. I, Bauru, São Paulo: Edipro, 2002, p. 908).

28 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 502.915-8/SP, Primeira Turma, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 13-2-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28502915%2EENUME%2E+OU+502915%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

29 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 502.915-8/SP, Primeira Turma, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 13-2-2007. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp>>

s1=%28502915%2ENUME%2E+OU+502915%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>
. Acesso em: 22 dez. 2010.

30 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em:
22 dez. 2010.

31 BRASIL, Supremo Tribunal Federal, Recurso Extraordinário n. 502.915-8/SP, Primeira Turma, Rel. Sepúlveda Pertence, j. 13-2-2007. Disponível em:
<<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%28502915%2ENUME%2E+OU+502915%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>
. Acesso em: 22 dez. 2010.

32 BRASIL, Superior Tribunal de Justiça, Conflito de Competência n. 82.961/SP, Terceira Seção, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, j. 27-5-2009. Disponível em:
<<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=82961&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=1>>. Acesso em: 22 dez. 2010.

33 BRASIL. **Termo de Cooperação Técnica que entre si celebram a CVM – Comissão de Valores Mobiliários e o Ministério Público Federal, visando ao intercâmbio e à cooperação técnica e operacional relacionados ao Mercado de Capitais de 8 de maio de 2008**. Disponível em:
<http://www.cvm.gov.br/port/convenios/Convenio_Ministerio_%20Publico_Federal.pdf>.
Acesso em: 22 dez. 2010.

34 BRASIL. **Lei n. 7.492 de 16 de junho de 1986**. Disponível em:
<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L7492.htm>. Acesso em: 22 dez. 2010.

5 APONTAMENTOS SOBRE A CRIMINALIDADE INFORMÁTICA

Augusto Eduardo de Souza Rossini

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw; professor de Direito Constitucional no curso de graduação em Direito e de Tutela Punitiva da Sociedade da Informação no Núcleo de Mestrado em Direito da UniFMU; professor da Escola Superior do Ministério Público do Estado de São Paulo; mestre e doutor em Direito Penal pela PUCSP; promotor de Justiça e ex-coordenador do CAOCrim – Centro de Apoio Operacional às Promotorias de Justiça Criminais do Estado de São Paulo; diretor-geral do Departamento Penitenciário Nacional; presidente do MPCrim – Associação Nacional do Ministério Público Criminal.

Auriney Uchôa de Brito

Professor de pós-graduação em Direito Penal e Processual Penal da Escola Paulista de Direito; professor de Direito Penal Econômico da UniFMU/SP; doutorando em Direito Penal pela Universidad de Buenos Aires; mestre em Direito na Sociedade da Informação pela UniFMU/SP; especialista em Direito Penal Econômico Europeu pela Universidade de Coimbra; especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Universidade Gama Filho/RJ; especialista em Direito Penal e Processo Penal pela Escola Paulista de Direito; membro da Comissão de Direito na Sociedade da Informação da OAB/SP; consultor, parecerista e advogado Criminal do Escritório Brito & Santos Advogados Associados.

5.1 Noções introdutórias

Não é nova a preocupação com a criminalidade informática. Desde a década de 70, quando o mundo passou a ter certeza da existência da então

denominada *criminalidade mediante computadores*, é que se buscam as formas de controlar essa manifestação patológica do avançar tecnológico.

Essa certeza ocorreu graças a alguns grandes casos como o da empresa norte-americana de seguros, a *Equity Funding Corporation of America*, que, no ano de 1973, razão de uma fraude no seu sistema de processamento de dados que controlava as apólices de seguros, sofreu um prejuízo de mais de 30 milhões de dólares e foi à falência.

Até então se pensava que as condutas criminosas mediante computadores só se passavam no âmbito da criminalidade econômica. Na Alemanha – um dos primeiros países a se manifestar legislativamente contra essas práticas – os movimentos iniciais de criminalização ocorreram para punir práticas atentatórias à ordem econômica.

Apenas a partir da década de 80, após algumas conclusões do Comitê Europeu para os problemas criminais do Conselho da Europa, é que se verificou que essas condutas também violavam outros direitos como a privacidade e os direitos autorais dos cidadãos.

No entanto, essa preocupação com o aumento de crimes que envolvem a internet como meio de execução foi intensificada em nossa atual realidade e configura uma ameaça invisível que causa os mais variados danos e incomensuráveis prejuízos para pessoas físicas e jurídicas, públicas e privadas. Ademais, não há, ainda, um efetivo controle por parte do Estado, fator este que fomenta as situações de autotutela como forma de resolução dos conflitos que surgem.

É uníssona a ideia de que a modernidade, junto com os benefícios tecnológicos, econômicos e sociais, trouxe uma série de novos riscos que incrementaram todos os contatos sociais. A rede mundial de computadores, por sua vez, como ferramenta que revolucionou os meios de comunicação pessoal, foi a responsável pela integração mundial desses contatos, distribuindo, conseqüentemente, os riscos decorrentes do seu uso para todos os espaços do universo – ou até fora dele –, que estejam *conectados*.

A internet, a telemática e a informática são verdadeiras ferramentas de comodidade e podem ser consideradas como poderosos fatores de desenvolvimento econômico, além de trazerem consigo um novo campo de exploração criminosa, no qual crimes já conhecidos ganham um novo meio de execução. O surgimento de novas condutas, porém, provoca o questionamento sobre a relevância de bens ainda não tutelados pelo direito.

A busca intensa por inclusão digital, em geral, aquém do adequado; a substituição de contato físico por relacionamentos via internet; a expansão e a popularização do comércio eletrônico; e, principalmente, o aumento das transações bancárias e financeiras pelo computador são as principais características identificadas na sociedade atual como incrementadoras dos riscos relacionados à delinquência informática.

O problema é agravado quando se percebe que, apesar da frequência e reprovabilidade social dessas condutas, a persecução penal está sendo prejudicada pela insuficiência legislativa, obrigando os aplicadores do direito a realizarem um esforço hermenêutico sobre-humano a fim de subsumir as novas condutas às normas existentes, quando, muitas vezes, acabam por violar a máxima *nullun crimen, nullum poena sine lege previa*, provocando impunidade para grande número de condutas.

Diante do reconhecimento da internet como fator de desenvolvimento econômico, de um crescente número de ocorrências de crimes envolvendo o seu uso e de uma suposta fraqueza legislativa no que concerne à criminalidade informática, evidencia-se a importância de estudos específicos em busca de soluções e esclarecimentos sobre o tema.

A presente obra tem seu início com a apresentação de algumas informações sobre a criminalidade informática, com uma pequena digressão histórica sobre a evolução da máquina e o surgimento da internet, bem como sua influência e relacionamento com o direito.

Posteriormente serão analisados os bens jurídicos lesionados ou ameaçados de lesão pelos delitos informáticos, verificando-se a necessidade

de criação de um ordenamento jurídico específico para regulamentá-los, ou se a simples adaptação é suficiente, tendo como base a Convenção de Budapeste sobre *cibercrime*.

Em seguida é analisada a Convenção de Budapeste, que apresenta recomendações para um tratamento universal e uniformizado da matéria, e são estudados os sujeitos ativos e as principais vítimas desses delitos, com a abordagem dos fatores criminológico e vítima-dogmáticos que contribuem para essas práticas criminosas.

A pesquisa demonstra também uma importante temática na área de delitos informáticos, qual seja a responsabilidade penal das pessoas jurídicas provedoras de internet. Neste tópico, busca-se esclarecer alguns pontos sobre a regulamentação desta ferramenta, assim como revelar a sua importância para o combate de crimes contra menores executados através da rede.

São analisadas ainda as principais práticas criminosas envolvendo a internet, que podem ser prejudiciais aos mandamentos constitucionais de proteção da ordem econômica nacional e mundial.

Ao seu final, o texto é arrematado com informações gerais sobre o tema, juntamente com as conclusões resultantes das pesquisas para a sua elaboração.

5.2 Desenvolvimento social: tecnologia, globalização e suas influências no direito

Muitas denominações estão sendo atribuídas ao atual estágio de evolução em que se encontra uma parcela da sociedade atual. Apesar do nome que se dê, é inegável a mensagem de que hoje somos absolutamente dependentes das novas tecnologias da informação, em especial, a informática e a internet.

Não há instituições financeiras sem computadores e internet; a maioria dos serviços públicos necessita de uma central informatizada; grande parte das grandes empresas – senão todas elas – possui bancos de dados para controle orçamentário, contábil, de estoques e de clientes. Os pequenos empreendimentos certamente estagnarão ou desaparecerão se não se adequarem à realidade em estudo.

O comércio é eletrônico, o processo é eletrônico e agora o próprio governo já pode ser eletrônico (*e-government*). São avanços sem paralelo histórico e, provavelmente, sem controle futuro.

Em 1980, o autor americano Alvin Toffler escreveu um ensaio acerca de como seria a sociedade pós-moderna e como viveriam os homens no século XXI. Na obra *The third wave* afirmou que haveria três grandes ondas econômico-sociais mundiais: a primeira seria a revolução agrícola, a segunda a revolução industrial, e uma terceira, na qual o industrialismo formaria uma comunidade interferindo na maioria dos contatos sociais (TOFFLER, 1980, *passim*).

Muitos autores contemporâneos confirmam a previsão de Toffler, considerando as três grandes revoluções. Mas vão além e asseveram que a atualidade de nossa sociedade é a *era da informação* ou a *era digital*.

O articulista Stephen Kanitz (2007) apresentou sua ideia sobre o tema, afirmando que, na verdade, vivemos na *era da (des)informação*:

Discordo profundamente desses gurus, estamos na realidade na “Era da Desinformação”, de tanto lixo e “ruído” sem significado científico que nos são transmitidos diariamente por blogs, chats, podcasts e internet, sem a menor vigilância epistêmica de quem os coloca no ar. É mais uma consequência dessa visão neoliberal de que todos têm liberdade de expressar uma opinião, como se opiniões não precisassem de rigor científico e epistemológico antes de serem emitidas.

Independente da preocupação científica com as informações que circulam no ciberespaço¹, é perfeitamente admissível a ideia de que grande parte da sociedade atual vive hoje em uma *era informatizada*.

Pelo que se pode verificar, houve, de fato, transições de estágios sociais, mas não se permite afirmar que a evolução foi linear em todas as sociedades, de forma generalizada. Hoje, parte do mundo está preocupada com, v.g., o furto de identidade eletrônica. Contudo, em muitos outros lugares sequer se conhece a tradicional certidão de nascimento em papel.

Percebe-se, pois, que enquanto uma parte da humanidade está preocupada com a segurança no comércio eletrônico, outra que ainda não passou pela Revolução Agrícola, a primeira da lista de Toffler, como ele mesmo já reconheceu.

Assim, a análise das mudanças e de todas as suas consequências – e, por conseguinte, da criminalidade moderna – deve ser formulada a partir do contexto social em que vivemos, ou seja, tendo em conta a parcela da sociedade que se desenvolveu, a qual podemos chamar de *sociedade da informação*².

Por outro lado, não há como negar que os computadores e a internet passaram por vários estágios de evolução até que atingissem o grau de popularidade que hoje possuem.

A internet, cada vez mais incorporada à vida dos homens, tornou-se a principal fonte de informações, passando a ser utilizada em grande escala, inclusive por órgãos públicos, o que forçou os Estados a implantar políticas de inclusão digital em nome da democratização do seu uso, chegando a se pensar até no surgimento de um novo direito humano fundamental: o de acesso à internet.

As organizações criminosas regionais e locais, com o auxílio da internet, passaram a formar redes criminosas com atuação em várias (ou todas) partes do mundo. O tráfico de drogas, armas, órgãos, pessoas, cresce descontroladamente em todo o mundo e, considerando-se o fim empresarial

de todos esses crimes, é incomensurável o prejuízo que a lavagem dos capitais de proveniência ilícita pode causar à economia mundial.

O lucro obtido por essas redes mundiais de crimes foi denominada pelo sociólogo espanhol Manuel Castells (2009, p. 204) de *economia do crime*, quando afirmou que:

No centro do sistema está a lavagem de dinheiro, de centenas de bilhões (talvez trilhões) de dólares. Esquemas financeiros complexos e redes de comércio internacional estabelecem a conexão entre a economia do crime e a economia formal, penetrando profundamente nos mercados financeiros e constituindo um elemento crítico e volátil em uma frágil economia global.

É evidente que cada país tenha preocupação com seu modelo e regulação de sua ordem econômica, mas, após o advento da globalização, surgiu a ideia de economia mundial mediante um processo de expansão e integração de fronteiras nacionais, por meio de uma interação global de mercados em busca de desenvolvimento econômico comum.

A principal característica deste modelo de integração é a utilização das tecnologias de informação e comunicação, como a informática, a telemática e a internet, através das quais se tornou possível a eliminação ou a redução de obstáculos temporais e espaciais no desenvolvimento de práticas comerciais que passaram a ocorrer no chamado *cyberspace*.

Como ocorreu em todas as fases do desenvolvimento humano, a criminalidade também acompanhou (e acompanha) toda evolução social, econômica e tecnológica, de forma que também passou a ter novo modelo, nova escala, com características globais.

O professor argentino Zaffaroni (1984) denominou o fenômeno da globalização como um poder planetário que busca legitimar a implantação de uma nova ordem mundial, não só econômica, mas uniforme em todos os seus aspectos. Afirma que se trata de um novo momento de poder com a

característica de irreversibilidade, da mesma forma como aconteceu com a revolução mercantil e o colonialismo, a revolução industrial e o neocolonialismo, a revolução tecnológica e a globalização, todos exemplos de poder planetário.

Sobre o avanço da tecnologia, é indispensável a lição do alemão Klaus Tiedemann (1985, p. 121):

El desarrollo de la técnica constituye un nuevo factor dentro de la polifacética problemática económico-social y de la criminalidad económica en una colectividad. Así como la motorización y el aumento del tránsito colocaron ante nuevos problemas al Derecho y a la jurisdicción penales, y especialmente a la política en materia de tránsito y de salud pública, del mismo modo el uso generalizado de máquinas en la industria, el comercio y la administración pública, sobre todo en el sector de bancos y seguros, conlleva, además de una racionalización y un progreso, la posibilidad de que aparezcan nuevos hechos punibles.

Klaus Tiedemann demonstrava que a preocupação que vicejava em seu país em meados da década de 80 do século passado, restringia-se aos campos patrimonial e econômico, tanto individual quanto coletivo, motivo pelo qual não foi tipificada a conduta da mera intrusão desautorizada a sistema informático.

Passados quase dez anos da virada do milênio e principalmente em razão da expansão do comércio eletrônico e da popularização das transações bancárias pela internet, tanto os consumidores quanto as instituições financeiras suportam diuturnamente ações contrárias às normas constitucionais e infraconstitucionais de regulação da ordem econômica.

Fraudes tributárias, bancárias e contra as relações de consumo, além da lavagem de capitais e formação de cartéis, dentre tantos outros, são exemplos de condutas criminosas que foram facilitadas com o advento da internet. Assim como se fez na Alemanha ao tempo acima referido, é

importante que os estudiosos do direito de hoje voltem seus olhares para entender a contribuição que essa tecnologia vem agregando para o aumento da criminalidade econômica, além de oferecer mecanismos de eficaz combate.

A ideia de globalização, portanto, sob o ponto de vista criminológico, principalmente após a massificação da internet, deve ser considerada como um fenômeno que também contribuiu para a expansão das redes de organizações criminosas, cabendo aos estudiosos da área a busca de formas de adequação do ordenamento jurídico para que ele se mostre apto ao combate dessa manifestação patológica do avanço tecnológico.

5.2.1 A evolução do computador e da internet

Mesmo de forma parcimoniosa, rápida análise do que foram e no que se tornaram os computadores é necessária.

A origem de um dos primeiros instrumentos utilizados pelo homem para realizar cálculos remonta à Mesopotâmia de 5.500 anos atrás, especialmente ao Ábaco. Da antiguidade, outros instrumentos com o mesmo escopo podem ser elencados, como as Tábuas de Argila (1.700 a.c.). De um saldo, passa-se pelos Bastões de Napier (1614), pela Máquina Aritmética de Pascal (1642) e pela Máquina de Recenseamento de Herman Hollerith (1880), para se chegar aos dias hodiernos com os modernos microprocessadores, a *inteligência artificial* e a *rede em nuvem*.

Os estágios de evolução dos computadores são divididos em cinco gerações: a 1ª geração (1940-1952) foi formada por computadores à base de válvulas a vácuo; na 2ª geração (1952-1964) houve a substituição das válvulas por transistores; na 3ª geração houve a substituição dos transistores por circuitos integrados e a miniaturização dos grandes computadores; a 4ª geração foi marcada pela substituição dos circuitos pelos microprocessadores; e a 5ª geração (1981), quando ocorreu um grande avanço da computação com a utilização da inteligência artificial, assim como a massificação do uso da internet (RODRIGUES DA COSTA, 1995).

A internet, por sua vez, foi criada durante a guerra fria no decorrer da década de 60 do século passado. O experimento financiado pelo Departamento de Defesa dos Estados Unidos e desenvolvido pela *Advanced Research Projects Agency* – ARPA, através de um de seus departamentos, o *Information Processing Techniques Office* – IPTO, resultou na primeira forma de comunicação eletrônica entre computadores. Denominada ARPANET, a tecnologia interligou primeiramente os centros universitários da Universidade da Califórnia em *Los Angeles*, da Universidade da Califórnia em *Santa Barbara* e da Universidade de Utah, possibilitando a transmissão de telecomunicações *on line*.

Autores afirmam que a ARPA foi criada com a finalidade específica de realizar pesquisas para que os EUA superassem a União Soviética em tecnologia militar. O projeto da ARPANET teria sido apresentado ao Pentágono como uma forma de rede de comunicação descentralizada que seria capaz de assegurar a integridade dos dados sigilosos até em casos de ataques nucleares (CASTELLS, 2003).

Durante toda a década, a ARPANET foi aperfeiçoada com a ajuda de cientistas e disponibilizada, inicialmente, para as universidades. Em 1983, preocupado com possíveis falhas de segurança, o Departamento de Defesa dos EUA optou por dividir os objetivos da rede e criou a MILNET, que possuía a mesma função, mas de uso restrito ao serviço militar, de forma que a primeira rede continuou com uso exclusivamente acadêmico, transformando-se em ARPA-INTERNET.

Outras fases de evolução da rede se passaram, como a criação e posterior imposição do protocolo de controle de transmissão TCP/IP, sendo certo que após sua liberação para o domínio público os laços militares foram definitivamente rompidos e seu destino foi o mercado.

A partir daí, empresas provedoras de acesso foram criadas e direcionaram seus investimentos para a comercialização da internet, criando

suas próprias vias de acesso às redes de comunicação, expandindo ainda mais o seu uso para outras partes do mundo.

Em 1988, o Brasil assimilou a nova tecnologia também em centros universitários, primeiramente com o estabelecimento de conexão entre o Laboratório Nacional de Computação Científica do Rio de Janeiro e a Universidade de Maryland, e, em seguida, entre a Fundação de Amparo à Pesquisa de São Paulo – FAPESP e um Laboratório de Chicago.

No início da década de 90 a internet recebeu seu impulso máximo rumo à popularização. O programador inglês Tim Berners-lee, do Laboratório para a Física de Partículas de Genebra, criou um sistema que chamou de Hipertexto de *World Wide Web (WWW)*. Com o desenvolvimento de alguns *softwares* fáceis de adquirir e simples de usar, a rede *WWW* cresceu até se tornar uma rede mundial de computadores na forma que hoje se conhece.

No histórico da internet, a ARPANET figura como a principal fonte de criação da internet, mas não a única. Imperioso destacar que, paralelo a ela, em vários locais, muitos jovens cientistas trabalhavam em projetos na busca do estabelecimento de comunicação entre computadores, quando, a partir da década de 70, outras descobertas ocorreram, como a BBS, FIDONET, UNIX etc. Mas, por ser a principal, no presente trabalho se manteve o foco apenas na rede criada durante o triste período conhecido como *guerra fria*, a ARPANET.

O *problema da internet* passou a ser identificado a partir do momento em que a tal tecnologia fez surgir complicações nas relações outrora pacíficas e relativamente controladas, quando infrações penais dos mais variados matizes passaram a ser cometidas a partir e com o uso de tal tecnologia. Ademais, o incremento de novos contatos passou a colocar em risco bens jurídicos que ainda não tinham sua devida relevância reconhecida pelo Direito.

Em consequência disso, surgiu um novo ramo do direito, o *Direito Informático*, que passou a dedicar atenção específica aos relacionamentos

do Direito com a internet, implantando novos institutos em cada um dos ramos já conhecidos, como, por exemplo, os *contratos eletrônicos* no Direito Civil, a *tributação de “downloads”* no Direito Tributário, o já conhecido *pregão eletrônico* no Direito Administrativo e a *criminalidade cibernética* no Direito Penal.

E é sobre essa última relação direito-internet – especialmente no que concerne à sua utilização como *instrumenta sceleris* e o eventual surgimento de novos bens – que o presente trabalho dedicará as próximas seções.

5.3 Os bens jurídicos dos delitos cibernéticos

Antes de se alcançar o cerne do presente tópico, imperioso que alguns conceitos sejam estabelecidos, como os de bem jurídico, de delitos e de lesividade, pois serão eles – associados aos princípios da subsidiariedade e da fragmentariedade – que darão legitimidade à intervenção penal nesta nova era de pretensões jurídicas que ao Direito brasileiro cumpre regular.

Os bens são valores essenciais à manutenção da convivência harmônica e pacífica dos homens em sociedade. Estão atrelados ao critério de utilidade e têm a sua relevância identificada pelo Estado, que opta pela sua tutela jurídica, transformando-os em *bens jurídicos*.

Há evidente diferença – fundamento do princípio da fragmentariedade – entre tutelar um bem da vida e incluí-lo no seletivo rol dos bens jurídico-penais. Para que a tutela penal seja legítima é imperioso que o bem seja *digno* dessa proteção e que sua lesão ou ameaça mereça uma sanção penal. A imprescindibilidade da tutela penal deve ser observada tendo em vista a proporcionalidade entre a relevância do bem jurídico protegido e as consequências sociais marginalizantes e estigmatizadoras, inexistentes nos outros ramos do Direito.

Sobre o tema, o professor português Manoel da Costa Andrade (1992) apresenta os pressupostos de *dignidade penal* e *carência de tutela penal* como legitimadores da eleição de um bem jurídico para ser merecedor de tutela penal.

Por *dignidade penal* se deve entender que as interferências do Direito Penal serão reservadas a valores ou interesses sociais constitucionalmente relevantes, orientadas sempre pela dignidade da pessoa humana, o que também homenageia o princípio da fragmentariedade.

A *carência de tutela penal*, por sua vez, refere-se ao princípio da subsidiariedade, segundo o qual a criminalização só é legítima quando não é suficiente a proteção do bem jurídico feita por qualquer outro ramo do Direito.

A partir dessas premissas permite-se afirmar que a missão do Direito Penal no Estado Democrático e Social de Direito é a proteção subsidiária dos bens jurídicos mais importantes (e dignos) contra condutas *inconciliáveis com as condições de uma convivência pacífica, livre e materialmente segura dos cidadãos*.

Quanto aos delitos, temos três possíveis conceitos³, a saber, o *formal* que é a simples existência da lei que define determinada conduta como crime; o *material* que se resume à lesão ou ameaça a um bem penalmente relevante; e o *analítico* que faz a estratificação do delito em fato típico, ilícito e culpável.

Hoje, o conceito adotado por nosso Código Penal é o analítico, mas os conceitos formal e material não foram abandonados; ao contrário, vigoram em nosso ordenamento jurídico como princípios constitucionais penais: respectivamente o da reserva legal e o da lesividade, ao passo que, na atualidade, todo e qualquer processo de criminalização a eles deve respeito e obediência.

Esses valores são mutáveis e variáveis de acordo com o momento e com o grupo social que se estuda. Por isso que em determinado momento se

exigiu que o Estado punisse o adultério. Contudo, hodiernamente já não se verifica tal necessidade, e, assim como os bens jurídicos deixam de ter relevância penal, novas relações se apresentam como merecedoras de tutela, exatamente o que hoje ocorre a partir dos contatos sociais via internet – e vários outros que tiveram suas ameaças potencializadas na parcela da sociedade que avançou tecnologicamente, a que se dá o nome de *sociedade da informação*, por outros identificada como *pós-moderna* ou *sociedade de risco*⁴.

Alguns fatores como a intensificação dos relacionamentos via internet, a produção em série de computadores, a popularização do comércio eletrônico (*e-commerce*) e o aumento das transações bancárias estão diretamente ligados ao aumento de ocorrências de infrações penais historicamente conhecidas, mas que foram praticadas através da rede mundial de computadores, implicando o surgimento de novos valores (próprios e exclusivos desse ambiente) e, por via de consequência, de novas condutas ilícitas.

No início do uso comercial da rede houve apenas o incremento dos riscos já conhecidos, em razão das inovações tecnológicas nas mãos dos criminosos. Crimes como o estelionato, o furto, a extorsão passaram a ser cometidos à distância, *via internet*, e o bem jurídico, nesses casos, variava (como ainda varia) de acordo com o resultado produzido ou pretendido. São os chamados delitos informáticos mistos ou impróprios.

Sobre estas práticas, afirmou o professor Vicente Greco Filho (2000) que *não importa se o instrumento utilizado é a informática, a internet ou uma “peixeira”*, os bens jurídicos são os mesmos, já protegidos pelo Direito Penal.

O problema reside na limitação dos tipos penais existentes. Violações de correspondência, intimidade, privacidade, sigilo de informações pessoais são exemplos de ofensas que já possuem resguardo constitucional, mas penalmente a tutela está sem efetividade, em razão da generalidade das

tipificações existentes. Em que pese o esforço hermenêutico diariamente realizado pelos operadores do direito, notadamente nos tribunais, não se pode ignorar o princípio da reserva legal, que, como é sabido, é imprescindível e inafastável.

A arte de enganar, utilizada nas fraudes eletrônicas, tendo a *engenharia social* como uma de suas formas, se for utilizada para obter vantagem indevida em prejuízo de outrem, já está tipificada no art. 171 do Código Penal, em defesa do patrimônio.

Mas, e a violação do domicílio, da intimidade, da privacidade e a quebra de sigilo bancário? Em verdade, são bens jurídicos lesionados diuturnamente, mas não protegidos autonomamente, muitos deles figurando apenas como *condutas-meio* ou atos preparatórios de infrações penais tradicionais já tipificadas. Beira-se à analogia, quando não a ela se chega, podendo gerar tanto punição indevida quanto impunidade, porquanto atípicas.

Corriqueiro exemplo se constata no caso de invasão aos sistemas informáticos (computadores pessoais etc.) de inúmeras pessoas para o monitoramento de suas atividades na rede até que se realize alguma movimentação econômica e, com isso, se tenha o acesso a importantes informações pessoais e sigilosas, como dados de cartões de crédito ou senhas de banco. Assim, se o responsável pela manobra utilizar tais informações e obtiver vantagem patrimonial em prejuízo de terceiro, que a entrega ou se vê subtraído, o crime estará tipificado como estelionato ou furto mediante fraude. Contudo, não pratica qualquer infração penal se o agente apenas se apossar das aludidas informações, não as utilizando. Indaga-se: as condutas anteriores não violaram nenhum bem?

Com relação a esses novos valores que surgiram a partir do advento da sociedade informacional, em que pesem os argumentos de oposição, vem ganhando espaço a tese sustentada pelo primeiro autor do presente trabalho⁵, que propõe a tutela jurídica específica de um novo bem, a

segurança informática, que tem por elementos a integridade, a disponibilidade e confidencialidade das informações no ciberespaço, nos denominados delitos informáticos puros ou próprios, que são os praticados exclusivamente no âmbito telemático com o uso da informática.

A preocupação com a segurança informática é reflexo das recomendações da Convenção de Budapeste, documento internacional firmado com o fito de proteger a comunicação e o tráfego de informações no ciberespaço. Esse novo bem não só foi eleito pelo Conselho Europeu como merecedor de tutela, mas também foi reconhecida sua relevância internacional.

Não se pode olvidar que desde 1966, quando realizado o Pacto Internacional de Direitos Civis e Políticos – ratificado pelo Brasil em 1992 –, o direito à informação foi considerado fundamental. Ficou determinado que toda pessoa tem a liberdade de

procurar, receber e difundir informações e ideias de qualquer natureza independentemente de considerações de fronteiras, verbalmente ou por escrito, de forma impressa ou artística, ou por qualquer meio de sua escolha (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1992)⁶.

A autodeterminação informática, portanto, fica prejudicada num ambiente inseguro e daí surge o reconhecimento de um novo direito humano fundamental que precisa ser protegido pelo direito de forma uniforme e universal. Como na sociedade da informação o meio escolhido que prevalece é a internet, os relacionamentos que exercitam outras liberdades, ou a livre iniciativa, *v.g.*, devem estar devidamente resguardados juridicamente. O direito agora não se resume mais ao acesso à internet, mas, principalmente, ao acesso a uma internet segura.

Sem se questionar nesses apontamentos a capacidade do Estado em, através de seus agentes públicos, garantir a *segurança informática*, tem-se como grandes problemas dessa ideia a imaterialidade e a supraindividualidade do bem jurídico que se pretende tutelar, pois, como se viu, a lesão ao bem é um dos elementos legitimadores e limitadores do poder punitivo, e, nesses casos, é muito difícil, senão impossível de ser verificado.

Mas, em verdade, esse é o problema de todos os bens relacionados aos chamados direitos de terceira geração, como o meio ambiente, a ordem econômica etc., bens jurídicos difusos que, apesar das críticas, já conquistaram seus respectivos sistemas de proteção.

Para o problema da imaterialidade, a doutrina estrangeira já apresentou algumas soluções, como a utilização da imputação objetiva e a criação de crimes de perigo abstrato, os últimos de duvidosa constitucionalidade para alguns. Interessante, porém, é a ideia alemã segundo a qual os bens imateriais transindividuais servem de escudo para os individuais, os denominados *bens jurídicos intermediários espiritualizados*. A saúde pública, v.g., geraria a segurança para as saúdes individuais, de maneira que se aquela fosse lesionada, esta seria ameaçada, obedecendo-se, assim, ao princípio da lesividade, ideia que se completa com a *teoria dos delitos acumulativos*, segundo a qual, de fato, a lesividade de uma conduta isolada seria insignificante, mas ao se permitir que ela ocorra impunemente, a reiteração por um grande número de pessoas causaria uma lesão irreparável ao bem jurídico⁷.

Está-se, pois, diante de um importante objeto de estudo. A preocupação não é com os bens jurídicos comuns que já possuem a devida tutela, mas sim com esses valores surgidos com a sociedade da informação que estão expostos aos delitos informáticos puros.

Apesar de os bens que compõem a segurança informática representarem uma pequena parcela dos bens que podem ser ameaçados ou efetivamente

lesionados no contexto da delinquência informática, não se pode fechar os olhos para sua relevância. Numa sociedade informatizada, a segurança no ciberespaço torna-se um importante valor, absolutamente merecedor de tutela jurídica, que, pelas características que apresenta, somente alcançará a efetividade se protegida pelo Direito Penal.

Postas tais premissas, resta continuar as incursões doutrinárias estrangeiras (que já deram uma roupagem penal às infrações relacionadas às novas tecnologias) para se buscar tanto a tipificação ideal desses delitos quanto a melhor forma de se adaptar tais pretensões modernas ao vigente ordenamento jurídico brasileiro, com todas as suas peculiaridades políticas, constitucionais e culturais.

5.4 O problema da tipicidade e a Convenção de Budapeste

Ainda se discute muito sobre a necessidade da criação de um sistema jurídico regulador da criminalidade informática, como já se verifica em alguns países. Mas, conforme se viu e ainda se verá no presente trabalho, no Brasil há apenas uma pequena deficiência que precisa ser sanada pelo Poder Legislativo, que é a proteção jurídica dos bens que compõem a segurança informática.

Já que a preocupação se tornou universal, a proposta da Convenção foi de uniformizar a legislação mundial para combater o aumento da delinquência informática, recomendando a criminalização de algumas condutas e incentivando a cooperação internacional entre os países, destacando-se aqui a rede 24/7, já implantada no Brasil (em Brasília, de responsabilidade da Polícia Federal), destinada a assegurar a prestação de assistência probatória (CONSELHO DA EUROPA, 2001)⁸.

Atualmente existem vários projetos de lei visando a modificação de nossa legislação no sentido de criminalizar condutas praticadas com o uso da internet, motivo pelo qual se decide pela rápida abordagem apenas em relação ao principal deles, comparando-o à Convenção do Conselho da Europa sobre criminalidade informática, chamada Convenção de Budapeste.

O Comitê Europeu para Problemas Criminais – CDPC, mediante a deliberação CDPC/103/211196, datada de novembro de 1996, decidiu formar um comitê de especialistas para discutirem sobre os crimes que vinham sendo praticados por meio da rede mundial de computadores.

No dia 23 de novembro de 2001, logo após o atentado terrorista do dia 11 de setembro nos Estados Unidos da América, foi elaborada a Convenção sobre o Cibercrime na cidade de Budapeste, documento que sugeriu a uniformização da legislação penal pelo mundo e os mecanismos e instrumentos de colaboração na luta contra a criminalidade no ambiente virtual.

Vale lembrar que após algumas investigações descobriu-se que os terroristas da Al-Qaeda comunicaram-se mediante o *rascunho* de uma caixa de correio eletrônico. Ou seja, sem que as mensagens tivessem sido de fato *enviadas*, não houve como o serviço de inteligência norte-americano interceptá-las, denotando total vulnerabilidade, mais uma circunstância a determinar a criação de um sistema internacional harmônico.

Nos estertores de 2009, apenas 43 países assinaram a Convenção de Budapeste, dos quais somente 22 países ratificaram-na. A pressão internacional para que o Brasil também a subscreva e a insira no ordenamento jurídico pátrio já é reconhecida pelo Poder Legislativo, que vem reunindo esforços para as modificações pertinentes do Código Penal e da legislação extravagante.

O aumento frequente dos meios de *Tecnologias de Informação e Conhecimento*, somado à prática de condutas penalmente relevantes, vem

chamando a atenção para as autoridades de todo o mundo, motivo pelo qual, repita-se, em nível global, a solução foi justamente a elaboração da Convenção sobre o Cibercrime pendente de assinatura e ratificação por muitos países, inclusive pelo Brasil.

O projeto de lei de autoria do senador Eduardo Azeredo, substitutivo dos projetos de lei do senado de n. 76/2000 e 137/2000 e do projeto da câmara de n. 89/2003, visa alterar o Decreto-Lei n. 2.848, de 7 de dezembro de 1940 (Código Penal), o Decreto-Lei n. 1.001, de 21 de outubro de 1969 (Código Penal Militar), a Lei n. 7.716, de 5 de janeiro de 1989, a Lei n. 8.069, de 13 de julho de 1990, e a Lei n. 10.446, de 8 de maio de 2002, para tipificar condutas realizadas mediante uso de sistema eletrônico, digital ou similares, de rede de computadores, ou que sejam praticadas contra dispositivos de comunicação ou sistemas informatizados e similares, e dá outras providências.

O projeto propõe a criminalização de diversas condutas, dentre as quais o acesso desautorizado à rede de computadores, conduta que, de acordo com a classificação apresentada no capítulo anterior, representa a categoria dos delitos informáticos próprios ou puros e pode ser vista como um exemplo claro da hemiplegia legislativa no que concerne a condutas praticadas exclusivamente no âmbito informático.

De um lado, portanto, existem os delitos impróprios ou impuros já resguardados pela legislação penal existente, e de outro, representando uma pequena parcela de condutas – mas com alto grau de relevância –, há os delitos próprios que, em grande parte pela ausência de legislação, impedem a atuação do Estado.

O projeto de lei para delitos informáticos ainda vem sofrendo alterações substanciais em seu conteúdo, mesmo já aprovado pela Comissão de Ciência e Tecnologia, Comunicação e Informática – CCTCI.

É importante a intervenção de profissionais especializados para que não se aprove uma lei para trazer problemas de ordem prática ou que apresente

dispositivos que desrespeitem preceitos fundamentais do Estado Democrático de Direito.

5.5 Sujeitos ativos e passivos dos delitos cibernéticos

Tatuagem, cor da pele, tamanho da cabeça, classe econômico-social já foram características buscadas para se identificar um criminoso. Hoje, quando sequer se pode vê-lo, existe – dado o ambiente computacional e fundamentalmente em razão do distanciamento dos protagonistas – uma ameaça que vem atormentando os usuários da rede mundial de computadores.

Os *hackers*, sujeitos com conhecimentos especiais de informática, eletrônica e redes de computadores, são, em geral, os responsáveis pela maioria dos delitos cometidos com o uso dos computadores e da internet.

Aqui é importante que se tenha cuidado com o uso do termo, pois nem todo *hacker* é um criminoso profissional. Muitos dedicam seus conhecimentos para a criação de sistemas de segurança informática, por exemplo. Tornam-se os principais funcionários das empresas que têm sua atividade econômica ligada à internet e são denominados *hackers do chapéu branco (white hat)*. Outros, por sua vez, na busca incessante por informações importantes, acabam por violar a esfera de proteção de bens jurídicos de outras pessoas, e pelas circunstâncias que envolvem esse fato, como a diminuição do risco pessoal do criminoso e a fácil obtenção de vantagens, eles acabam por repetir as condutas indiscriminadamente até optar pela formação de grupo dedicado a atividades criminosas. Esses *hackers do mal (black hat)* devem ser chamados de *crackers*.

Existem várias denominações para as pessoas que usam o sistema informático, que variam desde os simples usuários sem pretensão de obter maiores conhecimentos (*users*), passando por aqueles que querem ser

hackers (wannabes), ou aqueles que acham que já podem ser considerados como tais mas ainda não possuem conhecimentos suficientes para a prática (*lamers*).

Os usuários mais perigosos, os verdadeiros *bandidos cibernéticos* ou *black hats*, são os *crakers*, já referidos; os *phreakers* são os especialistas em telefonia e eletrônica; os *carders*, são os especialistas em fraudes com cartões de crédito; os *wardrivers* ou *warchalkers*, especialistas em invasão de redes *wireless*, prática que ficou conhecida na Europa e EUA como *guerra de giz*, pois os autores deixavam marcas de giz no chão apontando os pontos de vulnerabilidade da rede. E, por último, os *insiders*, que representam a maior ameaça – o FBI já afirmou que os identifica em 70% dos casos –, pois são os funcionários ou ex-funcionários, que, por motivos vários, utilizando-se da confiança que possuem, adquirem informações sigilosas de empresas tornando-as mais vulneráveis.

Além dos conhecimentos técnicos relacionados à informática, esses criminosos possuem conhecimentos relacionados à psicologia, matemática e principalmente do comportamento das suas vítimas, por isso também passaram a ser chamados de *engenheiros sociais*.

A engenharia social, também conhecida como a *arte de enganar*, não é nova, mas com a adição de recursos tecnológicos ela se tornou mais sofisticada. Sua finalidade é simples: a obtenção de informações importantes de qualquer maneira, desde que se valha apenas do poder de persuasão, sem violência ou grave ameaça. Daí surgem estratégias de inteligência admiráveis, outras descaradas e mal feitas, mas que ainda assim alcançam êxito em razão da desatenção da vítima.

O número de vítimas de delitos informáticos vem crescendo descontroladamente. Basta estar conectado por meio de um computador para vir a se tornar uma das vítimas em potencial. Por isso, é extremamente importante o estudo das vítimas e seus comportamentos na rede mundial de

computadores, para que assim sejam detectadas as condutas que possam fomentar o aumento dessa criminalidade.

Antes de tudo é preciso deixar claro o conceito de vítima, pelo que se socorre de algumas definições existentes na doutrina. De acordo com Frederico Abrahão de Oliveira (1992, p. 79), vítima seria “pessoa que sofre danos de ordem física, mental e econômica, bem como quem perde direitos fundamentais, seja em razão de violações de direitos humanos, bem como atos de criminosos comuns”.

Alessandra Orcesi Greco (2004, p. 19), por sua vez, define vítima como:

a pessoa, física ou jurídica, que sofre uma lesão ou uma ameaça de lesão a seu bem jurídico e também, de modo mais abrangente, aquele que sofre as consequências de determinada conduta típica, de modo relevante, que propicia a atuação do Estado para atingir os fins do Direito Penal, no Estado Democrático de Direito.

A principal definição advém da Resolução n. 40/34 de 29-11-1985, da Assembleia Geral das Nações Unidas, aponta como sendo internacionalmente vítima:

Pessoa que, individual ou coletivamente, tenha sofrido danos, inclusive lesões físicas ou mentais, sofrimento emocional, perda financeira ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequências de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente, nos Estados-membros, incluída a que prescreve o abuso de poder.

As vítimas em potencial – que somos todos nós – devem exercer o seu papel de vigilância na rede, cuidando principalmente da integridade das suas informações pessoais. Algumas pessoas ainda acreditam que é

possível, nos dias de hoje, ganhar um milhão de dólares por e-mail de uma pessoa desconhecida.

Portanto, atualmente, qualquer pessoa, física ou jurídica, individual ou coletiva, que esteja ligada a uma rede, com ou sem conexão à internet, por meio de computador, tem grandes chances de se tornar vítima de um delito informático, caso não tome os devidos cuidados.

Ressalta-se, pois, o papel individual de vigilância na rede, porquanto há registros de que grande parte dos delitos informáticos hoje só é possível acontecer graças à atuação – por efetiva ação ou omissão – da vítima. Conforme dito, algumas pessoas iludidas com a oferta de prêmios ou vantagens fáceis de ser adquiridas, quando não motivadas pela grande ambição que beira a ganância, acabam por fornecer informações pessoais, como dados bancários e de cartões de crédito, dificultando com isso o trabalho de quem luta pela redução desse tipo de delinquência.

Analisando certas condutas de acordo com as novas tendências da dogmática de imputação penal, torna-se difícil até o enquadramento do fato como criminoso. Nessa linha, enriquecedora é a teoria defendida da professora Alessandra Greco (2004), que sustenta até mesmo a inexistência de condutas criminosas em razão da *autocolocação da vítima em situação-risco*, fundamentando que o Estado exerce, por meio do Direito Penal, a proteção de bens jurídicos, mas que não pode estar *vigilante* o tempo todo e em todos os lugares, razão pela qual o próprio Estado espera e necessita que as pessoas exerçam a vigilância sobre seus bens e interesses e não os coloquem em risco sob pena de perda de proteção formal.

5.6 Abordagem criminológica

Muitas teorias buscaram respostas para o aumento da criminalidade em todo o mundo. Sobre a criminalidade informática não se pode deixar de

investigar os fatores que levaram ao seu crescimento, para assim apresentar formas de resistência em busca da diminuição dos riscos no ciberespaço.

Praticar um crime com o uso da internet é extremamente fácil para quem detém um mínimo de conhecimento técnico. A internet passa a ser um grande sistema reconhecidamente *facilitador* de crimes, equiparando-se a uma arma de fogo em ambiente físico. Ela é capaz de eliminar a distância, assegurar o anonimato, diminuir os riscos pessoais do criminoso (nada de tiroteio), diminuir os esforços (sem correria na fuga), com recompensa bem animadora ao final.

Aqui cabem referências sobre duas importantes teorias da criminologia, a saber, a *teoria da associação diferencial* e a *teoria da prevenção situacional*.

A primeira, criada em 1939 pelo norte-americano Edwinn Sutherland, é uma teoria de aprendizagem. Para ela os crimes estão ligados ao maior ou menor conhecimento do autor sobre a conduta a ser praticada, e quanto mais definições e informações favoráveis ao cometimento ele possuir, mais estará sujeito a praticá-lo⁹.

Atualmente é fácil de se encontrar na internet *sites* com instruções de *como invadir um computador* e até mesmo de *como fazer uma bomba caseira*, com acessos livres para qualquer pessoa conectada à rede, o que pode levar uma pessoa a praticar um delito apenas por curiosidade ou por diversão.

Os *crackers* são pessoas extremamente inteligentes e com conhecimentos altamente destrutivos se utilizados para o mal. Em geral, não seriam capazes de realizar um furto pessoalmente em uma loja, mas à distância, com o uso da internet, são capazes de reiterar essa conduta durante um dia inteiro, explorando a ignorância das vítimas e a vulnerabilidade dos computadores.

Na segunda teoria, vê-se o crime como a figura geométrica de um quadrado, em que cada ponta representa um elemento de sua formação. Na

primeira, há o espaço; na segunda, o tempo; na terceira, o autor; e, na última, a vítima. Para essa teoria criminológica, se uma das pontas for modificada a criminalidade diminui. Dessa forma, dada a existência de três pontas gerais, é de se concluir que o melhor elemento para se evitar o próprio crime é o fator espaço.

Na criminalidade comum, tradicional, com o escopo de se reduzir seus índices, fala-se em melhora da iluminação, revitalização de bairros, polícia comunitária etc., enquanto na criminalidade cibernética tem-se apenas uma proposta: a efetividade da segurança da informação.

Parece óbvio, mas aumentar a dificuldade para o cometimento de certos crimes significa a diminuição deles, e aqui não cabe o argumento de que na prática seria inviável o que se conhece por *policciamento preventivo*, pois já é do conhecimento comum a existência de diversos programas de rastreamento de condutas suspeitas na rede mundial de computadores.

Ainda em análise da segunda teoria, é fundamental dar-se destaque ao fator *prevenção*, que se alcançará também pela educação digital, tornando-se o grande diferencial no combate à criminalidade informática, pois a desenfreada busca por inclusão digital sem as devidas cautelas e ressalvas tornar-se-á fator de crescimento da incidência desses crimes, notadamente em razão do despreparo do novo usuário.

Outro aspecto a ser considerado no presente tópico prende-se à necessidade do estudo para a prevenção e redução da criminalidade em razão da inexistência de fronteiras geográficas que decorre do conceito de internet. Com efeito, o desejo é que o tratamento ocorra uniformemente em todo o mundo para que não haja localidades conhecidas como *paraísos informáticos*, que servem de abrigo para hospedagem de *sites* pornográficos, armazenamento de informações criminosas ou não obrigue os provedores a fornecerem as informações necessárias no momento das investigações.

5.7 Responsabilidade penal das pessoas jurídicas provedoras de acesso em geral

Questão interessante que está contida no estudo da criminalidade informática é a controversa ideia de responsabilidade penal das pessoas jurídicas responsáveis pelo acesso, armazenamento de dados e outros serviços no ambiente conhecido como ciberespaço.

No Brasil, a resistência ainda é muito grande para essa responsabilização, e os argumentos jurídicos que são ofertados para sua impossibilidade são muito fortes.

Sobre o tema, colaciona-se trecho de outro trabalho do subscritor:

Há necessidade de se quebrar paradigmas até então arraigados, dentre eles a capacidade de a empresa delinquir, de encontrar sua vontade (corolário inquestionável de que há consciência do ente moral e conseqüentemente sua imputabilidade), elemento autorizador da repressão penal, independente da administrativa ou civil (ROSSINI, 2004, p. 83).

A já estudada Convenção de Budapeste recomenda a responsabilização penal dos provedores de acesso em seu art. 12 (CONSELHO DA EUROPA, 2001)¹⁰, porém, cumprir essa tarefa não está fácil no Brasil em razão da limitação constitucional acerca dessa criminalização. Apenas os crimes ambientais (art. 225, § 3º), os crimes contra a ordem econômica, financeira e contra a economia popular (173, § 5º) possibilitam a responsabilização penal das pessoas jurídicas no ordenamento jurídico brasileiro.

A classificação dos delitos informáticos em próprios e impróprios autoriza a inferência de que a pessoa jurídica provedora poderá ser punida criminalmente pela participação num dos crimes elencados no parágrafo

anterior, já que os mesmos são espécies que podem facilmente ser praticadas pela internet. Esta é a única exceção.

Não há falar, portanto, em responsabilidade penal da pessoa jurídica que assegura o acesso por rede de computadores a imagens de pornografia infantil, como pretendeu o legislador ao alterar o Estatuto da Criança e do Adolescente incluindo o art. 241-A, § 1º, II.

Os delitos cibernéticos são da espécie de infrações que sempre deixam vestígios e são os provedores, em especial os de acesso e armazenamento, que possuem as informações privilegiadas e necessárias sobre os rastros deixados pelos criminosos e seus comparsas, sendo de absoluta necessidade a atuação dos órgãos estatais junto a tais empresas.

A criação de medidas de responsabilização pela omissão em casos que poderiam ser evitados e medidas que determinem a colaboração com as investigações são imprescindíveis para o sucesso da repressão desses crimes. Entretanto, para a primeira hipótese, imprescindível a edição de emenda constitucional para incluir os delitos cibernéticos no rol dos crimes passíveis de responsabilização das pessoas jurídicas.

Outra alternativa é a recepção da Convenção de Budapeste, nos termos do art. 5º, § 3º, da CF/88. Como ela versa, sem dúvida alguma, sobre matéria de Direitos Humanos – a segurança informática –, e é grande a possibilidade de sua aprovação com o *quorum* exigido, por consectário lógico, todos os dispositivos que regulam a matéria seriam assimilados pelo ordenamento jurídico pátrio.

A CF/88, em seu art. 5º, § 2º, possui o que a doutrina denomina *cláusula aberta*, em que se vê:

Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte (BRASIL, 1988)¹¹.

Mesmo assim, somente esse dispositivo não seria suficiente para autorizar a responsabilidade penal do provedor não fosse, dentre as inovações trazidas pela Emenda Constitucional n. 45, a possibilidade de os tratados internacionais de direitos humanos ingressarem na ordem jurídica interna com *status* de norma constitucional, com a seguinte dicção do introduzido § 3º:

Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada Casa no Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos, dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais (BRASIL, 1988)¹².

Com efeito, admitindo-se que a Convenção de Budapeste sobre o Cibercrime trata de matéria de direitos humanos (e trata), ter-se-á um permissivo constitucional para a criação de lei específica para a responsabilização penal dos entes morais denominados provedores.

Da mesma forma, considerando-se a *proteção da informação em meios eletrônicos ou em sistemas de computador* como um direito fundamental, com esteio no § 2º do art. 5º da CF, ter-se-á a responsabilização penal como forma de garantia a esse direito, qual seja, um ambiente virtual seguro e com dignidade.

A doutrina de direitos humanos já trata do assunto considerando o acesso ao ambiente virtual seguro e digno como sendo um direito humano e fundamental na sociedade da informação, existindo divergências levantadas por aqueles que adotam a corrente geracionista com relação ao fato de tal direito ser de terceira ou quarta geração.

O mais importante é entender que todos têm direito a um acesso seguro com suas informações protegidas, pois é daí que emerge a proteção de todos

os demais direitos como a intimidade, privacidade, imagem, propriedade e até mesmo a própria vida.

Dessa forma, de fato, ora se sustenta o surgimento da *segurança informática* como mais um direito humano fundamental – que até o presente momento se encontra absolutamente exposto, condição que impulsiona um movimento em busca da adaptação da legislação brasileira para receber essas demandas decorrentes do avanço tecnológico.

Num segundo raciocínio, e com o escopo de se determinar a imprescindível colaboração dos provedores, o magistrado pode se valer de seu *poder geral de cautela* visando garantir a integridade dos *rastros eletrônicos* – sempre deixados pelos criminosos – caracterizados principalmente por sua volatilidade. Resta autorizado, portanto, sem qualquer alteração legislativa, o uso dessas medidas quando existir fundada suspeita da ocorrência de um delito cibernético (*fumus comissi delicti*), e em razão da perenidade dessas provas (*periculum in mora*).

Evidentemente que em razão das inúmeras circunstâncias possíveis, torna-se mais coerente e juridicamente segura a criação de medidas que encontrem suas respectivas hipóteses de cabimento, definições e limites legais.

5.8 Crimes financeiros na internet

O advento da internet impactou as mais diversas áreas do conhecimento humano: educação, cultura, política, economia etc.

A internet, que despontou na década de 60, nos Estados Unidos, com uma função adstrita aos interesses governamentais e que por um bom tempo foi utilizada apenas em atividades militares e universitárias, hoje integra a vida de milhões de pessoas que já não conseguem mais exercer suas atividades rotineiras, sobretudo profissionais, sem a sua presença¹³.

O Brasil é o sexto maior usuário da internet no mundo. Segundo dados fornecidos pela ONU, em 2007 havia cerca de 39 milhões de usuários da rede mundial de computadores no país em relação aos 1,2 milhão de pessoas com acesso à rede no mundo (CHADE, 2007). Em 2008, o Brasil superou a marca de 41 milhões de usuários de internet, com o ingresso dos consumidores de baixa renda na rede (CRUZ, 2008). O acesso não se limita ao ambiente laboral, pois cerca de 20,1 milhões de pessoas já têm acesso à *web* em suas casas (ACESSO..., 2007). Ademais, o tempo médio que o internauta brasileiro passa na internet também aumentou, chegando a 23 horas e 48 minutos por mês (CRUZ, 2008)¹⁴.

Inegavelmente, a internet trouxe facilidades à vida cotidiana, apresentando novos modelos de negócios, facilidade de comunicação e transmissão de dados¹⁵, que permitem a interação entre os internautas e a disponibilização de ferramentas que estimulam o seu uso.

O desenvolvimento abrupto da internet também tem sido favorecido no Brasil pelo crescimento da banda larga e pelas maiores possibilidades de aquisição de um computador pessoal, por meio de financiamentos facilitados, eliminação da incidência de impostos nas vendas desse tipo de equipamento, bem como a desvalorização do dólar em relação ao real, que resultou na redução do preço dos componentes importados, o que contribuiu para baratear o produto ao consumidor final¹⁶.

Logo, um sem-número de atividades e de serviços passou a ser realizado com o apoio da internet. Por exemplo: certificação de documentos que passam pela rede, leilões virtuais, correios eletrônicos, comércio dos mais variados produtos, operações no mercado financeiro (como investimentos, compra e venda de ações e serviços bancários), entre outros. Tanto as entidades públicas como as privadas têm se utilizado da internet para prestar seus serviços de maneira mais célere, atingindo um número cada vez maior de pessoas. Mas, embora a *internet* represente um grande avanço no sistema de comunicação, produzindo muitos benefícios para a sociedade

moderna, a sua utilização também facilitou a prática de crimes já existentes, conforme já mencionado nesta obra, bem como possibilitou a criação de novas práticas criminosas que atingem os mais diversos direitos, causando prejuízos de todas as ordens, inclusive no que tange à economia do país, pois os valores perdidos em furtos de informações, violações de patentes, comércio de produtos *pirateados*, fraudes de maneira geral, dentre outras condutas, atingem números cada vez maiores. Daí a necessidade de um melhor amparo legal desses direitos potencialmente violáveis.

Dessa forma, pode-se concluir que as atividades econômico-financeiras são as mais atingidas pela revolução tecnológica.

Uma infinidade de negócios jurídicos pode ser realizada pela internet, abarcada, portanto, pelos denominados negócios eletrônicos, que, por sua vez, integram o comércio eletrônico ou *e-commerce*, que envolve três tipos de agentes: as empresas, os consumidores e o governo, originando as possíveis relações descritas a seguir: a) B2B (*business to business*) – transações entre empresas (ex.: portais verticais de negócios); b) B2C/C2B (*business to consumer* ou *consumer to business*) – transações entre empresas e consumidores, tais como transações feitas em lojas e *shoppings* virtuais; c) B2G/G2B (*business to government* ou *government to business*) – transações envolvendo empresas e governo (ex.: portais, compras, etc.); d) C2C (*consumer to consumer*) – transações entre consumidores finais, tais como sites de leilões, classificados *online*, entre outras; e) G2C/C2G (*government to consumer* ou *consumer to government*) – transações envolvendo governo e consumidores finais (ex.: pagamentos de impostos e serviços de comunicação); G2G (*government to government*) – transações entre governos.

O grande exemplo do impacto da internet nas operações econômico-financeiras é o do comércio eletrônico realizado não apenas por empresas idealizadas integralmente no espaço criado pela internet (o ciberespaço) – as denominadas empresas *pontocom*, mas também pelos negócios

empreendidos pelas empresas tradicionais, que tiveram de se adaptar à realidade hodierna, no sentido de aproveitar os recursos tecnológicos a fim de não perder mercado e conseqüentemente não falir, seja pela ineficiência de suas atividades em face das empresas evoluídas tecnologicamente, seja por não aproveitar as oportunidades de transações ou negócios à distância, ampliando seus horizontes.

Os negócios bancários se beneficiaram sobremaneira dessas tecnologias, até porque têm como uma de suas pilastras, senão o principal patrimônio, a própria informação: o surgimento da telemática (segura) permite há muito tempo a transferência eletrônica de fundos, realizada por meio, por exemplo, das chamadas *Automated Teller Machines* ou *Automated Teller Systems*. Ademais, o chamado *homebanking* também permite a realização de negócios por meio dos sites disponibilizados pelas instituições financeiras, sem a necessidade do deslocamento físico do cliente até a agência bancária. O emprego de modernas tecnologias na realização de transações bancárias e mercantis, contudo, apresenta, na mesma escala de seus benefícios, a preocupação com a segurança dos sistemas tecnológicos criados e usufruídos por todos.

Os bancos, por exemplo, operam e prestam serviços quase que integralmente por meio da internet, e a paralisação de suas atividades ou a interferência, mínima que seja, em suas atividades, gera insegurança aos seus usuários e significa prejuízos incomensuráveis. Assim, a segurança no processamento de dados (sistemas e base de dados) desponta como uma das maiores inquietações da *era informatizada* que atinge todos os seguimentos, notadamente, os relacionados ao mercado financeiro. O ambiente virtual, ao mesmo tempo que apresenta a cada dia novas facilidades, traz riscos, tais como violações de senhas e dados cadastrais dos correntistas, além de fraudes nos sistemas utilizados por empresas e bancos.

Os riscos decorrentes do emprego dessas tecnologias no mercado são incrementados de acordo com dois fatores: falhas causadas de forma

proposital (ou não) pelos funcionários da empresa (nesse sentido, deve existir uma política adequada de contratação e orientação de funcionários para a utilização correta das tecnologias) ou a negligência por parte do cliente no trato das suas informações, deixando de tomar medidas preventivas que impeçam o acesso indevido aos seus dados por terceiros. Conforme explica Gislene Russo Andretta (1999, p.18):

Pequenos empresários frequentemente têm dificuldades em implantar um sistema de segurança energético. Nessas empresas, geralmente, um funcionário é responsável pelas operações nos computadores, o qual tem um bom nível de conhecimento na sua área de atuação e que ocupa uma posição de confiança plena. Desta maneira, tal funcionário tem o potencial de cometer crimes financeiros caso seja motivado a quebrar a confiança nele depositada.

As fraudes perpetradas no ambiente virtual e que impactam o sistema financeiro são as mais variadas¹⁷, tais como: a fraude em venda e investimentos e transferências fraudulentas de fundos eletrônicos¹⁸.

Em *Los Angeles*, já no ano de 1973, foram praticadas diversas fraudes que culminaram na destruição da *Equity Funding Insurance Company*, gerando prejuízos de dois milhões de dólares. A empresa praticou os mais variados tipos de fraudes cometidas virtualmente. A diretoria da empresa criou, em seu sistema de computadores, mais de 60.000 apólices de seguro de pessoas fantasmas. O governo americano acusou 22 executivos, incluindo dois desta empresa (ANDRETTA, 1999, p.18).

O banco francês *Société Générale*, em 2008, registrou uma perda de cerca de US\$ 7,16 bilhões devido a um esquema de fraude elaborado por um operador. A fraude ocorreu em sua divisão de mercados futuros para a França. O operador envolvido no esquema era responsável por negociar papéis chamados de *plain vanilla*, instrumento financeiro de tipo mais simples, em geral na forma de opções de ações, títulos ou contratos futuros.

Ele assumiu posições fraudulentas mediante um *esquema de transações fictícias*, abusando do acesso que tinha a informações sobre os sistemas de segurança do grupo (BANCO..., 2008).

Em 1995, o britânico *Barings Bank* quebrou com o golpe aplicado por Nick Leeson, que era gerente de negócios com contratos futuros do banco em Cingapura. Na época, Leeson, que acabou preso, perdeu cerca de US\$ 1,3 bilhão em negócios não autorizados pelo banco. Outro banco que *quebrou* em razão de esquemas de fraudes foi o BCCI (*Bank of Credit and Commerce International*), em 1991, com a perda de mais de US\$ 10 bilhões à época.

Na avaliação do Perito Criminal da Polícia Federal, Dr. Paulo Quintiliano¹⁹:

já se foi o tempo em que os crimes na *internet* eram coisa de um bando de garotos que queriam provar para os amigos que eram capazes de invadir computadores. Hoje, estes delitos são cometidos por quadrilhas organizadas.

Essas quadrilhas, segundo o Banco Mundial, em 2004, movimentaram mais recursos financeiros do que o tráfico ilícito de drogas (TOLEDO, 2007).

Cada vez mais o dinheiro real tem perdido espaço para o dinheiro virtual, fator que contribui para a prática de ilícitos financeiros informáticos. Em Portugal, por exemplo, há uma grande preocupação com o crescimento da lavagem de dinheiro por meio da internet:

As burlas envolvendo contas bancárias e concretizadas através da Internet estão a crescer exponencialmente em Portugal, avança hoje o Diário Económico. Desde o início do ano, perderam-se 1,8 milhões de euros, só em Lisboa. Não interessa o montante. O que importa é angariar mais e mais dinheiro, conforme revelou ao Diário Económico o inspector-chefe da Polícia Judiciária, Rogério Bravo. De acordo com o

inspetor, a lavagem de dinheiro através da Internet tem vindo a registar um crescimento significativo. Os dados revelados ao jornal dão conta da perda de 1,8 milhões de euros por esta via desde o início do ano, só em Lisboa, o que representa um aumento de 20 por cento face ao mesmo período do ano anterior. Evitar cair num ataque de *phishing*, método tradicionalmente usado para usurpar dados bancários, passa por algumas ações de segurança básica. Eis algumas medidas a ter em conta: não aceder a e-mails que surjam numa janela *pop-up*, onde são solicitadas informações financeiras; ter em conta que as entidades bancárias nunca pedem dados por e-mail e nunca enviar informações pessoais ou de contas por correio eletrónico (OLIVEIRA Francisco, 2009).

A criminalidade informática que atinge o mercado financeiro se agiganta a cada dia e as instituições financeiras constituem o seu principal alvo.

No Brasil, as políticas preventivas ainda estão aquém do necessário e a repressão é dificultada pela ausência de legislação que permita uma punição adequada às práticas criminosas.

Nos EUA, por exemplo, há diversas leis que permitem a punição dos autores de delitos financeiros praticados por meio da internet ou com o apoio das tecnologias, que tipificam as condutas atinentes à invasão de privacidade, sabotagens, acessos não autorizados a empresas e bancos e fraudes em geral. Sem contar a existência do *Computer Fraud and Abuse Act*, de 1986, que regulamenta condutas relacionadas a fraudes e abusos praticados mediante computadores.

No caso brasileiro, como não há legislação específica, o enquadramento, quando possível, é feito nos tipos penais existentes na legislação comum ou especial, quais sejam: estelionato (art. 171 do Código Penal); quebra de sigilo bancário (regulamentada pela Lei Complementar n. 105/2001); crimes contra o sistema financeiro nacional (tipificados na Lei n. 7.492/86); crimes de lavagem de dinheiro (Lei n. 9.613/98) etc.

Por fim, cumpre destacar que a inexistência de regulamentação sobre a internet a transforma num verdadeiro *paraíso informático*, especialmente quando a conduta criminosa atinge países que não tenham ratificado

documentos internacionais de proteção a dados constantes na rede ou onde não exista regulação jurídica adequada para a punição de condutas danosas, acarretando um verdadeiro *oásis da criminalidade*.

5.9 Considerações finais

Muito se tem dito, mas o que se tem feito para resguardar o valor econômico da informação em nossa sociedade atual não atinge os patamares ideais. Fonte de poder e riqueza, a informação que circula no ciberespaço hoje precisa ser protegida, não só pelo próprio usuário e pelas empresas, mas também pelo Estado.

Como se viu, os elementos contidos na delinquência informática trouxeram várias preocupações para a dogmática penal. São novidades que forçam uma aparente relativização de normas e provocam uma sensação desconfortável de deficiência legislativa.

As comodidades e benefícios trazidos pela internet não podem ser negados à população em razão dos riscos que os usuários podem correr. Por isso é que a busca por segurança no ciberespaço tornou-se uma preocupação global, e o Brasil, não obstante a aparente inércia no que diz respeito à efetivação da assinatura da Convenção de Budapeste, precisa, desde logo, reconhecer o surgimento de bens trazidos pela internet e tutelá-los juridicamente, com a criação dos delitos informáticos próprios.

A legitimidade de uma eventual lei penal para sanar essa pequena deficiência pode ser questionada com argumentos ligados aos princípios de Direito Penal mínimo e *ultima ratio*, mas não há como negar o merecimento de pena para condutas atentatórias, v.g., à inviolabilidade do sistema informático que contenha informações sigilosas. O acesso em si deve ser punido, independentemente do uso desse relevante bem.

Ainda que assim não fosse, a apuração dessa hipótese restaria prejudicada em razão da existência de inviolabilidades constitucionais, que

só poderiam ser excepcionadas para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

Quanto aos denominados delitos impróprios, como o estelionato e o furto mediante fraude, não se verifica a necessidade de alterações legislativas. A definição do que já está definido e historicamente adaptado não somente ao meio jurídico, mas também à sociedade em geral, gera desnecessária instabilidade jurídica e verdadeiro perigo à coletividade, notadamente em razão das inúmeras condenações fundamentadas nos tipos já existentes. Uma lei própria poderia causar o fenômeno da *abolitio criminis*, a despeito de se tratar de condutas idênticas.

Providência de bom alvitre seria a criação de uma agravante genérica – ou mesmo uma causa de aumento de pena nos casos de crimes comuns praticados com o uso da internet (os impróprios ou mistos) –, pois, como já se afirmou, trata-se de instrumento facilitador de condutas indesejadas, com inquestionável danosidade coletiva, situação que atualmente não se resolve tão somente com o aumento da pena-base pela inteligência do art. 59, *caput*, na primeira fase do cálculo da pena nos moldes do art. 68, ambos do Código Penal.

Viu-se que os provedores de internet poderiam ser os maiores colaboradores na atuação estatal de prevenção e repressão de delitos informáticos, o que não corresponde à realidade atual. A alegada impossibilidade de colaboração pode ser até considerada em alguns casos como omissão relevante, gerando responsabilização pelo resultado causado.

A regulamentação da colaboração dos provedores é outra necessidade que se impõe, mas, como dito, em razão da volatilidade dos *rastros eletrônicos* o Poder Judiciário pode, desde já, se valer das medidas existentes e agir rapidamente a partir das representações da Polícia, do Ministério Público, quando não dos próprios ofendidos nos casos em que a iniciativa da ação penal é privada, corolário do princípio da cautelaridade geral, detalhada em tantos pontos da legislação processual em vigor.

REFERÊNCIAS

A REDE vai explodir. **Revista da Semana**, n. 29. Coluna sobre Ciência e Tecnologia, p. 23, 24 mar. 2008.

ACESSO à web em casa cresceu 47%, diz pesquisa do Ibope sobre o uso da *internet* no Brasil. **Jornal O Estado de S. Paulo**, Caderno Negócios, p. B15, 3 nov. 2007.

ANDRETTA, Gislene Russo. Crimes Financeiros na Internet: prevenção e repressão. **Boletim dos Procuradores da República**, ano II, n. 20, p. 18, dez. 1999.

ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

BANCO francês perde mais de US\$ 10 bi com fraude e créditos de risco. **Folha Online**. 2008. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u366478.shtml>>. Acesso em: 31 out. 2009.

BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo – hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998.

BOBBIO, Norberto. **A era dos direitos**. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 nov. 2009.

BRASIL já é o quinto maior mercado de PCs do Mundo. **Jornal O Estado de S. Paulo**, Caderno Negócios, p. B12, 20 fev. 2008.

BRASIL organiza conferência sobre crimes virtuais. **Jornal O Estado de S. Paulo**, Caderno Link, L10, 20 ago. 2007.

BRITO, Auriney Uchôa de. **Direito Penal tributário e a missão do direito penal no Estado Democrático de Direito**. Revista dos Tribunais: São Paulo, v. 886, p. 427–444, 2009.

_____. **O bem jurídico-penal dos delitos informáticos.** Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 17, n. 199, p. 14-15, junho 2009.

CASTELLS, Manuel. **A galáxia da internet:** reflexões sobre a internet, os negócios e a sociedade. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor, 2003. 3 v.

_____. **Fim de milênio – A era da informação:** economia, sociedade e cultura. Trad. Klauss Brandini Gerhardt e Roneide Venancio Majer. 5. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2009. 3 v.

CHADE, Jamil. Brasil já é o sexto maior usuário da internet. **Jornal O Estado de S. Paulo**, Caderno Negócios, p. B15, 3 nov. 2007.

COMPUTADOR em casa. **Jornal O Estado de S. Paulo**, p. A2, 1º ago. 2008.

CONSELHO DA EUROPA. **Convenção sobre o Cibercrime.** Budapeste: Conselho da Europa, 2001. Disponível em: <http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_Portuguese.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2009.

COSTA, Marcelo Antonio Sampaio Lemos. **Computação forense.** São Paulo: Millennium, 2003.

COSTA ANDRADE, Manoel da. **A dignidade penal e a carência de tutela penal como referências de uma doutrina teleológico-racional do crime.** Revista Portuguesa de Ciências Criminais, n. 2, Coimbra, 1992, p.173-205.

CRUZ, Renato. Classe C brasileira avança na Internet. **Jornal O Estado de S. Paulo**. Caderno Negócios, p. B19, 5 mar. 2008.

_____. Brasil já tem 41 milhões de usuários de internet. **Jornal O Estado de S. Paulo**, Caderno Economia, p. B23, 28 jun. 2008.

DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais – teoria e prática.** Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

FERRARI, Eduardo Reale. **Direito penal contemporâneo: direito penal do consumidor e a tutela de bens jurídicos supraindividuais:** uma análise constitucional. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FOCAULT, Michel. **Vigiar e punir.** 34. ed. Trad. Raquel Ramallete. Rio de Janeiro: Vozes, 2007.

FORBES, Jorge; REALE Jr., Miguel; JUNIOR, Tércio Sampaio Ferraz. **A invenção do futuro:** um debate sobre a pós-modernidade e a

hipermodernidade. São Paulo: Manole, 2005.

GOUVÊA, Sandra. **O direito na era digital – crimes praticados por meio da informática**. Rio de Janeiro: Mauad, 1997.

GRECO, Alessandra Orcesi Pedro. **A autocolocação da vítima em risco**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

GRECO FILHO, Vicente. Algumas observações sobre o direito penal e a internet. **Boletim IBCCrim**, ano 8, n. 95, out. 2000. Disponível em: <<http://www.ibccrim.org.br/>>. Acesso em: 28 abr. 2010.

HOBSBAWM, Eric. **Globalização, democracia e terrorismo**. Trad. José Viegas. São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

JAKOBS, Günther. **Direito penal do inimigo**. 3. ed. Trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2008.

_____. **A imputação objetiva no direito penal**. 2. ed. rev. Trad. André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

KANITZ, Stephen. Cuidado com o que ouvem. **Revista Veja**, São Paulo, 3 out. 2007. Seção Ponto de Vista. Disponível em: <http://veja.abril.com.br/031007/ponto_de_vista.shtml>. Acesso em: 28 abr. 2010.

LIMA, Paulo Marco Ferreira. **Crimes de computador e segurança computacional**. São Paulo: Millennium, 2005.

MACHADO, Eduardo de Paula. Novas fronteiras da criminalidade: os crimes tecnológicos. **Boletim IBCCrim**. São Paulo, n. 81, p. 12-13, abril de 2001.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade de risco e Direito Penal: uma avaliação de novas tendências político-criminais**. São Paulo: IBCCRIM, 2005.

MANZONI JUNIOR, Ralphe. **Febraban: fraudes eletrônicas somam R\$ 300 mi**. 2006. Disponível em: <<http://www.idgnow.uol.com.br>>. Acesso em: 16 abr. 2007.

MARQUES, José Frederico. **Elementos de Direito Processual Penal**. São Paulo: Saraiva, 1997.

MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro**. Granada: Comares, 1997.

MEXIA, Pablo Garcia. **Derecho europeo de internet: hacia la autonomía académica y la globalidad geográfica.** La Curuña: Netbiblo, 2009.

OLIVEIRA, Francisco. **Portugal: lavagem de dinheiro pela internet agrava-se desde o início do ano.** 2009. Disponível em: <<http://www.netconsumo.com/2009/08/portugal-lavagem-de--dinheiro-pela.html>>. Acesso em: 31 out. 2009.

OLIVEIRA, Frederico Abrahão. **Manual de criminologia.** Livraria do Advogado, São Paulo, 1992.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis Políticos.** Em vigor no Brasil desde 24 de abril de 1992, promulgado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm>. Acesso em: 16 nov. 2009.

PAESANI, Liliana Minardi (coord.). **O direito na sociedade da informação.** São Paulo: Atlas, 2007.

PASCHOAL, Janaína Conceição. **Constituição, criminalização e direito penal mínimo.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

PEREIRA, Antonio Marcelo Marcos. **A arte de hackear pessoas.** Rio de Janeiro: Brasport, 2005.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFFARONI, Eugênio Raul. **Manual de Direito Penal brasileiro.** 6. ed. atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

RODRIGUES DA COSTA, Marco Aurélio. **Crimes de informática.** 1995. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=1826>. Acesso em: 1º jun. 2009.

ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e direito penal.** São Paulo: Memória jurídica, 2004.

ROXIN, Claus. **Estudos de direito penal.** 2. ed. rev. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

SANCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz dos. **O crime do colarinho branco.** Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SILVA, Ivan Luís Marques da. Direito penal neoconstitucionalista: equilíbrio entre os anseios da sociedade e a legitimidade do ordenamento. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 73. São Paulo, 2008.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **A expansão do direito penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito penal econômico como direito penal de perigo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

_____. **Direito penal supraindividual: interesses difusos**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SOUZA, Luciano Anderson de. **Expansão do direito penal e globalização**. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

TAVARES, Juarez. Critérios de seleção de crimes e cominação de penas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, Edição Especial de Lançamento, 1992.

TIEDEMANN, Klaus. **Poder económico y delito**. Editorial Ariel: Barcelona, 1985.

TOFFLER, Alvin. **A terceira onda: a morte do industrialismo e o nascimento de uma nova civilização**. 5. ed. Rio de Janeiro: Record, 1980.

TOLEDO, Cinthia. Brasil organiza conferência sobre crimes virtuais. **Jornal O Estado de S. Paulo**. Caderno Tecnologia, p. L10, 20 ago. 2007.

VÁSQUEZ, Abanto. El llamado “Derecho Penal” de enemigo: especial referencia al derecho penal económico. **Revista Peruana de Ciencias Penales**, n. 18. Lima, 2006.

VIANNA, Túlio Lima. **Fundamentos de direito penal informático – do acesso não autorizado a sistemas computacionais**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O inimigo no direito penal**. 2. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2007.

_____. **Sistemas penales y derechos humanos en América Latina**. Buenos Aires: Depalma, 1984.

1 Com o advento da internet e, com ela, do ciberespaço, a concepção clássica de território transfigurou-se, posto que esta possibilitou o tráfego rápido e eficiente de informações, bem como uma interação num espaço que desconhece os limites impostos por fronteiras. Não existe separação de lugar na rede. A noção de lugar passa a ser qualquer ponto da rede em que se possa ter acesso à informação. O ciberespaço permite escapar às limitações da vida real. O conceito de território está intimamente relacionado a uma ideia nova, qual seja: a de rede. A rede, como território, se caracteriza pela localização da informação. A informação na rede, portanto, passa a ser elemento identificador do território no ciberespaço.

2 Por sociedade informacional entende-se aquela que se vale da comunicação fácil e intensa com grandes possibilidades de interatividade, de forma rápida, constituindo-se verdadeira autoestrada da informação ou info-vias (e que tem como fonte, em todos os aspectos, o controle e o processamento da informação) (ASCENSÃO, José de Oliveira. **Direito de internet e da sociedade da informação**. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 67-90).

3 Não se confunda conceito com classificação.

4 Cf., entre outros, BECK, Ulrich. **La sociedad del riesgo – hacia una nueva modernidad**. Trad. Jorge Navarro, Daniel Jiménez, Maria Rosa Borrás. Barcelona: Paidós, 1998; SANCHEZ, Jesús María Silva. **A expansão do direito penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000; DIÉZ RIPOLLÉS, José Luis. **A racionalidade das leis penais – teoria e prática**. Trad. Luiz Regis Prado. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

5 Cf. ROSSINI, Augusto Eduardo de Souza. **Informática, telemática e Direito Penal**. São Paulo: Memória jurídica, 2004.

6 Cf. **Artigo 19** (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. **Atos internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Civis Políticos**. Em vigor no Brasil desde 24 de abril de 1992, promulgado pelo Decreto n. 592, de 6 de julho de 1992. Disponível em: <http://www2.mre.gov.br/dai/m_592_1992.htm>. Acesso em: 16 nov. 2009).

7 Cf., entre outros, MATA Y MARTÍN, Ricardo M. **Bienes jurídicos intermedios y delitos de peligro**. Granada: Comares, 1997, p. 23 *et seq.*; SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal supraindividual – interesses difusos**. São Paulo: RT, 2003, p. 64 *et seq.*

8 “Art. 35. Cada Parte designará um ponto de contacto disponível 24 horas sobre 24 horas, 7 dias por semana, a fim de assegurar a prestação de assistência imediata a investigações ou procedimentos respeitantes a infracções penais relacionadas com dados e sistemas informáticos, ou a fim de recolher provas, sob forma electrónica, de uma infracção penal.” CONSELHO DA EUROPA. **Convenção sobre o Cibercrime**. Budapeste: Conselho da Europa, 2001. Disponível em:

<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20a%20protocol/ETS_185_Portugese.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2009.

9 Em 1939 o autor criou essa teoria a fim de explicar a chamada criminalidade do *colarinho branco*, mas só 40 anos depois conseguiu publicar inteiramente a obra sobre o *white-collar crime*. Cf. SANTOS, Cláudia Maria Cruz dos. **O crime do colarinho branco**. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

10 Art. 12^o Responsabilidade de pessoas colectivas: 1. Cada Parte adoptará as medidas legislativas e outras que se revelem necessárias para assegurar que as pessoas colectivas possam ser consideradas responsáveis por infracções estabelecidas de acordo com a presente Convenção, quando cometidas em seu benefício por uma pessoa singular agindo quer individualmente, quer como membro de um órgão da pessoa colectiva que exerça no seu seio uma posição de direcção, com base no seguinte: a) Poder de representação da pessoa colectiva; b) Autoridade para tomar decisões em nome da pessoa colectiva; c) Autoridade para exercer controlo no seio da pessoa colectiva. 2. Além dos casos já previstos no n. 1 deste artigo, cada Parte adoptará as medidas necessárias para assegurar que uma pessoa colectiva possa ser considerada responsável quando a ausência de supervisão ou de controlo por parte de uma pessoa singular, mencionada no n. 1, tornou possível a prática de infracções previstas na presente Convenção, em benefício da referida pessoa colectiva por uma pessoa singular agindo sob a sua autoridade. 3. De acordo com os princípios jurídicos da Parte, a responsabilidade de uma pessoa colectiva pode ser criminal, civil ou administrativa. 4. Essa responsabilidade deve ser determinada sem prejuízo da responsabilidade criminal das pessoas singulares que cometeram a infracção (CONSELHO DA EUROPA. **Convenção sobre o Cibercrime**. Budapeste: Conselho da Europa, 2001. Disponível em:

<http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/economiccrime/cybercrime/Documents/Convention%20and%20protocol/ETS_185_Portugese.pdf>. Acesso em: 16 nov. 2009).

11 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 nov. 2009.

12 BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 16 nov. 2009.

13 “Em pouco mais de dez anos, a porcentagem dos lares brasileiros que dispõem de computador cresceu mais de três vezes. Esse equipamento está presente em quase um quarto dos domicílios do país, ou precisamente, 24%, segundo pesquisas recentes de instituições especializadas. Em 1996, de acordo com o Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística, só 6,9% dos domicílios dispunham de um computador. As vendas de computadores pessoais no Brasil alcançaram 10,1 milhões de unidades, um aumento de 23% sobre as vendas de 2006.” Dados extraídos de: COMPUTADOR em casa. **Jornal O Estado de S. Paulo**, São Paulo, p. A2, 1^o ago. 2008. “Com vendas de 10,7 milhões de unidades, o mercado brasileiro de computadores fechou o ano passado como o quinto maior do mundo. O Brasil representa 47,3% de todo o volume de microcomputadores

vendidos na América Latina.” Dados extraídos de: BRASIL já é o quinto maior mercado de PCs do Mundo. **Jornal O Estado de S. Paulo**, Caderno Negócios, p. B12, 20 fev. 2008.

14 Os brasileiros continuam sendo a população que passa mais tempo na internet entre os dez países onde é feita a pesquisa da *Net Ratings*. O Japão está em segundo lugar da lista, com 21 horas e 34 minutos, seguido da França (20 horas e 23 minutos) e dos EUA (19 horas e 46 minutos) (Cf. CRUZ, Renato. Brasil já tem 41 milhões de usuários de internet. **Jornal O Estado de S. Paulo**, Caderno Economia, p. B23, 28 jun. 2008).

15 A quantidade de informação digital cresce 60% por ano, segundo a reportagem: A REDE vai explodir. **Revista da Semana**, n. 29. Coluna sobre Ciência e Tecnologia, p. 23, 24 mar. 2008.

16 O barateamento dos computadores ao lado da generosa oferta de crédito atraiu consumidores, inclusive os de renda mais baixa, o que está provocando uma alteração expressiva no mercado e no uso da internet. Havia uma demanda reprimida nas classes econômicas C e D, que começa a ser aliviada. Tanto que no ano passado, o total de internautas no Brasil chegou a 40 milhões, crescimento este incentivado pelas vendas de computadores que somaram 10, 5 milhões e ultrapassaram, pela primeira vez, o total de aparelhos de televisão vendidos no país. Para 2008, a expectativa de crescimento do número de internautas é de 15%, chegando a 45 milhões. A internet foi a mídia que mais cresceu no ano passado (CRUZ, Renato. Classe C brasileira avança na Internet. **Jornal O Estado de S. Paulo**, Caderno Negócios, p. B19, 5 mar. 2008).

17 Segundo o Perito da Polícia Federal, Dr. Paulo Quintiliano, *os crimes de internet mais comuns hoje no Brasil estão relacionados aos golpes financeiros. Os ladrões estão migrando sua atividade para o espaço virtual, pois o risco é menor. Eles não vão trocar tiros com a Polícia*. Cf.: BRASIL organiza conferência sobre crimes virtuais. **Jornal O Estado de S. Paulo**, Caderno Link, p. L10, 20 ago. 2007.

18 Aliás, o número de fraudes eletrônicas registradas no Brasil em 2005 alcançou a ordem de R\$ 300 milhões, segundo estimativa apresentada por Jair Scalco, diretor setorial de produtos eletrônicos da Federação Brasileira de Bancos – FEBRABAN. MANZONI JUNIOR, Ralphe. **Febraban: fraudes eletrônicas somam R\$ 300 mi**. Disponível em: <<http://www.idgnow.uol.com.br>>. Acesso em: 16 abr. 2007. Reportagem de 17 jan. 2006.

19 Referido profissional exarou esta opinião na IV Conferência Internacional de Perícias em Crimes Cibernéticos (ICCyber), em palestra ocorrida em 26 set. 2007, evento realizado no Guarujá-SP, bem como em palestra proferida para os alunos do curso de mestrado em direito na Sociedade da Informação, das FMU, em 24 ago. 2007.

6 COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL: MEDIDAS ASSECURATÓRIAS E DEVIDO PROCESSO LEGAL: UMA ANÁLISE ACERCA DA LEI APLICÁVEL E DA DUPLA-INCRIMINAÇÃO

Carolina Yumi de Souza

Mestre em Direito Processual Penal pela Universidade de São Paulo; chefe de gabinete do Ministro Cezar Peluso – Presidente do Supremo Tribunal Federal.

6.1 Introdução

Durante muito tempo, a cooperação jurídica internacional¹ restringiu-se ao que se chama de “medidas de 1º nível” (medidas sem imposição de gravames, como a realização de intimações), com menor impacto na esfera individual. Porém, como instrumento de busca e de produção de prova, segue a cooperação as evoluções e tendências do próprio processo penal e da política criminal. Desta forma, com a diferenciação da criminalidade (surgimento da criminalidade organizada, transnacional e com enfoque financeiro) e a globalização, os países sentiram a necessidade de novos instrumentos de investigação e de persecução penal, ganhando também destaque a intervenção de organismos internacionais. Assim, a cooperação também ganhou novos contornos, além de importância a ela antes não atribuída.

Essa aceleração do uso da cooperação internacional traz, no entanto, algumas dificuldades. Por exemplo, para muitos, é difícil o entendimento acerca da possibilidade de o Estado atuar exercendo medidas típicas de seu

processo penal interno quando nem sequer tem jurisdição sobre o caso, porque ausentes quaisquer das hipóteses do art. 7º do Código Penal, com relevo ao princípio da territorialidade (considerado, por muito tempo, o principal). Essa, todavia, é a natureza da cooperação jurídica internacional em sentido estrito: um Estado soberano, com jurisdição sobre determinado crime, necessita do auxílio de outro Estado soberano, porque uma ou mais medidas processuais ou relacionadas à investigação devem ser tomadas no território deste último. Nas palavras de Cervini (2001, p. 444), que entendemos ser a definição que mais adequadamente explica este fenômeno e à qual já recorreremos em outras oportunidades, a cooperação pode:

(...) ser esquematizada funcionalmente como um conjunto de atividades processuais (cuja proteção não se esgota nas simples formas), regulares (normais), concretas e diverso nível, cumpridas por órgãos jurisdicionais (competentes) em matéria penal, pertencentes a distintos Estados soberanos, que convergem (funcional e necessariamente), em nível internacional, na realização de um mesmo fim, que não é senão o desenvolvimento (preparação e consecução) de um processo (principal) da mesma natureza (penal), dentro de um estrito marco de garantias, conforme o diverso grau e projeção intrínsecos do auxílio requerido.

Ultrapassado este ponto relativo à concepção da cooperação em si, outros problemas apresentam-se. Lembremos, assim, que, historicamente, como dito, medidas que não implicavam qualquer grau de coerção sempre foram praticadas por meio da cooperação. Os problemas aos quais nos referimos tornaram-se maiores, porém, com a crescente execução de medidas que restringem a esfera individual dos investigados ou processados (medidas de 2º nível).

Esse aumento de utilização das medidas assecuratórias advém, em grande parte, da concepção, que vem ganhando o cenário mundial, de corte de fluxo financeiro² para o combate ao crime organizado e, principalmente,

no âmbito do combate à corrupção, da recuperação de ativos. Advém também da facilidade com que os ativos são enviados para outros países.

Para além, no entanto, de explicação do cenário mundial que cerca o aumento dos pedidos de cooperação internacional e o aumento das medidas que neles se incluem, será foco deste trabalho o estudo das medidas assecuratórias requeridas por meio da cooperação, com especial atenção ao cumprimento do devido processo legal, aqui analisado sob dois prismas: lei aplicável e dupla-incriminação.

Com relação ao primeiro prisma, ganha relevância a questão da lei aplicável, porque determinante para se aferir o cumprimento do devido processo sob o ponto de vista de cada ordenamento jurídico envolvido. E, neste particular, a necessidade de decisões judiciais para o cumprimento de tais medidas, questionamento cuja resposta não tem sido automática, principalmente em virtude da nossa tradição de entendermos o processo somente se delimitado por nossas próprias regras.

Já no tocante ao segundo prisma, tendo em vista que a dupla-incriminação vem sendo eliminada paulatinamente como requisito da maior parte dos acordos internacionais na matéria, a discussão sobre sua necessidade ao se tratar de medidas assecuratórias (prevista a dupla-incriminação nestes casos por uma cláusula de escusa presente nestes acordos) torna-se imprescindível para a análise da garantia do princípio da legalidade (*nulla poena sine lege*).

Com isso, oferecemos um panorama geral que nos possa ajudar a refletir sobre a correção dos procedimentos que vêm sendo adotados na matéria.

6.2 Medidas assecuratórias: crime organizado vs. garantias individuais

As medidas assecuratórias a que nos referimos neste artigo são aquelas que recaem sobre bens, direitos e valores, utilizados como instrumentos do

crime ou sendo dele produto, e que correspondem na prática às espécies de arresto, sequestro, hipoteca, indisponibilidade e bloqueio. Não interferem diretamente, portanto, na liberdade do indivíduo, mas em sua propriedade. Despiciendo o estudo sobre os procedimentos de execução das medidas assecuratórias de forma detalhada, ao menos para nossa reflexão inicial, porque o que nos irá interessar será sua finalidade, como primeira baliza a ser utilizada para a verificação de legitimidade. Sendo legítima a medida internamente, não há dúvida, ao menos sob este prisma, de que é igualmente legítimo seu pedido por meio da cooperação. Além disso, as regras específicas (internas ou de outro Estado) interessam ao caso concreto. Para nós, será de mais valia sabermos qual regra específica deve ser utilizada.

Este tópico, assim, serve a uma primeira análise reflexiva sobre a utilização destas medidas.

Para essa análise, precisamos partir da discussão atual que preocupa os operadores do direito acerca do delicado equilíbrio entre as garantias individuais e a necessidade de combate ao crime organizado. Como mencionamos no início deste trabalho, essa preocupação mostra-se de todo relevante, tendo em vista a criação de diversos instrumentos de combate ao crime organizado e de flexibilização de garantias, tudo sob o pálio de se impedir a impunidade (podemos citar como novos instrumentos a introdução de delação premiada, o pagamento a informantes que colaborem na recuperação de ativos, agentes infiltrados e alargamento das hipóteses em que se admite o contraditório diferido). No caso da cooperação, que traz necessariamente a interação entre diferentes jurisdições, essa discussão ganha relevo em virtude da análise do cumprimento dos requisitos positivos e negativos para sua execução, atrelados à compatibilidade com a ordem pública dos Estados envolvidos. Principalmente no tocante às medidas assecuratórias e ao confisco, meios eleitos como eficientes no combate ao

crime organizado, o que advém do já explicitado conceito de rompimento de fluxo financeiro.

Há que se tomar cuidado, portanto, ao se adotar algumas medidas que visem ao ataque ao crime, sob seu ponto de vista *globalizado*, sem considerar suas consequências.

Delmas-Marty (2004, p. 289) trata a questão sob um prisma interessante. Defende que o Direito Penal traz em si dimensão ética que poderia auxiliar a estabelecer um equilíbrio entre valores e resolver contradições advindas do que chama de *mundialização*. E, para esse fim, seria o instrumento mais adequado. Porém, esse *Direito Penal Mundial* exprime uma ética ambígua.

A ambiguidade resulta de um discurso penal simultaneamente securitário e humanista, que alia a função instrumental do Direito Penal (debilidades da cooperação internacional face à criminalidade transnacional) à sua função simbólica (vontade de afirmar e proteger valores comuns da humanidade, vítima de uma criminalidade supranacional).

Em política criminal, a ambiguidade torna-se contradição quando o utilitarismo incita ao privilégio de um modelo autoritário, podendo chegar a justificar uma guerra implacável contra o crime (modelo totalitário), enquanto o idealismo favorece um modelo de tipo liberal, que integre os instrumentos internacionais de proteção dos Direitos do Homem. Do primeiro modelo são fruto as convenções internacionais sobre os crimes transnacionais (branqueamento de capitais, terrorismo internacional, corrupção no comércio internacional, ou em geral crime organizado); já os crimes supranacionais julgados pelos tribunais penais internacionais *ad hoc* e pelo Tribunal Penal Internacional pertencerão mais ao segundo.

Para evitar o que acima se chamou de contradição, levando-se a uma fórmula de direito autoritária, Antonio Scarance Fernandes (2008, p. 238-239) traz o princípio da proporcionalidade como uma das balizas a salvaguardar tal equilíbrio na produção de provas. Esclarece os parâmetros a serem considerados, ofertando-nos uma espécie de *check-list* de análise da proporcionalidade para que se imponha uma medida assecuratória, que

coincide tanto para a aplicação no processo interno como para a cooperação internacional (ativa e passiva):

I. Requisito intrínseco:

a) adequação: 1. Habilitação para alcançar o fim pretendido (adequação qualitativa); 2. Duração e intensidade condizentes com a finalidade (adequação quantitativa); 3. Incidência sobre determinado indivíduo (adequação subjetiva);

b) “subsidiariedade”, “intervenção mínima” ou “alternativa menos gravosa”: o meio mais idôneo que ocasione a menor restrição possível;

c) proporcionalidade em sentido estrito: análise da prevalência dos valores em conflito;

II. Requisito extrínseco: decisão judicial que fundamente os demais requisitos acima.

Seguindo-se os passos acima descritos, de que a medida assecuratória solicitada seja 1) necessária para assegurar a devolução dos objetos do crime (por exemplo); ou que seja 2) necessária a justificar o corte do fluxo financeiro (por que não?); 3) de que ela seja imprescindível para a consecução do fim almejado; 4) que seja a menos gravosa para alcançar tal fim; 5) que não tenha duração acima do prazo suficiente, nem que abarque mais bens do que o necessário e possível; 6) sejam todos estes aspectos analisados pelo juiz competente para a determinação de tal medida; creio termos um ponto de partida para justificar a aptidão da medida, inclusive no que diz respeito à cooperação.

Porém, mesmo com alguns parâmetros estabelecidos, há que se ter cuidado, ainda tendo em mente este delicado equilíbrio entre respeito a direitos e combate ao crime, para que não se inverta a ótica do processo penal. Neste caso, suas garantias passam a ser observadas sob o prisma de garantias de aplicação da lei penal para proteção da sociedade, ficando o indivíduo em segundo plano. Não se pode esquecer que:

Bem vistas as coisas, quem tem necessidade do processo, porque tem um interesse pessoal ameaçado (o interesse de continuar a desfrutar da liberdade), é o suspeito. Ele é que necessita de recorrer ao Estado-Juiz para que essa ameaça a seu interesse, que ele reputa legítimo, não se concretize. É o Estado-Administração que está questionando e pondo em perigo essa pretensão à liberdade. Logo, há que se encarar o processo como *actum trium personarum*, porém sob a ótica de quem dele precisa, que é o titular do direito público à liberdade (SUANNES, 2004, p. 158).

Concordamos que o Estado tenha de buscar meios mais efetivos de combate ao crime e, em especial, ao crime organizado transnacional. Mas essa luta não deve ser feita, no âmbito do processo, com o sacrifício de garantias individuais, que são salvaguarda de todo e qualquer indivíduo contra ação arbitrária do Estado.

Portanto, temos como primeira premissa de nosso trabalho que as medidas assecuratórias, na cooperação, devem possuir os mesmos requisitos de proporcionalidade que deveriam seguir se tais medidas fossem executadas em processo inteiramente nacional. Porém, há, por óbvio, flexibilização de algumas regras em virtude da necessidade de entendimento e respeito a outros ordenamentos, mas sem o sacrifício de direitos e sem inversão da lógica do processo penal.

6.3 Devido processo legal

A grande questão que se coloca quanto ao cumprimento de medidas assecuratórias relaciona-se ao respeito ao devido processo legal.

No Brasil, nos termos do art. 5º, LIV, da Constituição Federal, ninguém será privado de seus bens ou de sua liberdade sem o devido processo legal. Pois bem. Nos casos que envolvem cooperação jurídica internacional, qual seria o devido processo legal? Explicando melhor o questionamento: seria o

devido processo legal de qual ordenamento? São três as possíveis respostas: do Estado requerente, do Estado requerido, ou dos dois.

E, em um segundo passo para a complementação da resposta deve-se questionar: quais as exigências, em termos materiais e processuais, satisfariam o devido processo?

Iniciemos pela uniformização de conceitos. Como se nota até aqui, este artigo não visa a se ater aos conflitos doutrinários e de nomenclatura sobre os institutos e conceitos debatidos. Partimos dos conceitos simples e incontroversos.

Pois bem. Para podermos avançar, então, a primeira tarefa que se impõe é a adoção de um conceito básico de devido processo legal, que nos dará as diretrizes para a linha a que este trabalho se propõe.

Assim, para Tucci (2004, p. 83):

A garantia constitucional do devido processo legal, especificada ao processo penal (devido processo penal), reclama, para sua efetivação, como visto, que o procedimento em que este se materializa observe, rigorosamente, todas as formalidades em lei prescritas, para o perfeito atingimento de sua finalidade solucionadora de conflito de interesses socialmente relevantes, quais sejam o punitivo e o de liberdade.

Se assim o é, o primeiro passo para averiguarmos a obediência à garantia do devido processo é a determinação de qual lei regerá as formalidades que devem ser observadas.

6.3.1 Lei aplicável e necessidade de decisão judicial

Mas, então, qual a legislação que, observada, importará o respeito ao devido processo legal?

A maior parte dos acordos internacionais prevê que a regra a ser seguida no cumprimento das solicitações será a do Estado requerido. De igual maneira, preveem os acordos que, quando alguma formalidade no Estado

requerente for fundamental, este pode requerer que tal formalidade seja seguida pelo Estado requerido, se não for por seu ordenamento proibida. Por exemplo, se, durante a produção de prova oral (oitiva de testemunhas), houver a necessidade da leitura de determinada fórmula antes da inquirição da testemunha para que esta tenha validade no país de origem e isto não ofender o ordenamento jurídico do Estado requerido, este poderá cumprir tal requerimento, mesmo que não previsto em suas leis.

Por outro lado, como dito, se o pedido for vedado pelo ordenamento jurídico do país requerido, não poderá ser executado. Exemplo claro de solicitação que não pode ser cumprida, porque vedada pelo nosso ordenamento, pode ser observado na decisão que concedeu *exequatur* à Carta Rogatória n. 1.818³. Nessa ocasião, as autoridades suíças requereram que pudessem comparecer ao interrogatório de acusados a se realizar no Brasil e, para tanto, que não fosse garantido o direito ao silêncio. Obviamente, tal pedido fere garantia fundamental prevista em nossa Constituição. Assim, a decisão foi esclarecedora ao permitir a realização das diligências solicitadas sem, contudo, flexibilizar o direito ao silêncio, nos seguintes termos:

Ante o exposto, concedo o *exequatur*, em conformidade com o parecer ministerial, haja vista que a proibição em exercer o direito ao silêncio constitui-se impossibilidade jurídica e não encontra respaldo na ordem pública. Nestes termos, o objeto desta carta rogatória não atenta contra a soberania nacional ou a ordem pública (*Superior Tribunal de Justiça*, 2006).

Pois bem. Constata-se, então, que, como um dos corolários da cooperação, temos que a lei que rege a execução de um pedido de cooperação é a *lex diligentiae* (como terminologia a ser empregada na cooperação em lugar do brocardo já conhecido *locus regit actum*), como

explicitada pelos professores Dolinger e Tibúrcio (1998, p. 428)⁴ – e que entendemos mais adequada ao nosso objeto de estudo.

Os autores traçam de maneira didática a diferença entre *lex fori*, *lex diligentiae* e *lex causae*. A primeira refere-se à lei do Estado com jurisdição sobre o processo, a segunda aplica-se aos atos que devam ser praticados em jurisdição diversa daquela em que o processo se desenvolve, sendo a terceira (com pouca aplicação na área penal) aquela lei substantiva a ser aplicada à resolução do mérito da causa.

Quanto à *lex diligentiae*, explicitam que:

Há duas razões para a aplicação da *lex diligentiae* na obtenção de provas. A primeira e principal razão é o respeito à jurisdição estrangeira onde a prova deve ser obtida. O Estado onde a causa foi proposta não tem jurisdição fora de seus limites territoriais. Por exemplo, com que poder uma autoridade judicial determinaria que uma testemunha domiciliada no Brasil fosse ouvida ou que um documento localizado no Brasil fosse analisado? A jurisdição de uma autoridade judicial é limitada ao território em que exerce suas atribuições e não além.

A segunda razão é mais prática: assegurar que a decisão seja reconhecida e executada no exterior, particularmente no país em que a prova foi obtida. Como regra, não será reconhecida em uma jurisdição uma decisão estrangeira se esta decisão foi proferida em violação aos princípios básicos da jurisdição doméstica. De outro modo, a avaliação da prova por um juiz seria somente regulada pela *lex fori* porque sua função está conectada ao processo no qual uma autoridade judicial profere sua decisão, o que é a essência de sua função⁵.

Para melhor entender o funcionamento, então, da lei aplicável, deve-se cindir o processo e o pedido de cooperação em fases e, com relação a cada fase do procedimento de cooperação, deve ser seguida a lei do Estado em que se desenvolve (*locus regit actum*). Esta cisão é imprescindível para analisar o funcionamento da cooperação jurídica internacional enquanto incidente do processo. Explicamos: para a elaboração do pedido, deve ser

seguida a lei do Estado requerente, considerando-se, de antemão, os requisitos de seu destinatário (Estado requerido). Desta forma, a autoridade competente para formular o pedido deve ser também aquela com atribuições para formular tal requerimento no processo originário e nas mesmas hipóteses em que tais medidas também pudessem ser tomadas no processo interno.

Posta esta premissa, para melhor entendermos como se processariam as afirmações feitas acima, cremos mais adequada a análise da cooperação sob o ponto de vista do local do qual emana o pedido. Assim, a análise recairá, em primeiro lugar, sobre a cooperação ativa e, posteriormente, sobre a passiva.

6.3.1.1 Cooperação ativa

Sob o prisma nacional, dá-se a nomenclatura de cooperação ativa quando os pedidos são emanados de autoridades brasileiras, a serem cumpridos no exterior. Isto é, quando o processo para o qual determinada medida é solicitada é de jurisdição brasileira.

Um primeiro ponto que tem causado polêmica quanto às medidas assecuratórias refere-se à necessidade de decisão judicial proferida por autoridade brasileira para que se possa requerer tais medidas no exterior. E a dúvida nesse caso advém do fato de que, para nós, as medidas assecuratórias necessariamente dependem de um pronunciamento jurisdicional, nos termos da Constituição Federal e da regulamentação trazida pelos Códigos Penal e de Processo Penal.

A nosso sentir, a resposta a este questionamento passa por duas análises: a primeira, que já antecipamos, acerca da lei aplicável, e a segunda a respeito do instrumento que será utilizado para o pedido de cooperação. Explicamos: em nossa tradição (abstraindo-se do debate sobre a possibilidade de carta rogatória executória), a carta rogatória é o instrumento de cooperação jurídica internacional destinado à colaboração entre autoridades judiciais, sobre as quais há necessidade de que recaia o

assim chamado juízo de delibação. A sua utilização dependerá das normas do Estado requerido. Hoje, é pouquíssimo usada por outros Estados, mas mantém seu lugar de destaque no ordenamento pátrio. Até porque, mesmo com a recente modificação de grande parte de nosso Código de Processo Penal (Lei n. 11.900, de 8 de janeiro de 2009 – quanto às rogatórias), perdeu-se a oportunidade de se regulamentar outras formas de cooperação, sendo somente a rogatória mencionada ao se tratar da cooperação jurídica internacional e da produção de provas e outras medidas no exterior. Assim, à exceção dos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, o único instrumento legal que trata do auxílio direto é a Resolução n. 9 do Superior Tribunal de Justiça, muito mais focado na cooperação passiva, tendo em vista ser o órgão constitucionalmente destinado à concessão do *exequatur*.

Nessa hipótese, da rogatória, não há dúvida da imprescindibilidade de decisão judicial, porque é um dos requisitos para a utilização desta via (essa afirmação refere-se ao conteúdo clássico das cartas rogatórias).

Já no caso da utilização do instrumento do auxílio direto, parece-nos que a questão não encontra resposta tão automática. É que o funcionamento deste instrumento ainda enfrenta alguns problemas, em face, principalmente, da ausência de regulamentação legal e da pouca doutrina nacional a respeito.

Em síntese, o auxílio direto é o instrumento de cooperação jurídica internacional pelo qual a autoridade competente para a solicitação da medida desejada requer à autoridade competente do Estado requerido o cumprimento de tal medida (não é, assim, um meio de comunicação exclusivo de autoridades judiciais).

O conhecimento da solicitação é realizado de maneira profunda por tal autoridade, que poderá analisar o mérito do pedido (o liame causal entre a medida solicitada e o objetivo pretendido, os indícios ou provas da autoria e da materialidade do crime em virtude do qual se pede a cooperação, o preenchimento dos requisitos legais no país requerido e no requerente e, no

caso de medidas assecuratórias, o nexo entre o crime supostamente cometido e os bens e valores sobre os quais recairão tais medidas. Este último requisito tem sido uma espécie de obstáculo a diversas pretensões de autoridades brasileiras, pois, quando se trata de depósitos bancários, é extremamente difícil a prova da ligação entre o cometimento do crime e o envio de quantias a determinada conta, especificamente).

Difere-se, desta forma, fundamentalmente da carta rogatória pela profundidade e extensão de análise que possibilita, pois a autoridade estrangeira irá analisar o pedido como se feito em processo sob sua jurisdição, e pela maior celeridade no cumprimento.

A autoridade que analisará o pedido será judicial se, no Estado requerido, for necessário pronunciamento jurisdicional para o cumprimento de tal medida. Dessa nova afirmação decorrem dois igualmente novos questionamentos, relacionados aos dois polos da cooperação (nos referimos a *dois*, pois o réu raramente é visto como possível *usuário da cooperação*, principalmente na existência de tratado, tido como instrumento interestatal somente).

Com relação ao primeiro deles, tendo em vista que, pelo nosso ordenamento, é necessário pronunciamento judicial para a efetivação de medidas assecuratórias e, mesmo pela via da cooperação, essa medida será tomada em virtude de um processo brasileiro, com produção de efeitos que nele se refletem, pode esta medida ser solicitada sem a intervenção de nosso Poder Judiciário, ainda que autoridade dotada dos mesmos poderes determine o cumprimento da solicitação no Estado estrangeiro?

No tocante ao segundo questionamento, tendo em vista a mesma premissa acima explicitada, seria válido o cumprimento de requerimento de efetivação de medida assecuratória, ainda que emanada de autoridade judicial brasileira, por autoridade não judicial no país requerido, uma vez que lá este requisito não seria necessário? Seria válida, para nós, medida assecuratória executada por autoridade administrativa, sem ratificação

judicial posterior, no Estado requerido, sendo esta, de acordo com suas leis, completamente válida?

A resposta a esta primeira pergunta parece mais simples, tendo em vista as premissas sobre as quais nos debruçamos até o momento. E isto porque, partindo-se da aplicação da *lex diligentiae*, devemos observar as normas pertinentes em cada um dos passos da cooperação.

Assim, a parte do pedido que é elaborada com base em nosso ordenamento deve levar em conta, do ponto de vista subjetivo, a eleição de autoridade que poderia solicitar tal medida caso ela fosse executada em nosso território. A resposta vem, numa primeira análise, de nossa legislação. Por exemplo:

- a) Art. 127, CPP: “O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou do ofendido, ou mediante representação da autoridade policial, poderá ordenar o sequestro, em qualquer fase do processo ou ainda antes de oferecida a denúncia ou queixa”;
- b) Lei n. 9.613, de 3 de março de 1998, art. 4º: “O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o sequestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos arts. 125 a 144 do Decreto-Lei n. 3.689, de 3 de outubro de 1941 – Código de Processo Penal”.

Percebe-se, desta forma, que tanto autoridade judicial quanto membro do Ministério Público e autoridade policial (exclui-se o ofendido pelos motivos já analisados) podem solicitar a efetivação de medidas assecuratórias, bastando que, nos termos do tratado, estas também possuam a qualidade de autoridade requerente para cooperação (requer-se, desta forma, uma dupla atribuição para solicitar cooperação).

Encaminhado o pedido ao Estado requerido, a autoridade judicial o analisará e proferirá decisão, de acordo com seu procedimento interno. Sendo os procedimentos respeitados, não nos parece, em princípio, haver

qualquer ofensa à Constituição Federal, vez que, resguardado o devido processo legal, a autoridade que poderia solicitar a medida o fez e aquela que poderia executá-la, nos termos da legislação de seu Estado, também.

A análise deve ser feita caso a caso. Isso porque um país não é obrigado a aceitar os procedimentos do país requerido em todas as hipóteses. O exemplo clássico da confissão obtida sob tortura bem ilustra a afirmação. Claro que, para nós, seria uma prova inadmissível. Mas as situações que se encontram em uma zona cinzenta são muito mais difíceis. Por isso, em princípio, cremos que sendo respeitados os procedimentos no Estado de origem estaria respeitado o devido processo⁶.

Quanto ao segundo questionamento, sua resposta mostra-se mais problemática, pois, embora obedecidos os procedimentos no momento do pedido e de sua execução no exterior, não haveria nenhuma decisão judicial. Dizemos problemática do ponto de vista de análise da cooperação somente com uma visão nacional do processo, já que não se pode pretender que o Estado requerido siga os mesmos parâmetros que os nossos.

Obviamente que uma decisão judicial brasileira facilitaria a discussão, mas sua inexistência não invalida por si só todo o procedimento. Todavia, o devido processo, nesse caso, estará respeitado se respeitadas as suas leis de regência. Não nos parece que isso seja uma flexibilização de garantias, mas de, como dito, correto entendimento de que Estados diversos podem escolher diferentes atribuições a serem dadas a seus poderes. Se a proibição do uso de tortura pode ser considerada como um valor universal, o mesmo não acontece com a escolha de atos que um Estado deseja que só possam ser executados mediante reserva de jurisdição.

Essas, porém, são considerações que, ao contrário de pretenderem ser definitivas sobre o tema, indicam apenas um início para a reflexão. A dificuldade reflete-se na inexistência de posicionamento majoritário na doutrina, com questionamentos que vão além da produção da prova,

esbarrando em problemas como sua admissibilidade. A esse respeito, comentam Dolinger e Tiburcio⁷ (1998, p. 434-435):

Por fim, alguns problemas probatórios não podem ser claramente submetidos a alguma norma jurídica em particular. Por exemplo, qual lei deveria ser aplicada à admissibilidade ou inadmissibilidade de provas? A altamente controversa questão relacionada a provas obtidas ilegalmente deu destaque a muitos livros e artigos de jornal. Infelizmente, essas fontes não ajudam perfeitamente à presente análise porque, na maioria dos casos, os comentaristas jurídicos discutem provas obtidas ilegalmente apresentadas perante tribunais internacionais, como o Tribunal Internacional de Justiça ou comissões internacionais de arbitragem.

Mas o que deveria fazer um juiz se a ele fossem apresentadas provas consideradas, pelo país em que foram produzidas, como ilegalmente obtidas? Para ilustrar, um juiz de um Estado no qual uma prova consistente em escuta é considerada válida, deve considerar quando admitir tal prova se obtida em um Estado onde seria inadmissível. De outro modo, o que deveria fazer um juiz se a ele forem apresentadas provas consideradas válidas nos termos das leis do local onde foram obtidas, mas inválidas de acordo com as leis do Fórum?

É nossa opinião que a questão probatória deveria, em princípio, ser regulada pela lei do fórum, porque um juiz não deveria considerar prova obtida em seu fórum de forma contrária à legislação local. Se a prova foi obtida em violação à *lex diligentiae*, então esta prova também não poderia ser utilizada, em respeito à jurisdição estrangeira.

Na mesma linha, documentos que foram roubados ou obtidos em violação às leis locais não podem também ser usados. Entretanto, se a escuta foi autorizada por todas as partes envolvidas e não violou qualquer provisão constitucional – como a que protege o direito à privacidade do Estado estrangeiro – então ela pode ser admitida porque não foi ilegalmente obtida, mesmo se não fosse admissível no caso em que foi admitida no país estrangeiro.

Em resumo, prova obtida ilegalmente não deveria ser usada em respeito à *lex diligentiae*. *Lex fori* deveria prevalecer no caso de prova obtida legitimamente que é, todavia, inadmissível na jurisdição estrangeira.

6.3.1.2 *Cooperação passiva*⁸

Quando se trata de cooperação passiva, isto é, quando o Brasil é o Estado requerido para executar medidas destinadas a satisfazer processo

que se desenvolve no exterior, outros são os problemas que surgem quanto às medidas assecuratórias.

Com relação aos pedidos oriundos de carta rogatória, devem estes ser encaminhados ao Superior Tribunal de Justiça para a concessão de *exequatur*. O procedimento para sua execução vem disciplinado na Resolução n. 9 do Superior Tribunal de Justiça (2005)⁹.

Neste caso, da mesma forma que na cooperação ativa, não há problema relativo à existência de decisão judicial porque da própria essência da rogatória (comunicação entre autoridades judiciais).

A única questão, porém, com relação ao processamento das cartas rogatórias¹⁰ que poderia surgir relaciona-se à antiga questão sobre a possibilidade de cartas rogatórias de conteúdo executório. Nela, entretanto, não vamos nos aprofundar, bastando compreender que, historicamente, a jurisprudência vem oscilando acerca deste tema¹¹. Atualmente, o STJ vem concedendo *exequatur* a cartas rogatórias que têm por objeto assistência de segundo grau, como quebras de sigilo bancário e execução de medidas assecuratórias, principalmente em função de expressa disposição legal, novidade introduzida pela citada Resolução n. 9, em seu art. 7º, *caput* (“As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios”).

Não se deve, porém, desconsiderar que, recentemente, a jurisprudência vem oscilando, nos pedidos passivos, quanto ao alcance da expressão *autoridade judiciária*. É que, nos pedidos oriundos da Itália, consta, em uma grande gama de casos, o Ministério Público local como autoridade requerente, pois, naquele país, essa instituição faria parte do Poder Judiciário. Portanto, autoridade competente para solicitar pedidos de cooperação jurídica internacional.

Quanto à impossibilidade de o Ministério Público ser autoridade requerente, no *Habeas Corpus* n. 87.759 (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2008)¹² estabeleceu-se que somente autoridade judicial poderia ser autoridade requerente. Porém, em sede de embargos de declaração no

mesmo *habeas corpus*, o Ministro Marco Aurélio, na sessão da 1ª Turma de 17 de março de 2009, julgou procedentes os embargos neste ponto para

“assentar que o Ministério Público italiano tem legitimidade para expedir carta rogatória”. Entendeu procedente a articulação de não se haver levado em conta o fato de o art. 784 do CPP aludir a cartas rogatórias emanadas não de autoridades judiciárias, mas de autoridades estrangeiras competentes.

Ademais, enfatizou que a alusão a “autoridades judiciárias da parte requerente” – contida no item 1 do art. 1 do Tratado sobre Cooperação Judiciária em Matéria Penal firmado pelo Brasil e pela República Italiana – sugeriria, de início, tratar-se de órgãos investidos do ofício judicante. Contudo, asseverou que, na Itália, o *parquet* integra o sistema judiciário e que a magistratura, nesse país, está organizada em carreira institucional única, dentro do mesmo Poder, exercendo atribuições judicantes ou aquelas tradicionalmente inseridas na área reservada ao Ministério Público, verificando-se, assim, a mesclagem de atuação”.

O julgamento ainda não foi concluído, com pedido de vista da Ministra Cármen Lúcia (Informativo do STF n. 539, de 16 a 20 de março de 2009)¹³. Porém, em outra oportunidade, no julgamento dos embargos de declaração no *habeas corpus* n. 91.002¹⁴ (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2009), desta vez com relação a autoridades suíças, assentou-se que, para a expedição de rogatória, deve-se observar, pela legislação do país de origem, quem seria a autoridade competente para expedi-la, o que não seria contrário ao nosso ordenamento. Interessante anotar que no voto que proferiu nestes embargos, a Ministra Cármen Lúcia esclareceu que seu pedido de vista no *habeas corpus* antes mencionado em nada se relaciona à possibilidade de que o Ministério Público possa ser autoridade requerente, recaindo suas dúvidas em outros pontos daquele processo. Parece, assim, que a jurisprudência está se pacificando, respeitando-se a *lex fori*.

Vencidos os comentários sobre a rogatória e antes de iniciarmos a discussão sobre a necessidade de decisões judiciais quando se trata de

auxílio direto, é importante apontar que a jurisprudência vem oscilando também sobre o cabimento desta relativamente nova modalidade de cooperação.

Muitos alegam que a Constituição Federal apenas menciona as cartas rogatórias (art. 105, I, *i*), assim como nosso Código de Processo Penal, sendo este instrumento (a carta rogatória) o único meio possível, portanto.

No *habeas corpus* n. 85.588¹⁵ (SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 2006), a primeira turma do STF negou expressamente a possibilidade de que outro meio além da rogatória pudesse ser utilizado, pois restaria configurada afronta à soberania nacional.

Ao comentar esta decisão, Carmem Tibúrcio (2006, p. 475) esclarece que:

(...) não há qualquer inconstitucionalidade nessa solicitação: o pedido não implica o reconhecimento de decisão já proferida no exterior, e será apreciado segundo a lei brasileira, pelo juiz nacional, sem que haja a necessidade de tratado em vigor para tanto. Trata-se de uma nova modalidade de cooperação entre países com o objetivo de agilizar e garantir que o Brasil, quando necessite, receba tratamento semelhante... Vale lembrar que essas novas formas de cooperação não dispensam necessariamente a apreciação pelo Judiciário, quando isto for necessário. O elemento distintivo é se (1) se trata de dar efeito direto a uma decisão de autoridade estrangeira – para o que se exige a carta rogatória – ou (2) se a hipótese diz respeito a um pedido de colaboração, no qual o juízo de cabimento da medida compete à autoridade brasileira. Portanto, não se está subtraindo a competência do STJ – mantida para a primeira hipótese – mas sim estabelecendo novas formas de cooperação entre países.

De outro lado, o STJ, responsável pela concessão de *exequatur*, além de ter previsto outras formas de cooperação na Resolução n. 9, julgou a questão na Reclamação n. 2.645¹⁶, em sua Corte Especial. Trata-se de reclamação onde se alega usurpação de competência do STJ uma vez utilizado o meio da cooperação direta para o compartilhamento de provas

com o Ministério Público russo. O Ministro relator, Teori Albino Zavascki, manifestou-se pela improcedência da reclamação, no que foi acompanhado pela maioria dos membros da Corte Especial, pois a competência do STJ, nos termos da Constituição Federal, refere-se

(...) ao juízo de delibação consistente em aprovar ou não o pedido feito por autoridade judiciária estrangeira para cumprimento, em nosso país, de diligência processual requisitada por decisão do juiz rogante. É com esse sentido e nesse limite, portanto, que deve ser compreendida a referida competência constitucional. Está reservada a casos muito específicos, como o juízo de delibação em rogatória.

Não sendo hipótese, pois, de necessária intervenção do STJ, não há que se falar em usurpação de competência.

Independentemente da discussão acima, tratemos agora do auxílio direto. Quanto a esse instrumento¹⁷, em nosso ordenamento (somos a autoridade requerida e, portanto, será a nossa legislação a ser aplicada à execução dos pedidos), novos questionamentos colocam-se tanto quanto na cooperação ativa.

O auxílio direto é utilizado na existência de tratado¹⁸ (bilateral ou multilateral) que sirva como base para a cooperação e/ou não seja necessário juízo de delibação (Resolução n. 9 do STJ, art. 7º, parágrafo único)¹⁹.

Não existem, aqui, as mesmas dificuldades que nos pedidos ativos no que diz respeito à existência de decisão judicial determinando a medida. Explicamos: é que o procedimento a ser adotado para o cumprimento da medida é o do lugar da diligência (Brasil). Sendo assim, sempre haverá decisão judicial proferida.

Se no Estado requerente existe ou não decisão judicial, pouco importa. Basta que as normas previstas em seu ordenamento interno quanto a essas

medidas e quanto à cooperação tenham sido obedecidas.

Dessa maneira, na cooperação passiva, a análise polêmica acerca da obediência ao devido processo legal passa por outros requisitos, que não a existência de decisão judicial,²⁰ que passamos a exemplificar.

Acerca do que fere ou não o devido processo podemos citar, então, a observância à soberania e à ordem pública²¹, que é feita de maneira casuística, tendo em vista a natureza fluida destes conceitos. Neste aspecto, a decisão proferida nos autos do *Habeas corpus* n. 89.171²², em que se concedeu a ordem para suspender a execução de carta rogatória, pois não se havia observado o contraditório, além de as medidas solicitadas terem caráter genérico (esse *habeas corpus* refere-se à decisão proferida na Carta Rogatória 1.818, anteriormente citada).

A questão do contraditório, como citado, mostra-se especialmente importante e merece alguns comentários. O fato de a cooperação, para as medidas por nós estudadas, ser considerada um incidente processual e depender, em nosso ordenamento, de decisão judicial, acarreta algumas consequências. Uma delas e, talvez, a mais importante, e que vem sendo relegada a segundo plano, é a necessidade de que também a cooperação desenvolva-se em um ambiente de contraditório, imprescindível para que se possa sequer cogitar de respeito ao devido processo legal.

Por óbvio que não se desconsidera que, assim como acontece com as medidas processuais comuns, há alguns casos em que o contraditório deva ser diferido, sob pena de se frustrar a solicitação. Não há sentido, por exemplo, em que se intime a pessoa sobre a qual recairá uma interceptação telefônica.

Porém, no já descrito afã de se buscar evitar a impunidade, muitas vezes (aliás, quase rotineiramente), o indivíduo é posto em segundo plano. Como se já não bastasse o fato de que a maior parte dos tratados, em especial os bilaterais, serem considerados como instrumentos de ajuda entre os Estados, ficando o indivíduo alijado destes, em total desrespeito à paridade de armas,

raríssimos os casos de cooperação em que ele tem a chance de um contraditório efetivo. A esse respeito, a lição de Grinover (1995, p. 6):

A visão trilateral da cooperação em matéria penal, em que avulta a figura da pessoa à qual um Estado solicita cooperação a outro, encontra sólido embasamento nos esquemas processuais.

Com efeito, a cooperação internacional em matéria penal envolve frequentemente a existência de verdadeiros processos jurisdicionais. Isso ocorre em muitas de suas modalidades, como na extradição, na maioria dos Estados modernos, assim como na execução de sentenças penais estrangeiras, nos países que as admitem. Assim é para o cumprimento de rogatórias de Estados estrangeiros. E assim é, sobretudo, na linha evolutiva atual da cooperação judiciária, que trata unitariamente, com princípios gerais aplicáveis a todas as formas de cooperação – reservando, evidentemente, princípios específicos a cada uma delas –, a matéria até então fragmentária e esparsa.

Ora, qualquer processo jurisdicional – assim como seus incidentes – só pode desenvolver-se em contraditório; e o contraditório há de ser estabelecido entre os sujeitos da relação jurídica processual – juiz, demandante e demandado.

A relação processual é sempre tríplice e dela participam obrigatoriamente os sujeitos do contraditório. Essa afirmação é incontestável na moderna doutrina processual.

Devemos, então, atentar para o fato de que o Brasil deve cooperar com outros Estados, mas, para além da observância das leis no Estado requerente, devemos respeitar as nossas em primeiro lugar, sob pena de a prova aqui produzida ser imprestável.

Outro exemplo pode ser extraído da negativa de concessão de *exequatur* na Carta Rogatória n. 3.723²³, tendo em vista a inimputabilidade do agente, porque menor de idade, segundo as nossas leis, à época dos fatos:

A inimputabilidade penal do agente, contudo, impede o *exequatur* de carta rogatória relativa à investigação criminal, sem prejuízo da iniciativa do Ministério Público, no âmbito de suas atribuições, perante o Juízo da Infância e da Juventude. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2009)

Baseou-se, portanto, a negativa em possível ofensa à ordem pública.

Interessante notar, por fim, o posicionamento brasileiro adotado nos casos de extradição em que há bens envolvidos para que façamos um paralelo. Os bens podem ser enviados ao Estado requerente²⁴, mesmo em sede de extradição instrutória, de maneira definitiva, sem se cogitar de qualquer violação. Isso quer dizer que privamos o indivíduo definitivamente de seus bens, ao menos em nosso território, sem qualquer decisão com trânsito em julgado no país requerente, bastando que o pedido seja emanado de uma autoridade judicial, e sem análise de qualquer elemento de prova. A previsão legal é suficiente para garantir o devido processo? Bom, até o momento, não há questionamentos sobre o assunto.

6.3.2 Dupla-incriminação

A utilização do requisito da dupla-incriminação na cooperação em sentido estrito tem clara inspiração no instituto da extradição, de onde foi importado. Em nosso caso, seria necessária sua verificação para a satisfação do princípio *nulla poena sine lege*, enquanto um dos corolários do devido processo.

Uma advertência preliminar deve ser feita. Não nos esqueçamos de que esse requisito é necessário para a aplicação da lei penal, tendo efeitos na jurisdição *interna* do Estado. Quando tratamos de cooperação internacional, uma visão mais ampla deve guiar nosso entendimento.

É importante ressaltar que a maior parte dos tratados ratificados elimina tal requisito, mantendo-o, porém, para medidas como o bloqueio e o confisco (analisaremos alguns desses tratados no próximo capítulo). Delimitada, portanto, está sua aplicação, ao menos na existência de tratado.

Antes, porém, de verificarmos o acerto de utilização do requisito para o nosso caso (de pedidos de medidas assecuratórias), devemos estudar, mesmo que de maneira breve, algumas de suas características.

A dupla-incriminação, assim, significa que o fato que é imputado ao extraditando deva ser considerado como crime²⁵ na legislação dos dois Estados (requerente e requerido).

O foco de sua análise deve recair sobre o fato²⁶ e não sobre o *nomen iuris* do tipo penal. Assim, não importa que o tipo penal não exista no ordenamento com aquela determinada nomenclatura, mas que a conduta descrita também seja incriminada, ainda que com outro nome.

Sobre o instituto, complementando o acima referido, esclarece Maciel (2007, p. 20-21) que é:

(...) irrelevante a diferença no *quantum* das apenações. Também não importa eventual divergência quanto à nomenclatura (*nomen juris*) atribuída à entidade delituosa pelas legislações em cotejo, nem mesmo pequenas discrepâncias quanto à descrição do tipo penal (*tatbestand*). Para satisfação do “princípio da identidade”, basta que o fato narrado apresente os elementos estruturantes da capitulação delitiva (*essentialia delicti*) contida na norma incriminadora estrangeira e em correspondência com o teor da lei penal brasileira.

Vejamus um exemplo: não há perfeita correspondência formal entre o delito de *conspiracy*, existente nos Estados Unidos, e o crime de bando ou quadrilha, conforme punido no Brasil (art. 288 do CP), muito embora assemelhados entre si. A diferença principal é que o delito estrangeiro (“conspiração”) já se consuma com a associação entre duas ou mais pessoas com vistas a futuras práticas criminosas, ao passo que o delito brasileiro (bando ou quadrilha) exige que a *societas delinquentium* reúna, no mínimo, quatro indivíduos. Deste modo, a extradição pelo delito de *conspiracy* dependerá das peculiaridades do caso: só será deferida se, com certa estabilidade, o extraditando estivesse integrado com três ou mais criminosos; não atingindo esse número, o fato, no Brasil, é penalmente atípico, o que impedirá a entrega do reclamado.

Cobra-se simetria normativa, não um embasamento teórico uniforme. Ao Governo solicitante da extradição é inoponível a interpretação dada à norma incriminadora pela doutrina e jurisprudência brasileiras, na medida em que estas não podem sobrepor-se ao direito positivo de outro país ou à hermenêutica adotada pelo tribunal estrangeiro. Exemplo: no crime de dano ao patrimônio público causado para evasão da prisão, não será obstáculo à extradição a alegação de que o fugitivo teria agido sem o elemento subjetivo do tipo, e, assim, sua conduta seria impunível no Brasil.

Bantekas e Nash (2003, p. 181-182) esclarecem que, originalmente, a extradição era reservada aos crimes graves, com base no princípio *nulla poena sine lege*. Esclarecem que, enquanto na Europa esses crimes eram tradicionalmente definidos pelo *quantum* de pena aplicável, Estados Unidos e Reino Unido costumavam utilizar o sistema de listas de crimes *extraditáveis* (um exemplo disso é o nosso tratado de extradição com os Estados Unidos). A primeira alternativa tem sido a mais utilizada nos tratados modernos.

Novamente trabalhando com a separação entre cooperação ativa e passiva, percebemos rapidamente que, com relação à primeira, não há desafios a enfrentar. Isso porque, obviamente, sendo o Brasil o Estado requerente, deve haver aqui uma investigação ou um processo em curso. A jurisdição é brasileira e, portanto, necessariamente, o fato aqui ocorrido será crime. Se o Estado requerido exige ou não a dupla-incriminação dependerá de sua legislação interna (*lex diligentiae*) ou dos termos do tratado que embasar a cooperação.

Quanto à cooperação passiva, exige-se um pouco mais de detalhamento de nossa legislação e jurisprudência.

O Código de Processo Penal prevê, em seu art. 1º, que o processo penal será regido pelo Código em território nacional, ressalvando, em seu inciso I, “os tratados, as convenções e regras de direito internacional”. Em seu art. 780, ao tratar das rogatórias, dispõe:

Sem prejuízo de convenções ou tratados, aplicar-se-á o disposto neste Título à homologação de sentenças penais estrangeiras e à expedição e ao cumprimento de cartas rogatórias para citações, inquirições e outras diligências necessárias à instrução de processo penal.

Portanto, nos casos de existência de tratado, não há dúvida de que este, ao prever a ausência de dupla-incriminação, seria plenamente aplicável, não só em virtude da hierarquia normativa que assume ao ser internalizado em nosso ordenamento, mas também por expressa disposição do CPP.

Na ausência de tratado, aplicáveis, assim, as regras do CPP. Mas o que elas dizem quanto à dupla-incriminação? O art. 784 trata a questão da seguinte forma:

As cartas rogatórias emanadas de autoridades estrangeiras competentes não dependem de homologação e serão atendidas se encaminhadas por via diplomática e desde que o crime, segundo a lei brasileira, não exclua a extradição.

O CPP, desta forma, parece não exigir esse requisito para o cumprimento de uma medida de cooperação. Utiliza-se de fórmula inversa, disciplinando quais os crimes que a ela não dão ensejo. E, para tanto, remete-nos aos crimes que não são passíveis de extradição. Dessa maneira, o Brasil sempre poderá cooperar, exceto nos casos que excluiriam a extradição. Parece simples, não? Infelizmente, ao remeter à disciplina da extradição, novos problemas emergem.

Assim, em primeiro lugar, estão automaticamente excluídos da possibilidade de cooperação os crimes políticos e de opinião (art. 5º, LII, da Constituição Federal). Já analisando a disciplina da Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980 (conhecida como Estatuto do estrangeiro), outros requisitos surgem. O art. 77 dessa lei traz as hipóteses em que não será concedida a extradição. Porém, entendemos não serem todas aplicáveis ao caso da cooperação em sentido estrito. Isso porque o artigo traz uma série de requisitos que não são relacionados ao crime em si. Assim, não nos parece ter o CPP limitado que a cooperação em sentido estrito fosse prestada somente nas hipóteses em que a extradição o pudesse ser, mas que fosse excluída nos casos em que o crime o fosse para a extradição. Mas, então, quais seriam as causas ali colocadas aplicáveis à cooperação? Vejamos cada uma delas.

I – “se tratar de brasileiro, salvo se a aquisição dessa nacionalidade verificar-se após o fato que motivar o pedido” – não é aplicável aos casos de cooperação, uma vez que a condição de nacional impede somente a extradição, não impedindo que o brasileiro seja processado por crime cometido no exterior (art. 7º do CP). É interessante também termos em mente que, em uma situação limite, caso o Brasil se recusasse a cooperar, poderia inviabilizar o cumprimento da obrigação do *aut dedere aut judicare*;

II – “o fato que motivar o pedido não for considerado crime no Brasil ou no Estado requerente” – comentários abaixo;

III – “o Brasil for competente, segundo suas leis, para julgar o crime imputado ao extraditando” – trata de competência, devendo ser estudado sob o prisma do liame jurisdicional aplicável, já que não se pensaria em acionar, por exemplo, a jurisdição universal, para qualquer situação²⁷. Também não se aplica à cooperação, pois, principalmente com o crime transnacional, algumas das condutas são praticadas em território nacional e outras não, cindindo-se a competência para seu processamento e julgamento. Um caso clássico que pode ser citado a título exemplificativo é o do crime de lavagem de dinheiro. Cada uma de suas três fases pode ter sido cometida em um Estado diferente. Houve lavagem, em todos eles, não sendo excluída a competência de nenhum;

IV – “a lei brasileira impuser ao crime a pena de prisão igual ou inferior a 1 (um) ano” – este inciso demonstra a noção de gravidade de um delito para que justifique a extradição pelo Brasil. Como mencionado no início, alguns tratados trazem o critério do *quantum* da pena para justificar quais seriam os crime extraditáveis. Porém, este juízo de gravidade pode ser utilizado para impedir medidas de 3º nível, pois implicam enviar um indivíduo, que se encontra sob proteção do Estado brasileiro, coercitivamente para outro Estado. No caso da cooperação em sentido estrito, a menos que um determinado tratado assim o preveja, não se aplica

este requisito, uma vez que não cabe a um Estado fazer tal juízo em relação ao ordenamento jurídico de outro, em não se tratando de bens jurídicos que estejam sob nossa exclusiva proteção;

V – “o extraditando estiver a responder a processo ou já houver sido condenado ou absolvido no Brasil pelo mesmo fato em que se fundar o pedido” – trata-se, aqui, na verdade, de aplicação do princípio do *ne bis in idem*. Aplica-se à cooperação, seja por força de um tratado (normalmente esta cláusula vem prevista), seja por respeito à ordem pública e ao devido processo legal. Esta vedação, assim, incide independentemente de sua previsão neste diploma legal específico;

VI – “estiver extinta a punibilidade pela prescrição segundo a lei brasileira ou a do Estado requerente” – a ocorrência de prescrição insere-se em outro requisito da extradição, que é o da dupla-punibilidade. Também não me parece que se aplique à cooperação em sentido estrito, porque, uma vez inaplicável a nossa legislação, não há razão para que apliquemos os nossos critérios de extinção da punibilidade. E, nos casos em que haja tratado que elimine a dupla-incriminação, este requisito tem aplicabilidade impossível. Porém, creio ser o mais adequado que a ocorrência de prescrição no Estado requerente possa ser utilizada como argumento ao não cumprimento da rogatória, pois, nesse caso, haveria ofensa à ordem pública em se produzir provas para um processo que não mais deveria existir. Ocorrendo a prescrição, o Estado requerente teria seu *ius puniendi* extinto, nem mesmo podendo ser parte em um pedido de cooperação;

VII – “o fato constituir crime político” – este crime, como dito, já é vedado pela Constituição e, também existe como causa de exclusão da cooperação na maior parte dos tratados;

VIII – “o extraditando houver de responder, no Estado requerente, perante Tribunal ou Juízo de exceção” – impede a cooperação pelos mesmos motivos já relacionados nos comentários ao inciso V.

Retomemos a análise do inciso II, que trata da dupla-incriminação. Da leitura de nosso arcabouço legal, como até aqui desenvolvido, percebe-se que a dupla-incriminação foi sim inserida como requisito ao cumprimento de rogatórias. Inclinao-nos em um primeiro momento a não admitir que esse requisito fosse aplicável, pois não se trataria propriamente de um crime que excluísse a extradição, segundo o CPP. No entanto, cremos que, por uma interpretação literal, a dupla-incriminação existe e a necessidade de sua aplicação pode ser questionada por aquele a quem as medidas de cooperação serão impostas.

Ressalte-se que o já exposto somente se aplica aos casos de inexistência de tratado a embasar a cooperação.

Não é da forma exposta, porém, que recentemente tem entendido nossa jurisprudência. Ao contrário, há julgado em que, para as medidas mais simples, ditas de primeiro nível, a eliminação do requisito não geraria maiores problemas. Vejamos o Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 1.433²⁸, oriunda da Bélgica. No caso, a agravante postulava pela negativa ao *exequatur*, porque tratar-se-ia de responsabilidade penal objetiva da pessoa jurídica, vedada em nosso ordenamento (exceção feita aos delitos ambientais). O relator assim se manifestou sobre a questão:

O princípio da dupla-incriminação não incide em se tratando de medidas de assistência de primeiro nível, que, por ausência de gravame, podem ser qualificadas como meramente procedimentais. No caso dos autos, a Justiça rogante solicita a “identificação e interrogatório do proprietário fretador, gerente ou operador do graneleiro M/V Castillo de Guadalupe, a saber Empresa de Navegação Elcano S/A” (fl. 40), medida tipicamente instrutória, que dispensa, portanto, a descrição do fato como crime em ambos os países. (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2007)

Ressalte-se que o Brasil não possui acordo de cooperação com a Bélgica, Estado requerente nessa carta rogatória, e não há notícia nas peças

disponibilizadas eletronicamente de que se tenha utilizado um tratado multilateral para embasar a cooperação.

Dessa maneira, a se seguir a linha de raciocínio exposta nessa rogatória, a dupla-incriminação somente seria necessária ao se tratar de medidas de segundo nível.

A nosso ver, essa interpretação foge daquela literal do CPP, mas não é desprovida de fundamento. Isso porque, diferentemente das outras medidas, o Estado, nas medidas assecuratórias, tem jurisdição sobre o bem, assim como na extradição tem jurisdição sobre a pessoa que está em seu território, o que, por si só, seria o bastante para elevar o nível de exigência com relação aos requisitos necessários ao seu cumprimento. De modo oposto, quando se trata de medidas de 1º nível, não se haveria de perquirir se tal conduta corresponde a um crime no Brasil, pois a eleição dos bens jurídicos que merecem a proteção do sistema penal depende da realidade de cada Estado e é manifestação de sua soberania.

Ademais, tal interpretação consistiria em nada menos do que a aplicação da *lex causae*, cujo conceito, transplantado ao direito penal, significaria a utilização da lei substantiva do Estado requerido para regular as relações aplicáveis ao mérito da causa. Isto é, seu direito material é o que deve ser aplicado (com as devidas ressalvas de garantia da ordem pública e a soberania) na análise da possibilidade de execução de um pedido de cooperação.

Não temos a pretensão, assim, de apresentar conclusões fechadas sobre o tema, mas de mostrar o panorama geral de aplicação e interpretação da matéria, tal como ela se apresenta no ordenamento pátrio.

6.4 Tratados – comentários

Reservamos este capítulo para comentar brevemente, ou simplesmente citar, as disposições de alguns dos tratados ratificados pelo Brasil relativas

aos temas que foram objeto desta pesquisa: lei aplicável, dupla-incriminação e medidas assecuratórias. Foram selecionados os tratados mais utilizados pelo Brasil ou mais representativos sobre os temas ora referidos.

A **Convenção de Nassau (Convenção Interamericana sobre assistência mútua em matéria penal, Decreto n. 6.340, de 3 de janeiro de 2008)** dispensa a dupla-incriminação, com a seguinte redação (art. 5º): “A assistência será prestada, embora o fato que der origem a esta **não seja punível** segundo a legislação do Estado requerido”. Porém, quando se tratar de medidas assecuratórias ou perdimento de bens, o Estado requerido pode exigir este requisito. É interessante notar que, apesar de não exigir a dupla-incriminação, o art. 6º impõe um limite à cooperação: que o fato objeto do pedido deve ser punível com pena de prisão igual ou superior a um ano. Mais ainda, esclarece que o Estado poderá recusar a assistência (art. 9º), dentre outras hipóteses, quando se tratar de crimes políticos (alínea *c*) e fiscais (alínea *f*). Quanto aos delitos exclusivamente militares (art. 8º), a convenção **não** se aplicará. Com relação à lei aplicável, estabelece a aplicação da lei do Estado requerido para a execução do pedido (art. 10). Os arts. 13 e 15 trazem os requisitos, relativos à lei, para a execução de medidas assecuratórias. Já o art. 26, *c*, dispõe que o Estado requerente pode descrever procedimentos ou requisitos para ele fundamentais ao cumprimento.

Quanto à **Convenção de São Luís (Protocolo de assistência jurídica mútua em assuntos penais – Mercosul, Decreto n. 3.468, de 17 de maio de 2000)**, seu art. 1, 4 estabelece que não há necessidade de dupla-incriminação, ressalvadas as medidas dos arts. 22 e 23. Já as autoridades competentes para requerer a cooperação são as judiciais e os membros do Ministério Público (art. 4º). No tocante aos delitos que não ensejam a cooperação, relaciona os seguintes (art. 5º): delitos militares, tributários e políticos. Já quanto à lei aplicável, será a do Estado requerido (art. 7º). Porém, o requerente pode solicitar formas e procedimentos específicos.

Quanto às assim chamadas medidas acautelatórias (art. 22) serão executadas nos termos da lei do Estado requerido (“processual e substantiva”). Por fim, ao tratar sobre o confisco, assim dispõe o art. 24:

O Estado-Parte que tiver sob sua custódia os instrumentos, o objeto ou os frutos do delito disporá dos mesmos de conformidade com o estabelecido em sua lei interna. Na medida em que o permitam suas leis e nos termos que se considerem adequados, esse Estado-Parte poderá transferir a outro os bens confiscados ou o produto de sua venda.

Com relação à **Convenção de Palermo (Convenção das Nações Unidas contra o crime organizado transnacional, Decreto n. 5.015, de 12 de março de 2004)**, seu art. 18, 9 traz a possibilidade de o Estado não exigir a dupla-incriminação:

Os Estados-Partes poderão invocar a ausência de dupla criminalização para recusar prestar a assistência judiciária prevista no presente Artigo. O Estado-Parte requerido poderá, não obstante, quando o considerar apropriado, prestar esta assistência, na medida em que o decida por si próprio, independentemente de o ato estar ou não tipificado como uma infração no direito interno do Estado-Parte requerido.

Quanto à *lex diligentiae*, sua aplicação vem expressa no art. 18, 17. Interessante notar que a disposição trazida no art. 18, 22 impede que os Estados recusem a cooperação somente porque a infração também envolve questões fiscais. O art. 13, ao tratar da cooperação para fins de confisco, menciona as medidas assecuratórias em seu parágrafo 2, estabelecendo (par. 3) que as regras do art. 18 aplicam-se nestes casos. Já o parágrafo 4 do art. 13 estabelece a *lex diligentiae* também para a execução destas medidas.

Outro tratado que merece destaque é a **Convenção de Mérida (Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção, Decreto n. 5.687,**

de 31 de janeiro de 2006), que assim dispõe sobre a dupla-incriminação (art. 43, 2):

Em questões de cooperação internacional, quando a dupla incriminação seja um requisito, este se considerará cumprido se a conduta constitutiva do delito relativo ao qual se solicita assistência é um delito de acordo com a legislação de ambos os Estados-Partes, independentemente se as leis do Estado-Parte requerido incluem o delito na mesma categoria ou o denominam com a mesma terminologia que o Estado-Parte requerente.

A questão da dupla-incriminação vem ainda tratada em diversos outros dispositivos em que se prevê a possibilidade de negativa de assistência e sua utilização como requisito quando o objeto do pedido envolver medida assecuratória (art. 46, 9, *b*, art. 46, 9, *c*, art. 49, 9: dupla-incriminação para medidas coercitivas).

Por fim, o art. 46, 2 trata sobre a aplicação da *lex diligentiae*.

Cumpre-nos também tecer alguns comentários sobre o **Tratado de Cooperação Jurídica em Matéria Penal entre a República Federativa do Brasil e a Confederação Suíça, celebrado em Berna, em 12 de maio de 2004 (Decreto n. 6.974, de 7 de outubro de 2009)**, tendo em vista sua importância na área de recuperação de ativos. O acordo não se refere expressamente ao requisito da dupla-incriminação. Porém, em seminário realizado em Brasília, nos dias 7 e 8 de outubro de 2009, na Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU; EMBAIXADA DA SUÍÇA, 2009)²⁹, para comemorar a entrada em vigor do tratado bilateral, participaram autoridades brasileiras e suíças que comentaram suas disposições. A delegação suíça esclareceu que o tratado não exclui a aplicação da lei interna de cada um dos Estados. Assim, como a lei interna suíça que rege a matéria prevê expressamente a necessidade de dupla-incriminação, este requisito continua a ser necessário para a cooperação.

Quanto às medidas assecuratórias, sua necessidade consta do art. 6 do próprio acordo.

Já no tocante à possibilidade de recusa de cooperação, assim dispõe seu art. 3.1:

A cooperação jurídica poderá ser recusada: a) se o pedido de cooperação se referir a infrações consideradas pelo Estado Requerido como delitos políticos ou conexos a delitos políticos; b) se o pedido referir-se a delitos militares que não constituam delitos de direito comum; c) se o pedido referir-se a infrações fiscais; no entanto o Estado Requerido poderá atender a um pedido se a investigação ou o procedimento visar fraude em matéria fiscal. Se o pedido referir-se somente em parte a infrações fiscais, o Estado Requerido tem a possibilidade de limitar, nesta parte, a utilização das informações e meios de prova fornecidos; d) se o Estado Requerido julgar que a execução do pedido pode atentar contra a sua soberania, segurança, ordem pública ou outros interesses essenciais do Estado, conforme determinados por sua autoridade competente; e) se existirem razões sérias para acreditar que o pedido de cooperação foi apresentado com a intenção de processar ou punir uma pessoa por razões ligadas à sua raça, religião, origem étnica, sexo ou opiniões políticas, ou para acreditar que dar seguimento ao pedido prejudicaria a pessoa por qualquer uma das razões retromencionadas; f) se existirem razões sérias para acreditar que o procedimento penal contra a pessoa processada não respeita as garantias estipuladas nos instrumentos internacionais de proteção aos direitos humanos, particularmente no Pacto Internacional relativo aos Direitos Civis e Políticos, de 16 de dezembro de 1966.

Este acordo, como os demais, também prevê em seu art. 5.1. a aplicação da *lex diligentiae*.

Por fim, são necessários breves comentários sobre o **Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal entre o Governo da República Federativa do Brasil e o Governo dos Estados Unidos da América (Decreto n. 3.810, de 2 de maio de 2001)**, em virtude de sua larga utilização. No que diz respeito à dupla-incriminação, traz disposição expressa sobre sua dispensa (Art. I.3. “A assistência será prestada ainda que o fato sujeito a investigação, inquérito ou ação penal **não seja punível** na

legislação de ambos os Estados”). Com relação à perda de bens, o art. XVI prevê que a execução desta medida depende da lei interna de cada país. Sobre este ponto, o Departamento de Justiça dos Estados Unidos informou que, nos termos de sua lei interna, há necessidade de dupla-incriminação para este fim.

Em seu art. V.3, encontramos a indicação de que se aplica a *lex diligentiae*.

6.5 Considerações finais

O objeto deste estudo, para além de trazer conclusões fechadas sobre a temática proposta, foi introduzir algumas considerações que proporcionassem reflexão sobre a matéria.

A cooperação jurídica internacional, em nosso ordenamento, é carente de regulamentação precisa, inexistindo uma lei específica, o que gera uma série de dúvidas e inseguranças no momento da execução e da solicitação de pedidos.

Em matéria criminal, com o advento da utilização do instrumento do auxílio direto, essa situação agrava-se, pois, exceção feita aos tratados internacionais ratificados pelo Brasil, a única norma que a ele se refere é a Resolução n. 9 do STJ (nosso Código de Processo Penal menciona apenas o instrumento da carta rogatória). Para se exemplificar o grau de incerteza, basta dizer que a citada resolução não traz requisitos específicos para o auxílio direto e os tratados internacionais trazem alguns parâmetros e regras que nortearão a cooperação. Não existe um procedimento normatizado.

Sendo a cooperação um incidente processual (assim a tratamos neste artigo), relaciona-se ao processo penal, devendo ser respeitadas suas garantias, principalmente as componentes do devido processo legal.

Essa afirmação é quase uma advertência de que, ressalvadas as peculiaridades da cooperação, pois também informada em larga escala por

princípios de direito internacional, não se deve sacrificar garantias individuais para se obter a medida pleiteada. Isso vale, em especial, quando se trata de medidas assecuratórias, cuja adoção integra um quadro de política criminal voltada ao combate à criminalidade por meio do corte do fluxo financeiro.

Vimos então, como primeiro aspecto integrador do devido processo, a necessidade de definição da lei aplicável que, em última análise, definirá se esse foi ou não respeitado nas diversas fases que compõem o procedimento da cooperação.

A lei aplicável, no caso, seria, pela terminologia utilizada, a *lex diligentiae*, ou do Estado requerido, que pode ser aplicada levando-se em consideração requerimentos específicos necessários à validade do ato no Estado requerente.

Partindo-se dessa premissa, vimos que a necessidade de decisão judicial para a determinação de medidas assecuratórias deve ser analisada a depender do instrumento utilizado e da posição do Brasil como Estado requerente ou requerido.

Ao tratarmos da rogatória, maiores dúvidas não surgem, nem com relação à cooperação ativa nem no tocante à passiva, tendo em vista que, tradicionalmente, é uma via de comunicação entre autoridades judiciais (vimos também que há algumas diferentes interpretações quanto à utilização do termo *autoridades judiciárias*), estando, portanto, sempre envolvida a necessidade de deliberação de uma decisão judicial.

Já no que diz respeito ao instrumento do auxílio direto, muito em virtude da já citada ausência de regulamentação legal, há algumas dúvidas. Porém, estas, a meu ver, podem ser solucionadas com a aplicação da lei de cada fase da cooperação (*locus regit actum*).

Em suma, a verificação do respeito ao devido processo, sob este prisma, ocorreria da seguinte forma: análise dos requisitos de formulação do pedido nos termos das leis do Estado requerente (autoridade competente e

requisitos para requerer a medida, internamente e por meio da cooperação), recebimento e execução do pedido nos termos da lei do Estado requerido.

Não haveria, dessa forma, afronta ao devido processo, porque a exigência de decisão judicial é requisito do nosso processo, para sua execução, pois, em nosso território, basta que sejam seguidas as regras pertinentes no ordenamento do Estado requerido.

Por fim, o devido processo foi visto na ótica do princípio do *nulla poena sine lege*, caracterizado, para fins da cooperação, no princípio da dupla-incriminação.

Se é certo que os tratados na matéria eliminam tal requisito, facultando sua exigência nos casos de pedidos que tenham por conteúdo a execução de medidas assecuratórias e o confisco, na ausência de tratado a situação não se mostra com tamanha clareza.

É que, como dito, nosso Código de Processo Penal, ao tratar somente da carta rogatória, com relação a este requisito remete-nos à disciplina da extradição, em que a dupla-incriminação revela-se basilar.

Se, portanto, por um lado, este requisito apresenta-se como exigível tendo como ponto de partida uma interpretação literal, uma interpretação sistemática, que levasse em conta os princípios da cooperação, em conjunto com recente interpretação jurisprudencial, nos conduziria ao entendimento de que, na ausência de tratado, não seria necessária a observação ao princípio da dupla-incriminação quando se tratassem de medidas de 1º nível, sendo, porém, exigível nas de 2º nível, como é o caso das medidas assecuratórias.

Estas são, porém, considerações preliminares sobre uma matéria que ainda se encontra em fase de desenvolvimento e aperfeiçoamento em nosso sistema, principalmente em virtude de carência de regulamentação.

Por fim, vale lembrar que ainda há diversos pontos a ser pensados, mas que devemos fazê-lo sempre tendo em mente a importância de preservação

de garantias individuais, compatibilizadas, no entanto, com o entendimento mútuo dos ordenamentos jurídicos dos Estados envolvidos na cooperação.

REFERÊNCIAS

ALMEIDA, André de. A sanção de perda de bens no direito penal econômico – análise comparativa dos modelos português e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**. São Paulo, ano 13, n.52, p. 9-52, jan./fev. 2005.

BANTEKAS, Ilias; NASH Susan. **International Criminal Law**. 2. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2003.

BRASIL. Carta Rogatória n. 1.818, do Juízo de Instrução Federal da Confederação Suíça. Corte Especial. Relator: Ministro Barros Monteiro. DJ de 12 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601064310&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 8 jul. 2010.

BRASIL. Carta Rogatória n. 3.723. Corte Especial. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. DJ de 21 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802828570&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 8 jul. 2010.

BRASIL. **Código Penal de 1890. Decreto n. 847**. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em: 11 jan. 2011.

BRASIL. **Código Penal. Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2010.

BRASIL. **Lei n. 8.137 de 27 de dezembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8137.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

BRASIL. Lei n. 6.815 de 19 de agosto de 1980. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6815.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 81.611. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 10 dez. 2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2881611%2ENUME%2E+OU+81611%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 85.588/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 4 abr. 2006. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(85588.NUME. OU 85588.ACMS.\) \(\(MARCO AURÉLIO\).NORL. OU \(MARCO AURÉLIO\).NORV. OU \(MARCO AURÉLIO\).NORA. OU \(MARCO AURÉLIO\).ACMS.\)\(PRIMEIRA.SESS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(85588.NUME. OU 85588.ACMS.) ((MARCO AURÉLIO).NORL. OU (MARCO AURÉLIO).NORV. OU (MARCO AURÉLIO).NORA. OU (MARCO AURÉLIO).ACMS.)(PRIMEIRA.SESS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 13 jul. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 87.759/DF, Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 16 ago. 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(87759.NUME. OU 87759.ACMS.\) \(\(MARCO AURELIO\).NORL. OU \(MARCO AURELIO\). NORV. OU \(MARCO AURELIO\).NORA. OU \(MARCO AURELIO\). ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(87759.NUME. OU 87759.ACMS.) ((MARCO AURELIO).NORL. OU (MARCO AURELIO). NORV. OU (MARCO AURELIO).NORA. OU (MARCO AURELIO). ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 13 jul. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 89.171/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 24 mar. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(89171.NUME. OU 89171.ACMS.\) \(\(MARCO AURELIO\).NORL. OU \(MARCO AURELIO\).NORV. OU \(MARCO AURELIO\).NORA. OU \(MARCO AURELIO\). ACMS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(89171.NUME. OU 89171.ACMS.) ((MARCO AURELIO).NORL. OU (MARCO AURELIO).NORV. OU (MARCO AURELIO).NORA. OU (MARCO AURELIO). ACMS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 13 jul. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 91.002/RJ, Primeira Turma, Relator Ministro Marco Aurélio, j. 13 out. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=>

(91002.NUME. OU 91002.ACMS.) ((MARCO AURELIO).NORL. OU (MARCO AURELIO).NORV. OU (MARCO AURELIO).NORA. OU (MARCO AURELIO). ACMS.)&base=baseAcordaos>. Acesso em: 13 jul. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n. 539, 16 a 20 mar. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo539.htm#EDeLegitimidade para Expedir Carta Rogatória-1](http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo539.htm#EDeLegitimidade%20para%20Expedir%20Carta%20Rogat%C3%B3ria-1)>. Acesso em: 13 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 1.433. Corte Especial. Relator Ministro Barros Monteiro. DJ de 6 ago. 2007. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600263939&dt_publicacao= 06/08/2007](https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600263939&dt_publicacao=06/08/2007)>. Acesso em: 8 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 19.174/RJ, Sexta Turma. Relatora Ministra Jane Silva, j. 1º fev. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/deciso/es/doc.jsp?processo=019174&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 109.205/PR, Sexta Turma, Relatora Ministra Jane Silva, j. 2 out. 2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=109205&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n. 2.645/SP, Corte Especial, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 18 nov. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22Corte+Especial%22%29.org.&processo=2645&b=ACOR>. Acesso em: 13 jul. 2010.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 828.469/RS, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 27 fev. 2007. Disponível em: DJ em 26.3.2007, p. 279.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005. Diário da Justiça, Brasília, DF, 6 maio 2005. Seção 1, p. 154.

Republicado no DJ de 10.05.2005. Seção 1, p. 163.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 48.805/SP, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 26 jun. 2007. Disponível em: DJ 19.11.2007, p. 294.

CASELLA, Paulo Borba. A ordem pública e a execução de cartas rogatórias no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 98, 2003, p. 563-571.

CERVINI, Raúl. Das garantias do concernido na cooperação jurídica penal internacional. In: ZAFFARONI, Eugênio Raúl; KOSOVSKI, Éster (orgs.). **Estudos em homenagem ao Prof. João Marcello de Araújo Júnior**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001, p. 441-457.

CHIAVARIO, Mario. Cooperazione giudiziaria e di polizia in matéria penale a livello europeo. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, fsc. 3, lug.-set./2005, p. 974-989.

DELMAS-MARTY, Mireille. O direito penal como ética da mundialização. **Revista Portuguesa de Ciência Criminal**, Coimbra, ano 14, n. 3, p. 287-304, jul. set. 2004.

DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. The Forum Law Rule in International Litigation – Which Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: Lex Fori or Lex Diligentiae? **Texas International Law Journal**, v. 33, n. 3, 1998, p. 425-462.

ESMPU – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO; EMBAIXADA DA SUÍÇA. **Seminário sobre cooperação jurídica internacional em matéria internacional Brasil--Suíça**. Brasília, realizado em 7-10-2009 e 8-10-2009.

FERNANDES, Antonio Scarance. O equilíbrio entre a eficiência e o garantismo e o crime organizado. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n. 70, p. 228-269, jan./fev. 2008.

GRINOVER, Ada Pellegrini. Processo penal transnacional: linhas evolutivas e garantias processuais. **Revista Forense**, v. 91, p. 3-37, 1995.

JOUTSEN, Matti. **The European Union and cooperation in criminal matters: the search for balance**. Paper n. 25. HEUNI. Helsinki, 2006.

MACHADO, Máira Rocha. Cooperação penal internacional no Brasil: as cartas rogatórias passivas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São

Paulo, ano 13, n.53, p. 98-118, jan./fev. 2005.

MACIEL, Carlos Henrique. Extradução: aspectos materiais e processuais. **Revista Jurídica**, Campinas, v.13, n.1, p.13-32, 2007.

MADRUGA, Antenor. O Brasil e a jurisprudência do STF na idade média da cooperação jurídica internacional. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 54, p. 291-311, maio/jun. 2005.

PANZERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no direito penal econômico: análise comparativa dos modelos português e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 52, p. 9-52, jan./fev. 2005.

SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Auxílio direto, carta rogatória e homologação de sentença estrangeira. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 102, v. 386, p. 505-509, jul./ago. 2006.

SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação jurídica internacional em matéria penal: considerações práticas. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 16, n. 71, p. 297-325, mar./abr. 2008.

SUANNES, Adauto. **Os fundamentos éticos do devido processo penal**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

TIBURCIO, Carmen. **Temas de direito internacional**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.

TUCCI, Rogério Lauria. **Direitos e garantias individuais no processo penal brasileiro**. 2. ed. revista e atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

1 Para o escopo deste trabalho, entenda-se a cooperação jurídica internacional como aquela em seu sentido estrito, de âmbito limitado às medidas efetivadas no curso de investigação ou processo penal, independentemente das discussões acerca do ramo do direito em que se posiciona, ou de outras nomenclaturas que se prefira utilizar. Excluem-se, portanto, institutos como os da extradição, homologação de sentença estrangeira e transferência de apenados.

2 “(...) acreditamos que a perda de bens em favor do Estado pode se mostrar como instrumento adequado à contenção da criminalidade econômico-financeira, sendo por vezes

mais adequada que a multa. A medida é capaz de atuar em uma esfera patrimonial mais ampla, os limites de fixação de seu valor não são tão estreitos como os da multa, e a sua natureza também dificulta a contabilização do risco pelo criminoso de colarinho-branco. É uma sanção dotada de grande capacidade intimidatória sobre o agente, ao mesmo tempo em que impede a fruição dos proveitos auferidos em sua carreira delitativa; atende-se, portanto, a uma orientação de prevenção geral, reforçando a dignidade do ordenamento violado junto à coletividade. Ao fixar como limite da perda o prejuízo causado ou as vantagens do crime (o que for maior), a legislação brasileira dá um sinal do quão severa pode ser a medida.” (PANZERI, André de Almeida. A sanção de perda de bens no direito penal econômico: análise comparativa dos modelos português e brasileiro. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, ano 13, n. 52, p. 9-52, jan.-fev. 2005, p. 22).

3 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Carta Rogatória n. 1.818, do Juízo de Instrução Federal da Confederação Suíça. Corte Especial. Relator: Ministro Barros Monteiro. DJ de 12 jun. 2006. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200601064310&pv=010000000000&tp=51>>. Acesso em: 8 jul. 2010.

4 No original: “The authors of this text adopted the term *lex diligentiae* to mean that judicial procedure will be governed by the procedural rules of the jurisdiction where the particular act is to be performed. It is derived from the Latin *diligentia* meaning care or attentiveness, which in Portuguese legal parlance (*diligência*) also refers to any procedure ordered by a court that is intended to guarantee proper service on the defendant or to obtain evidence inside or outside of the court’s jurisdiction”. Tradução livre: Os autores deste texto adotaram o termo “*lex diligentiae*” para dizer que o processo judicial será governado pelas normas processuais da jurisdição onde um ato particular será executado. É derivado do termo latino *diligentia*, significando cuidado ou atenção, que, no linguajar jurídico usado em português (*diligência*), também se refere a qualquer procedimento ordenado por um juiz, destinado a garantir a adequada citação do réu ou a obter prova dentro ou fora da sua jurisdição.

5 Tradução livre (DOLINGER, Jacob; TIBURCIO, Carmen. The Forum Law Rule in International Litigation – Which Law Governs Proceedings to be Performed in Foreign Jurisdictions: *Lex Fori* or *Lex Diligentiae*? **Texas International Law Journal**, v. 33, n. 3, 1998, p. 434). No original: There are two reasons to apply *lex diligentiae* to the collection of evidence. The first and foremost reason is the respect due the foreign jurisdiction where the evidence is to be collected. The state where the suit is brought does not have jurisdiction outside its territorial limits. For example, under what authority may a judicial authority determine that a witness domiciled in Brazil be heard or that a document located in Brazil be analyzed? The jurisdiction of a judicial authority is limited to the territory in which the judge exercises his or her functions and not beyond. The second reason is more practical: ensuring that the decision is recognized and enforced abroad, particularly in the state where the evidence was collected. As a rule, a jurisdiction will not recognize a foreign decision if that decision was reached by violating basic principles of domestic legislation. Conversely, evaluation of evidence by a court should only be regulated by *lex fori* because

this function is connected to the process by which a judicial authority renders its decisions, which goes to the essence of the judicial role.

6 Podemos encontrar diversos exemplos de como alguns tribunais estrangeiros lidam com as mais diversas particularidades de irregularidade da prova obtida no exterior em desacordo ao seu ordenamento interno em BANTEKAS e NASH (BANTEKAS, Ilias; NASH Susan. **International criminal law**. 2. ed. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2003, p. 246-253).

7 Tradução livre. No original: “Finally, some evidentiary matters cannot clearly be submitted to any particular rule of law. For instance, which law should apply to the admissibility or inadmissibility of evidence? The highly controversial issue concerning illegally obtained evidence has given rise to many books and law journal articles. Unfortunately, these sources do not greatly assist the present analysis because in the majority of cases, legal commentators discuss illegally obtained evidence presented before international tribunals such as the International Court of Justice or international arbitration panels. But what should a judge do if presented with evidence considered, by the state in which it was gathered, to be illegally obtained? To illustrate, a judge sitting in a state where tape-recorded evidence is considered valid must decide whether to admit such evidence if it was collected in a state where it would be inadmissible. Conversely, what should a judge do if presented with evidence considered valid in accordance with the law of the place where it was gathered but invalid in accordance with the law of the forum? It is our opinion that this evidentiary issue should, in principle, be regulated by the law of the forum because a judge should not consider evidence obtained in the forum contrary to local legislation. If the evidence was collected in violation of *lex diligentiae*, then this evidence should not be used either, out of respect for the foreign jurisdiction. Along the same lines, documents which were stolen or obtained in violation of local laws cannot be used either. However, if the taping of the conversation was authorized by all parties involved and did not violate any constitutional provision—such as one that protects the right to privacy in the foreign country—then it may be admitted in court because it was not illegally obtained, even though it would not be admitted if the case were being decided in the foreign country. In brief, illegally obtained evidence should not be used out of respect for *lex diligentiae*. *Lex fori* should prevail in the case of evidence obtained legitimately that is nevertheless inadmissible in the foreign jurisdiction”.

8 Vale ressaltar que as mesmas dificuldades enfrentadas pelo Brasil são encontradas em uma análise do cenário mundial. A este respeito, em relatório confeccionado acerca da situação europeia, assim foi classificado o estado da cooperação mundial: “The global status quo: Mutual legal assistance and extradition are based on a incomplete patchwork of bilateral treaties and, in rare cases, multilateral treaties. These treaties tend to cover only some offences, and offer only limited measures. Requests must be sent through a central authority. The procedure tends to be slow and uncertain, with requests often being frustrated by bureaucratic inertia, broad grounds of refusal, and differences in criminal and procedural law”. JOUTSEN, Matti. The European Union and cooperation in criminal matters: the search for balance. Paper n. 25. HEUNI. Helsinki, 2006, p.18.

[9](#) Brasil. Superior Tribunal de Justiça. Resolução n. 9, de 4 de maio de 2005. Diário da Justiça, Brasília, DF, 6 maio 2005. Seção 1, p. 154. Republicado no DJ de 10-5-2005. Seção 1, p. 163.

[10](#) Sobre um histórico acerca das cartas rogatórias passivas e seu processamento, ver: MACHADO, Máira Rocha. **Cooperação penal internacional no Brasil**: as cartas rogatórias passivas. Revista Brasileira de Ciências Criminais, ano 13, n.53, jan./fev. 2005, p. 98-118.

[11](#) Sobre esta temática, os precisos comentários de Madrugá (2005, p. 291-311).

[12](#) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 87.759/DF, Primeira Turma, relator Ministro Marco Aurélio, j. 16 ago. 2008. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(87759.NUME. OU 87759.ACMS.\) \(MARCO AURELIO\).NORL. OU \(MARCO AURELIO\).NORV. OU \(MARCO AURELIO\).NORA. OU \(MARCO AURELIO\).ACMS.\)&base= base Acordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(87759.NUME. OU 87759.ACMS.) (MARCO AURELIO).NORL. OU (MARCO AURELIO).NORV. OU (MARCO AURELIO).NORA. OU (MARCO AURELIO).ACMS.)&base= base Acordaos)>. Acesso em: 13 jul. 2010.

[13](#) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Informativo STF n. 539, 16 a 20 mar. 2009. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br//arquivo/informativo/documento/informativo 539.htm#ED e Legitimidade para Expedir Carta Rogatória – 1>>. Acesso em: 13 jul. 2010.

[14](#) BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 91.002/RJ, Primeira Turma, relator Ministro Marco Aurélio, j. 13 out. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(91002.NUME. OU 91002.ACMS.\) \(\(MARCO AURELIO\).NORL. OU \(MARCO AURELIO\).NORV. OU \(MARCO AURELIO\).NORA. OU \(MARCO AURELIO\).ACMS.\)&base=base Acordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(91002.NUME. OU 91002.ACMS.) ((MARCO AURELIO).NORL. OU (MARCO AURELIO).NORV. OU (MARCO AURELIO).NORA. OU (MARCO AURELIO).ACMS.)&base=base Acordaos)>. Acesso em: 13 jul. 2010.

[15](#) Assim ementado: CRIME – COOPERAÇÃO INTERNACIONAL – COMBATE – DILIGÊNCIAS – TERRITÓRIO NACIONAL – MEIO. A prática de atos decorrentes de pronunciamento de autoridade judicial estrangeira, em território nacional, objetivando o combate ao crime, pressupõe carta rogatória a ser submetida, sob o ângulo da execução, ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, não cabendo potencializar a cooperação internacional a ponto de colocar em segundo plano formalidade essencial à valia dos atos a serem realizados (BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 85.588/RJ, Primeira Turma, relator Ministro Marco Aurélio, j. 4 abr. 2006). Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(85588.NUME. OU 85588.ACMS.\) \(\(MARCO AURELIO\).NORL. OU \(MARCO AURELIO\).NORV. OU \(MARCO AURELIO\).NORA. OU \(MARCO AURELIO\).ACMS.\) \(PRIMEIRA.SESS.\)&base=baseAcordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(85588.NUME. OU 85588.ACMS.) ((MARCO AURELIO).NORL. OU (MARCO AURELIO).NORV. OU (MARCO AURELIO).NORA. OU (MARCO AURELIO).ACMS.) (PRIMEIRA.SESS.)&base=baseAcordaos)>. Acesso em: 13 jul. 2010).

[16](#) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Reclamação n. 2.645/SP, Corte Especial, relator Ministro Teori Albino Zavascki, j. 18 nov. 2009. Disponível em: <http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?tipo_visualizacao=RESUMO&livre=%28%22Corte+Especial%22%29.org.&processo=2645&b=ACOR>. Acesso em: 13 jul. 2010.

[17](#) Acerca de seu procedimento e da legislação de regência, já me manifestei em outra oportunidade: SOUZA, Carolina Yumi de. Cooperação Jurídica Internacional em matéria

penal: considerações práticas, **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, ano 16, n. 71, mar./abr. 2008, p. 297-325.

18 Por disposição legal, portanto.

19 “Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto”.

20 Ao comentar a questão (SILVA, Ricardo Perlingeiro Mendes da. Auxílio direto, carta rogatória e homologação de sentença estrangeira. **Revista Forense**, Rio de Janeiro, ano 102, v. 386, p. 505-509, jul./ago. 2006, p. 506-507): “No tocante à cooperação interjurisdicional, a recepção de atos judiciais estrangeiros é por meio de jurisdição nacional, que tem a finalidade de declarar a compatibilidade do ato judicial estrangeiro com os princípios fundamentais do estado nacional. Essa declaração é de natureza jurisdicional e comumente denominada de reconhecimento, sendo que, no Brasil, a doutrina utiliza a expressão ‘delibação’, influenciada pelo sistema italiano, pois o que há é uma jurisdição pontual, restrita à aferição da observância aos princípios fundamentais, sem possibilidade de análise de mérito originário, de modo a vedar ao juiz nacional o papel de instância recursal do juiz estrangeiro. É importante registrar que é a falta de controle judicial no plano interno, ou a falta de possibilidade dos atos públicos estrangeiros de natureza jurisdicional, por um órgão judicial nacional, que significa ofensa à soberania nacional. [...] No caso específico da jurisdição, é irrelevante saber qual o órgão judicial responsável por tal controle. É imprescindível, contudo, que esteja em condições de exercer jurisdição”.

21 Para se ter ideia da fluidez do conceito, tomemos a definição de Casella: “A ordem pública nacional corresponde ao conjunto de valores imperativos que se encontram permeados no ordenamento jurídico e que devem preponderar no exercício da jurisdição” (CASELLA, Paulo Borba. A ordem pública e a execução de cartas rogatórias no Brasil. **Revista da Faculdade de Direito**, Universidade de São Paulo, v. 98, 2003, p. 568).

22 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas corpus* n. 89.171/RJ, Primeira Turma, relator Ministro Marco Aurélio, j. 24 mar. 2009. Disponível em: <[http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=\(89171.NUME. OU 89171.ACMS.\) \(\(MARCO AURELIO\).NORL. OU \(MARCO AURELIO\).NORV. OU \(MARCO AURELIO\).NORA. OU \(MARCO AURELIO\).ACMS.\)&base=base Acordaos](http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=(89171.NUME. OU 89171.ACMS.) ((MARCO AURELIO).NORL. OU (MARCO AURELIO).NORV. OU (MARCO AURELIO).NORA. OU (MARCO AURELIO).ACMS.)&base=base Acordaos)>. Acesso em: 13 jul. 2010.

23 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Carta Rogatória n. 3.723. Corte Especial. Relator: Ministro Hamilton Carvalhido. DJ de 21 set. 2009. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/webstj/Processo/Justica/detalhe.asp?numreg=200802828570&pv=010000000000&tp=5>>. Acesso em: 8 jul. 2010.

24 Lei n. 6.815, de 19 de agosto de 1980, “art. 92. A entrega do extraditando, de acordo com as leis brasileiras e respeitado o direito de terceiro, será feita com os objetos e instrumentos do crime encontrados em seu poder. Parágrafo único. Os objetos e instrumentos referidos neste artigo poderão ser entregues independentemente da entrega do

extraditando” (BRASIL. **Lei n. 6.815 de 19 de agosto de 1980**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L6815.htm>>. Acesso em: 13 jul. 2010).

[25](#) Excluem-se, portanto, as contravenções penais.

[26](#) É por isso que CHIAVARIO (CHIAVARIO, Mario. Cooperazione giudiziaria e di polizia in matéria penale a livello europeo. **Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale**. Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, fasc. 3, lug.-set./2005, p. 974-989), comentando aspectos do mandado de prisão europeu, refere-se ao princípio como “doppia incriminazione del fatto” (dupla-incriminação do fato).

[27](#) O nexu jurisdicional a ser aplicado traz reflexos ao se pensar a dupla-incriminação. Sobre este aspecto, ver BANTEKAS, Ilias; NASH Susan. **International Criminal Law**, second edition. Londres: Cavendish Publishing Limited, 2003, p.182-183.

[28](#) BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Agravo Regimental na Carta Rogatória n. 1.433. Corte Especial. Relator: Ministro Barros Monteiro. DJ de 6 ago. 2007. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/revistaeletronica/ita.asp?registro=200600263939&dt_publicacao=06/08/2007>. Acesso em: 8 jul. 2010.

[29](#) ESMPU – ESCOLA SUPERIOR DO MINISTÉRIO PÚBLICO DA UNIÃO; EMBAIXADA DA SUÍÇA. **Seminário sobre cooperação jurídica internacional em matéria internacional Brasil-Suíça**. Brasília, realizado em 7-10-2009 e 8-10-2009.

7 O DESCAMINHO COMO CRIME TRIBUTÁRIO: CONSEQUÊNCIAS DA EQUIPARAÇÃO

Ludmila de Vasconcelos Leite Groch

Professora de Direito Penal convidada na Universidade Estadual de Londrina; mestre em Direito Penal pela Universidade de São Paulo; presidente da Comissão de Direito Penal Econômico do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (IBCCRIM) e diretora do Instituto de Defesa do Direito de Defesa (IDDD); advogada criminal.

7.1 Introdução

Nunca na história das sociedades o trânsito de mercadorias entre Estados esteve tão estimulado. A importação e exportação de mercadorias encontraram nas democracias modernas sua melhor forma de realização. Quer em razão de políticas de governo, quer em razão da evidente melhora dos meios de transação comercial eletrônica, as pessoas vêm, cada dia mais, utilizando-se do comércio internacional para a realização de seus objetivos nacionais.

Em épocas de maior volume nas transações comerciais envolvendo as fronteiras nacionais, os crimes de contrabando e descaminho ganham destaque e, como não poderia deixar de ser, passam por novos questionamentos.

O presente trabalho tem a intenção de analisar a possibilidade de equiparação do crime de descaminho com os demais crimes tributários e as consequências de tal equiparação.

De fato, ao contrário do crime de contrabando, o crime de descaminho traz em seu conteúdo a proteção à arrecadação tributária e, como crime

tributário que é, deveria ser tratado aplicando-se a regra geral no que tange à extinção da punibilidade, inclusive nas hipóteses de pagamento ou mesmo nos casos em que ocorra o perdimento do bem, considerando-se, para tanto, ter sido reparado o dano administrativo decorrente do ato ilícito praticado.

7.2 Desenvolvimento econômico e fronteiras nacionais

O termo globalização começou a ser utilizado em meados da década de 80¹ para designar um processo social, econômico e cultural, instalado no cerne das relações entre os indivíduos perante os Estados e entre os Estados, uns em relação aos outros. Tal fenômeno, como nos ensina Silva Franco (2000, p. 39), não é novo:

a ideia de formação de grandes impérios ocupando imensas áreas territoriais, unindo diversos povos e culturas é ideia presente em todo o curso da história da humanidade, do Império Romano aos impulsos conquistadores do imperialismo industrial do século XIX.

Desta forma, ao nos referirmos ao atual fenômeno da *globalização*, corremos o risco de unificarmos em um só conceito diversos subconceitos autônomos, independentes e pouco homogêneos².

A utilização do vocábulo *globalização* traz, portanto, perigos e armadilhas que devem ser evitados. O perigo, segundo Boaventura de Souza Santos (2001, p. 80), é o de “confundirmos as causas da globalização com suas consequências”. As condições propícias para o aparecimento de políticas internacionais globais precederam as decisões humanas nesse sentido. As diretrizes traçadas pelo denominado “Consenso de Washington” ou “Consenso Neoliberal”³ influenciaram muitos dos futuros aspectos da

globalização, embora não tenham sido base para todos eles. Não podemos, portanto, esquecer que o fenômeno da globalização, como vocábulo relacionado a uma série de políticas de governo, foi precedido de condutas humanas, desvinculadas do cunho institucional dos Estados e orientadas no sentido de uma maior troca entre os povos e uma maior flexibilidade das regras de circulação de pessoas ou de mercadorias⁴.

Independentemente da terminologia adotada e ressaltando-se os perigos decorrentes de uma análise leviana do conteúdo do vocábulo, é certo que existem características específicas identificadoras deste “novo momento de poder planetário” (ZAFFARONI, 2000, p.13), assim como existiam características que identificavam os momentos anteriores – a revolução mercantil, o colonialismo dos séculos XV e XVI, a revolução industrial e o neocolonialismo (séculos XVII e XIX).

Este novo tipo de capitalismo caracteriza-se, dentre outras, pela forte concentração de capitais, pela célere geração e propagação da comunicação, pelo desenvolvimento tecnológico, que serve de base para o crescimento econômico e que é capaz de agregar valor aos bens produzidos fortalecendo a já mencionada concentração de capitais e pela mobilidade do capital por meio dos Estados Nacionais⁵. De todas as características elencadas, a última interessa diretamente ao presente trabalho.

Em sentido contrário ao adotado durante anos de maior proteção do mercado produtor interno, em razão da concorrência internacional, a situação atual permite que se diga que as fronteiras estão abertas para receberem produtos de outros países e para processarem a venda entre particulares de países diferentes.

As consequências diretas são o aumento do número de transações comerciais internacionais, mormente se considerarmos a facilidade proporcionada pelos meios tecnológicos, que permitem que encomendas sobre compra e venda de mercadorias sejam feitas dentro dos ambientes profissionais e pagamentos sejam efetuados após uma ordem dada através

do computador, bem como a mudança de perspectiva do tratamento jurídico-penal às condutas típicas relacionadas com o universo do comércio exterior.

Ao se deparar com essas alterações no modo e nas regras internacionais de comércio, o legislador poderia, nos moldes do que aconteceu com outras áreas da atividade econômica – o sistema financeiro, a própria ordem tributária, os sistemas operacionais de *softwares* etc. – ter alterado também os tipos penais que tratam dos crimes praticados por aqueles que importam ou exportam mercadorias. Poder-se-ia pensar em uma reformulação das normas penais nos moldes do que se tem feito com normas administrativas e regulatórias.

Entretanto, o legislador pátrio preferiu deixar que a questão fosse enfrentada pelos operadores do Direito. Os crimes referentes ao descumprimento de normas gerais aduaneiras previstos em nossa legislação são os mesmos antes e depois da abertura de nosso mercado interno para o mercado internacional.

O *caput* do art. 334, do Código Penal, que descreve as figuras do contrabando e do descaminho, tem a mesma redação desde a publicação do Decreto-lei n. 2.848, em 4 de dezembro de 1940. Desde então, comina-se a pena de reclusão de um a quatro anos a quem “importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria”.

De fato, o trânsito de mercadorias de um país para outro foi, desde os primórdios, preocupação das sociedades. Fundado na necessidade de proteção de determinados produtos da concorrência estrangeira ou, ainda, de evitar que determinada técnica se tornasse conhecida dos povos inimigos, o controle das fronteiras foi sempre visto como questão de sobrevivência e proteção. Nos dizeres de Luiz Régis Prado (2004, p. 353), “importa agregar que a repressão ao contrabando remonta à Antiguidade,

sendo instituída juntamente com as alfândegas e com o interesse do Estado em fomentar e proteger a comercialização de determinados produtos”.

Durante a época colonial, o foco das determinações do reino estava nas proibições de remessa de mercadoria ao exterior sem autorização do Rei. Tanto nas Ordenações do Reino quanto nas leis esparsas e sem nenhuma codificação existente na época havia disposições vedando o envio. Posteriormente, o foco passou a ser recebimento de mercadorias consideradas estratégicas ao poder do monarca e ao controle da estrutura financeira das colônias. Ouro, prata, moeda portuguesa, cavalos, rocins e armas eram exemplos de produtos que não poderiam ser exportados sem licença. As penas, por sua vez, eram majoritariamente de caráter pecuniário, refletindo um padrão econômico de atribuição de responsabilidade.

O Código Criminal do Império inovou ao privilegiar o princípio da legalidade e estabelecer ser crime “Contra o Tesouro Publico e Propriedade Publica” a conduta de “importar ou exportar gêneros ou mercadorias proibidas, ou não pagar os direitos dos que são permittidos, na sua importação ou exportação”. Tal conduta, inserida no art. 177, do Capítulo III, era apenada com a perda das mercadorias ou gêneros e multa equivalente à metade do seu valor.

Figura semelhante foi inserida no art. 265, do Código Penal de 1890⁶, com a diferença de ter sido adotado o título “Dos Crimes Contra a Fazenda Pública”, repetido com pequenas modificações, após o golpe de 1937, no art. 334, do Código Penal de 1940.

Desde então, em que pese os parágrafos que descrevem as figuras assemelhadas tenham sido alterados por legislação posterior, o texto do *caput* continua inalterado, descrevendo duas condutas cada vez mais distintas, em um único enunciado, com o mesmo nome do crime.

7.3 Contrabando e descaminho: semelhanças e diferenças

Ambas as condutas descritas no art. 334, do Código Penal, referem-se a ações ou omissões contrárias às regras do Direito Aduaneiro, definido por Helena Regina Costa (2008, p. 37) como

o conjunto de normas jurídicas que disciplinam as relações decorrentes da atividade estatal destinada ao controle do tráfego de pessoas e bens pelo território aduaneiro, bem como a fiscalização do cumprimento das disposições pertinentes ao comércio exterior.

A questão que se coloca neste momento relaciona-se com qual deve ser a interferência penal, limitada pela finalidade de proteção aos bens jurídicos, nas relações comerciais entre particulares no tocante à compra e venda de mercadorias.

O contrabando e o descaminho, condutas diversas, porém descritas em um único tipo penal, são crimes que têm como ponto de convergência a relação com o comércio internacional. Por meio dessas duas figuras, o Direito Penal pretende delimitar seu âmbito de atuação e a esfera de intervenção no Direito Aduaneiro, campo específico que pretende posicionar-se como ramo autônomo do Direito, separando-se do Direito Administrativo⁷.

Independentemente da análise sobre a autonomia do Direito Aduaneiro em relação ao Direito Administrativo, questão pacificada é a de que ele distancia-se do Direito Tributário, vez que seus objetivos são muito mais amplos por um lado e apenas têm como referência o comércio de mercadorias entre Estados, sendo a arrecadação fiscal apenas um dos elementos de interesse do controle imposto.

Além de serem as condutas do contrabando e do descaminho localizadas no âmbito do comércio internacional, ambas estão inseridas no Título XI, Capítulo II – Dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral –, do Código Penal, têm como pressuposto a entrada ou saída de mercadorias do território nacional, são punidas somente a título doloso e são apenadas com reclusão de um a quatro anos

Excluindo-se os elementos apontados, não existem mais semelhanças entre os crimes de contrabando e descaminho. Enquanto a primeira figura refere-se à importação e exportação de mercadorias proibidas⁸, podendo ser tal proibição absoluta (“que o é em si mesma”) ou relativa (“que o é apenas em determinadas circunstâncias”)⁹, a segunda constitui eminentemente fraude fiscal, consubstanciada na ilusão, em todo ou em parte, do pagamento de direito ou imposto devido pela entrada e saída de mercadoria.

O delito de contrabando é facilmente identificado como crime pluriofensivo. A conduta coloca em risco bens jurídicos de natureza diversa e que se encontram todos tutelados pela norma penal. Assim, quem importa ou exporta mercadoria proibida atenta contra as normas aduaneiras, mas também possivelmente contra a saúde pública, a higiene, a segurança pública ou até mesmo contra a indústria nacional.

Já o crime de descaminho é essencialmente crime tributário. Não se trata de proibição da entrada ou saída de mercadorias. O que se pretende é proteger especificamente o erário, a ordem tributária. Se o autor recolher devidamente os tributos devidos pelo fato de importar ou exportar mercadorias não há que se falar em controle. Não há limitação de quantidade, não há limitação de qualidade ou nenhuma outra formalidade aduaneira que possa ao crime de descaminho interessar.

Argumenta-se, em sentido contrário, que no crime de descaminho o bem jurídico protegido seria o “interesse econômico estatal” (PRADO, 2007, p. 354), na medida em que, com a elevação ou redução estratégica dos

impostos de exportação e importação, estar-se-ia atuando em defesa da indústria nacional e, conseqüentemente, da economia do país.

Tal argumento não é suficiente para que se possa afirmar ser o crime de descaminho diferente dos demais crimes tributários. De fato, a elevação ou redução dos impostos relacionados à atividade de comércio exterior traz consigo uma alta dosagem de extrafiscalidade, mas não são apenas impostos relacionados ao comércio exterior que possuem essa característica.

Os tributos possuem, em maior ou menor grau, função fiscal, extrafiscal e parafiscal. A fiscalidade reflete os traços mais comumente atribuídos aos instrumentos arrecadadores, nos dizeres de Juliana Sayure de Oliveira Zyahana:

(...) é considerada a função do tributo por excelência, por representar a arrecadação de receita para os cofres públicos. Por ela, verifica-se que os tributos têm a missão de financiar as ações do Estado, já que possibilitam a arrecadação necessária para a promoção de ações que visam à consecução dos fins públicos, os quais são baseados nos deveres estatais assumidos ao longo do desenvolvimento da sociedade (direitos de primeira e de segunda geração)¹⁰.

Assim, para que o ente federativo possa, em substituição ao investimento privado, promover condições de vida digna aos cidadãos, ou mesmo tornar-se economicamente viável para garantir o pleno exercício dos chamados direitos de segunda geração¹¹, a construção de receita constitui elemento da função fiscal do tributo.

Já o caráter extrafiscal do tributo contém em seu bojo maior possibilidade de intervenção na realidade social e consecução dos objetivos da República, especialmente os previstos nos incisos do art. 3º, do texto constitucional:

I – construir uma sociedade livre, justa e solidária; II – garantir o desenvolvimento nacional; III – erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV – promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

Portanto, entende-se a extrafiscalidade como “o fenômeno no qual a tributação visa a atingir objetivos diversos ao da arrecadação” (ZYAHANA, 2009, p. 29), que permite ao Estado intervir diretamente na distribuição de riquezas e utilizar o tributo de maneira mais relacionada com os objetivos sociais do que com os objetivos de arrecadação de receitas.

Ainda sobre extrafiscalidade e seu significado na busca por uma sociedade mais justa discorre Zyahana (2009, p. 57):

Assim, o Estado poderá utilizar o tributo para estimular ou inibir condutas sociais e econômicas específicas, fazendo do tributo um instrumento estatal que não visa exclusivamente à arrecadação, mas, primordialmente, à realização do interesse público. Desse modo ocorreu nas medidas fiscais adotadas pelo governo federal para incentivar o consumo em determinados setores. Tivemos, por exemplo, a isenção de IPI para compra de veículos e a diminuição de IPI para compra de fogões, geladeiras, lavadoras e tanquinhos.

Essas medidas não representam necessariamente uma queda na arrecadação fiscal. Elas aumentarão o consumo e aquecerão economicamente esses setores e possibilitarão o aumento na arrecadação fiscal de outros tributos, como o ICMS, por exemplo.

Os tributos não possuem somente a função fiscal, pois todos eles, por serem elementos da vida social, além de representarem a arrecadação de dinheiro aos cofres públicos, possuem, no mínimo, um efeito indireto, um efeito extrafiscal. Esse efeito consiste na modificação do comportamento social que uma imposição tributária pode significar na sociedade.

Impossível, pois, procurar utilizar a função extrafiscal dos impostos de importação e exportação de mercadorias para diferenciar o bem jurídico tutelado neste caso daquele protegido pelos artigos da Lei n. 8.137/90. O

aumento ou diminuição das alíquotas dos referidos impostos visa, de fato, a intervir na economia nacional, mormente para se proteger a indústria brasileira da especulação estrangeira de preços e condições de pagamento. Tal intervenção, entretanto, está contida na esfera de extrafiscalidade existente nos tributos em geral.

7.4 O bem jurídico protegido – critérios de enquadramento

As mesmas discussões acerca de qual seria o objeto da tutela penal¹² nos crimes fiscais se aplicam ao descaminho. Não se percebem diferenças significativas entre um e outros a ponto de se justificar a exclusão do descaminho das regras gerais dos crimes e fraudes fiscais. Muda-se apenas o tipo de imposto a que a norma se refere. A ação ou omissão suficiente para a prática do delito são, entretanto, as mesmas, diferentemente do que ocorre com o delito de contrabando, vez que, nesse caso, não é a supressão ou redução do tributo devido que importa e sim a entrada em território nacional de mercadoria proibida.

A comparação dos tipos penais em questão, quais sejam os arts. 1º e 2º da Lei n. 8.137/90 (BRASIL, 1990)¹³ e a segunda parte do art. 334 do Código Penal e seus incisos (descaminho impróprio) (BRASIL, 1940)¹⁴ permite a visualização das semelhanças e diferenças. Dispõe a Lei n. 8.137/90, *in verbis*:

Art. 1º Constitui crime contra a ordem tributária suprimir ou reduzir tributo, ou contribuição social e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas:

- I – omitir informação, ou prestar declaração falsa às autoridades fazendárias;
- II – fraudar a fiscalização tributária, inserindo elementos inexatos, ou omitindo operação de qualquer natureza, em documento ou livro exigido pela lei fiscal;

III – falsificar ou alterar nota fiscal, fatura, duplicata, nota de venda, ou qualquer outro documento relativo à operação tributável;

IV – elaborar, distribuir, fornecer, emitir ou utilizar documento que saiba ou deva saber falso ou inexato;

V – negar ou deixar de fornecer, quando obrigatório, nota fiscal ou documento equivalente, relativa à venda de mercadoria ou prestação de serviço, efetivamente realizada, ou fornecê-la em desacordo com a legislação.

Pena – reclusão de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.

Parágrafo único. A falta de atendimento da exigência da autoridade, no prazo de 10 (dez) dias, que poderá ser convertido em horas em razão da maior ou menor complexidade da matéria ou da dificuldade quanto ao atendimento da exigência, caracteriza a infração prevista no inciso.

Art. 2º Constitui crime da mesma natureza:

I – fazer declaração falsa ou omitir declaração sobre rendas, bens ou fatos, ou empregar outra fraude, para eximir-se, total ou parcialmente, de pagamento de tributo;

II – deixar de recolher, no prazo legal, valor de tributo ou de contribuição social, descontado ou cobrado, na qualidade de sujeito passivo de obrigação e que deveria recolher aos cofres públicos;

III – exigir, pagar ou receber, para si ou para o contribuinte beneficiário, qualquer percentagem sobre a parcela dedutível ou deduzida de imposto ou de contribuição como incentivo fiscal;

IV – deixar de aplicar, ou aplicar em desacordo com o estatuído, incentivo fiscal ou parcelas de imposto liberadas por órgão ou entidade de desenvolvimento;

V – utilizar ou divulgar programa de processamento de dados que permita ao sujeito passivo da obrigação tributária possuir informação contábil diversa daquela que é, por lei, fornecida à Fazenda Pública.

Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Já o Código Penal assim estatui:

Contrabando ou descaminho

Art. 334. Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena – reclusão, de um a quatro anos.

§ 1º – Incorre na mesma pena quem:

a) pratica navegação de cabotagem, fora dos casos permitidos em lei;

b) pratica fato assimilado, em lei especial, a contrabando ou descaminho;

c) vende, expõe à venda, mantém em depósito ou, de qualquer forma, utiliza em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira que introduziu clandestinamente no País ou importou fraudulentamente ou que sabe ser produto de introdução clandestina no território nacional ou de importação fraudulenta por parte de outrem;

d) adquire, recebe ou oculta, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, mercadoria de procedência estrangeira, desacompanhada de documentação legal, ou acompanhada de documentos que sabe serem falsos.

§ 2º – Equipara-se às atividades comerciais, para os efeitos deste artigo, qualquer forma de comércio irregular ou clandestino de mercadorias estrangeiras, inclusive o exercido em residências.

§ 3º – A pena aplica-se em dobro, se o crime de contrabando ou descaminho é praticado em transporte aéreo.

Há diversos indícios, portanto, de que tanto em um caso como em outro o bem jurídico é o mesmo, quer seja considerada a ordem tributária, quer a arrecadação fiscal, ou mesmo a solidariedade tributária. O fato é que se pode partir de uma análise conjunta dos tipos para que se façam considerações sobre as regras gerais e específicas de extinção de punibilidade, ou mesmo sobre as condições de punibilidade exigidas para o exercício da ação penal.

E outro não é o entendimento que vem sendo firmado perante os Tribunais Superiores, mesmo que a análise da legislação sem o cuidado de se contrapor a ela os princípios gerais do Direito, tais como equidade e proporcionalidade, possa levar a entendimento diferente.

A Sexta Turma do Superior Tribunal de Justiça vem reiteradamente, após precedente firmado pelo voto da Ministra Maria Thereza de Assis Moura¹⁵, decidindo por considerar o delito de descaminho espécie de crime fiscal, localizado, entretanto, fora da Lei n. 8.137/90 e, em virtude da equiparação, vem permitindo que se aplique a tal figura típica os

dispositivos de extinção de punibilidade aplicáveis aos crimes contra a ordem tributária em espécie.

O entendimento do STJ reflete, na verdade, um novo movimento no sentido de se equipararem, para efeitos posteriores, essas condutas.

Os movimentos jurisprudenciais que reconhecem ou não a isonomia de tratamento vêm sucedendo-se no decorrer dos anos. Até por volta de 1973, o entendimento do antigo Tribunal Federal de Recursos e do Supremo Tribunal Federal era firmado no sentido de que não se aplicava aos crimes de descaminho a possibilidade de extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido¹⁶.

Por força do então disposto no art. 18, § 2º, do Decreto-lei n. 157/67, o entendimento dos Tribunais superiores passou a alterar-se, permitindo a extensão dos efeitos do pagamento do tributo aos crimes de descaminho e também aos crimes de contrabando, culminando, em 1976, na edição da Súmula 560, do STF, cujo teor era o seguinte: “A extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido estende-se ao crime de contrabando ou descaminho, por força do art. 18, § 2º, do Dec.-lei 157/67”.

O entendimento moderno e equitativo do Supremo Tribunal Federal foi alterado por força do disposto no Decreto-lei n. 1.650/78¹⁷ e a vedação da extensão dos efeitos passou novamente a vigorar. Após a decretação de inconstitucionalidade deste Decreto, a Lei n. 6.910/81 passou a tratar da questão, sendo que em seu bojo trazia dispositivo muito semelhante ao do Decreto inconstitucional.

As dificuldades estavam por se iniciar. Por força da vedação de retroatividade de Lei mais gravosa, a Lei n. 6.910/81 passou a ser aplicada somente a crimes praticados após sua entrada em vigor. Para os casos anteriores aplicava-se o entendimento da Súmula 560 do STF.

Desde então, nenhum outro dispositivo legal previu expressamente a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido para o crime de descaminho. As dificuldades não cessaram. Pelo contrário, apenas

aumentaram. Contudo, somente os crimes da Lei n. 8.137/90 e os relacionados às contribuições previdenciárias foram objeto das preocupações do Legislador.

Após o advento da Lei n. 10.684/2003, o estudo da questão, bem como o trabalho dos Tribunais, restou amplamente facilitado. O legislador houve por bem assumir o papel arrecadador do Direito Penal, e, sem mais delongas, permitiu que a extinção da punibilidade pelo pagamento fosse possível em qualquer momento processual, sem limites temporais, e passível de ser aplicada aos crimes fiscais da Lei n. 8.137/90, bem como às figuras dos arts. 168-A e 337-A.

O crime de descaminho, mais uma vez, foi deixado de lado. Não se argumente que a escolha do legislador tenha sido proposital. Uma análise do bem jurídico protegido pela norma em questão, em conjunto com considerações sobre o princípio da igualdade, leva a crer que a exclusão tenha decorrido de um “cochilo ou despreparo” do legislador¹⁸.

Mariângela Magalhães Gomes (2003, p. 67) dispõe sobre o princípio da igualdade:

Especificamente no que diz respeito à proporcionalidade nas escolhas legislativas de incriminações, o princípio da igualdade significa a proibição, para o legislador ordinário, de discriminações arbitrárias: impõe que a situações iguais corresponda um tratamento igual, do mesmo modo que a situações diferentes deve corresponder um tratamento diferenciado. Isto se dá uma vez que o princípio da igualdade não se refere, apenas, a direitos e deveres políticos, mas ordena ao legislador que preveja com as mesmas consequências jurídicas os fatos que em linha de princípio sejam comparáveis, e lhe permite realizar diferenciações apenas para as hipóteses em que exista causa objetiva – pois caso não se verifiquem motivos desta espécie, haverá diferenciações arbitrárias.

Desta forma, são diversos os indícios, quer seja pela análise do bem jurídico protegido pela norma, quer seja pelo princípio da igualdade, de que

o crime de descaminho, e não o de contrabando, deve ser equiparado aos demais crimes fiscais e deve poder aproveitar as regras processuais específicas de tal modalidade. Deve-se aplicar, pois, a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido e suas variações, tais como a suspensão do processo e prazo prescricional em caso de inclusão em programa de parcelamento ou, ainda, por tratar-se de crime material, a necessidade de esgotamento da via administrativa, como impeditivo de início da ação penal, pois trata-se de condição de punibilidade sem a qual não é possível o exercício do *jus puniendi* do Estado.

7.5 Do perdimento como causa extintiva da punibilidade

Questão mais específica a tal modalidade de crime fiscal é o que se relaciona com o perdimento das mercadorias apreendidas em vias de entrar ou sair do país, nos casos de suspeita da prática de crime de descaminho.

O tipo do art. 334 do Código Penal, conforme visto no item anterior, deve ser considerado espécie de crime tributário. Assim, verificam-se todas as características do referido gênero, o que leva à conclusão de que se deve reconhecer, como condição para a sua configuração, a presença de todos os requisitos previstos para a conformação do delito de sonegação fiscal – tal qual o previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/90. Dentre eles, podemos citar a constituição firme do crédito tributário (esgotadas todas as fases do procedimento administrativo fiscal), já que o elemento essencial dos crimes materiais contra a ordem tributária é a supressão ou redução do tributo.

Com relação ao crime de sonegação fiscal, que é espécie do gênero dos crimes contra a ordem tributária, a confirmação do débito tributário pela autoridade fiscal é procedimento necessário para certificar a materialidade do crime. Não há razão, neste ponto, para se dispensar tratamento diferente ao crime de descaminho, vez que, como já explicitado à exaustão, trata-se

este também de delito fiscal que possui em sua descrição típica a elementar relacionada à supressão ou diminuição de tributo.

A reforçar a tese da exigência de definição firme sobre a certeza do débito fiscal e de seu valor exato, destaque-se que os nossos próprios tribunais têm apontado para a necessidade do exaurimento da via administrativa antes do início da ação penal¹⁹.

Nos casos de crime de descaminho, também o entendimento é o de que para que se possa admitir a aplicação do princípio da insignificância mister que se defina, a exemplo dos crimes trazidos pela Lei n. 8.137/90, de forma definitiva, se o imposto é devido e quanto se deve, o que só se dá, de modo conclusivo, com o encerramento da fase administrativa²⁰.

Esta parece ser a tendência de nossos tribunais: em outra decisão, o E. Superior Tribunal de Justiça assentou que “não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral” e que

(...) carece de justa causa a ação penal quanto aos crimes contra a ordem tributária ou de descaminho com ilusão de tributo, caso a denúncia não esteja lastreada em decisão administrativa conclusiva concernente à investigação de sonegação fiscal²¹.

Assim, são diversos os elementos a indicar que para a conformação do crime definido no art. 334 do Código Penal há de se ter encerrada a fase administrativa de exigibilidade do débito fiscal. Sem estar esta fase vencida, não se pode falar em crime de descaminho ou contrabando e, portanto, a ação penal instaurada açodadamente carece de justa causa.

Neste sentido, o Superior Tribunal de Justiça se manifestou da seguinte forma no julgamento do *Habeas Corpus* n. 109.205-PR, relatado pela Ministra Jane Silva (SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, 2008)²²:

Disseram que, apesar de referido crime [descaminho] se encontrar tipificado no Capítulo II (“Dos Crimes Praticados por Particular contra a Administração em Geral”) do Título XI (“Dos Crimes contra a Administração Pública”) do Código Penal, ele possui a mesma natureza daqueles previstos na Lei dos Crimes contra a Ordem Tributária, razão pela qual não há motivo para o tratamento diferenciado entre eles.

Verifiquei cuidadosamente as razões apresentadas pelo impetrante e, ao compará-las com a decisão ora impugnada, com as informações prestadas e com os documentos acostados aos autos, vejo que devo acolher sua pretensão.

Inicialmente cumpre salientar que este Superior Tribunal de Justiça possui recente precedente no sentido de que não se justifica o tratamento diferenciado entre o delito de descaminho e os demais crimes tributários. Vejamos:

(...)

Esse entendimento se justifica pelo fato de que o tipo descrito no art. 334, *caput*, 2ª parte, do Código Penal, da mesma forma que aquele previsto no art. 1º da Lei n. 8.137/1990, pressupõe a existência de um tributo que o agente tenha logrado êxito em suprimir ou reduzir – iludir no todo ou em parte.

Ademais, não obstante o bem jurídico tutelado pelo crime em apreço também ser a indústria e a economia nacionais, como bem colocado pelo ilustre Subprocurador-Geral da República, a principal tutela é do erário público.

(...)

Destarte, mostra-se necessária a constituição do crédito tributário, pois, tratando-se de crime de natureza também tributária, faz-se necessária a apuração do efetivo *quantum* do tributo iludido, situação que, consoante o disposto no artigo 142 do Código Tributário Nacional, se opera pelo lançamento tributário, procedimento de competência privativa da autoridade administrativa.

Diante do exposto até agora, para que não se perca a linha de raciocínio, pode-se estabelecer as seguintes premissas, fruto do atual entendimento dos Tribunais Superiores: a) crime de descaminho tem natureza tributária; b) é crime material; c) exige, para a sua caracterização, a constituição do crédito tributário.

Partindo das premissas acima estabelecidas, chega-se à primeira conclusão: o pagamento, no crime de descaminho, é causa extintiva da

punibilidade, assim como o é nos demais crimes tributários.

Ressalte-se que a linha político-criminal adotada pelo legislador pode ser fruto de divergências e críticas. Não se está dizendo que a função do Direito Penal deveria ser a de atuar como braço arrecadador do Fisco. O fato de ser a arrecadação fiscal bem jurídico-penal não significa, necessariamente, que se deva concordar com a extinção da punibilidade pelo pagamento. O que se pretende, por respeito aos princípios gerais do Direito, é que se dê tratamento igual para crimes que lesam o mesmo bem jurídico e da mesma forma.

O entendimento de que se o pagamento do tributo extingue a punibilidade está diretamente relacionado ao fato de que o bem jurídico tutelado, erário, arrecadação tributária ou qualquer outro que se considere, resta recomposto pelo pagamento do tributo. Vale dizer, o pagamento do tributo recompõe o dano ao erário e isso é o quanto basta para, a partir da política arrecadatória estabelecida, extinguir-se a punibilidade.

Diante disso, afiguram-se duas situações distintas.

Primeira situação: sendo crime material, para que se aperfeiçoe o delito de descaminho é necessário que haja prejuízo ao fisco. O prejuízo ao fisco corresponde ao valor do tributo devido que fora iludido. Esse valor deve, necessariamente, ser apurado pelo competente processo na esfera administrativa, sem o qual não há prova do prejuízo e, conseqüentemente, não há prova do crime. Portanto, a constituição do crédito tributário – que só pode se dar na esfera administrativa – é a prova material do crime de descaminho, sem a qual passa o processo a carecer de justa causa.

Segunda situação: demonstrado o prejuízo por meio da constituição do crédito tributário (resultado), demonstrada a conduta dolosa causadora do resultado, configurado estará o delito de descaminho. Porém, partindo das premissas estabelecidas, pela opção político-criminal adotada pela legislação brasileira, não basta, para o início ou continuação da persecução

penal, a ocorrência do crime tributário, se faz necessária, também, a permanência do prejuízo ao fisco, que resta afastada pelo pagamento.

Em síntese: não havendo constituição do crédito tributário, que é a materialização do prejuízo, não há crime (ou ao menos não há prova da materialidade). Existindo, por outro lado, pagamento, o prejuízo estará ressarcido e a punibilidade extinta.

Note-se que, tanto na primeira hipótese quanto na segunda, para a punição é essencial que haja e perca o prejuízo para a Administração.

Ou seja, ainda que tenha ocorrido crime de descaminho, a falta de prejuízo ao erário, em razão do perdimento da mercadoria, funciona como causa extintiva da punibilidade. O raciocínio é simples: se o pagamento do tributo extingue a punibilidade e se o valor da mercadoria perdida é superior ao valor do tributo, logo, também extinguirá a punibilidade. Afinal, como diz a máxima, quem pode o mais pode o menos.

Se o juiz pode (poder-dever, bem entendido) extinguir a punibilidade pelo pagamento do tributo (menor do que o valor da mercadoria), também poderá fazê-lo ante ao perdimento da mercadoria.

Some-se a isso o fato de que com o perdimento da mercadoria, o bem jurídico protegido, que é o erário, não sofreu nenhuma lesão.

Se até em situações em que o acusado, na conta final, pode ter algumas vantagens, como nas hipóteses de parcelamento de débitos previdenciários (situação em que o valor já era devido à vista e foi pago parceladamente), já se lhe extingue a punibilidade, com muito mais razão se lhe há de extinguir quando tem apenas desvantagens, como na hipótese de perdimento, desde que não haja prejuízo ao erário.

Esse raciocínio foi bem defendido pelo Procurador da República Fábio Prieto de Souza (1997, p. 17-24). Ele começa por demonstrar que o descaminho é crime de natureza tributária, afirmando que “a definição típica do *caput* diz exatamente com o chamado descaminho próprio, que é o crime fiscal por excelência”.

Segue demonstrando que, por ser crime fiscal, deve-se reconhecer em seu favor as mesmas causas extintivas da punibilidade previstas para os demais crimes fiscais: “Se é assim, não há como negar a esse delito fiscal a extensão que já vem se consolidando em relação a outros crimes, da mesma natureza”.

Conclui defendendo que o perdimento, para fins de extinção da punibilidade no descaminho, deve operar os mesmos efeitos do pagamento do tributo:

Mas o certo é que ao decretar o perdimento, o pagamento do tributo e acessórios será, dentro da perspectiva legal, recomposto.

Negar isto sem dizer qual é o limite do dano, é presumir que o legislador tomou como parâmetro para a recomposição causada pelo ilícito fiscal, algo fora do montante do tributo e seus acessórios, ponto de partida da própria configuração do tipo. Se isto fosse exato, não estaria o legislador buscando o ressarcimento à Fazenda, mas um capricho punitivo arbitrário, o qual não se poderia cancelar.

(...)

Compreende-se que a consequência do perdimento é compulsória e produz efeitos instantâneos desde o momento da apreensão das mercadorias.

A exigência do pagamento integral do débito, nas sonegações em geral – e isso parece ser o correto ao subscritor da presente – é menos gravosa que o perdimento das mercadorias. O sonegador tem um prazo, dispondo de numerário, até o momento em que a cópia do procedimento fiscal chega nas mãos do MP Federal – e, para isso, não raro, correm anos, e estamos considerando o número proporcionalmente ínfimo das representações remetidas à Procuradoria da República.

O agente sujeito ao perdimento, de outro lado, não usufrui qualquer prazo, pois o capital imobilizado nas mercadorias passa, com elas, à disposição do Fisco.

Ressalte-se que o perdimento que interessa a este artigo não se confunde, em absoluto, com a pena de confisco ou com a pena de perda de bens prevista na Lei penal. A primeira consiste na “adjudicação sem indenização de bens alheios ao fisco” (FERREIRA, 2008, p. 150) e, como

tal, foi proibida pela legislação ordinária e não encontra guarida no texto constitucional; a perda de bens é espécie de pena prevista na Constituição Federal (alínea *b*, inciso XLVI, art. 5º) e é pena aplicada, decorrente de sentença condenatória.

O perdimento de bens, por sua vez, encontra-se previsto nos Decretos-leis n. 37/66 e 1.455/76 e é espécie de sanção administrativa aplicada pela autoridade fazendária associada a um dano ao erário com o escopo de ressarcir a administração pelo dano provocado pelo ilícito²³.

O caráter compensatório pode ser verificado, por exemplo, pelo não lançamento do imposto de importação nos casos em que o perdimento de bens é verificado. O Estado retém o bem e, com isto, restitui-se do valor devido e ainda mais um pouco, vez que o bem vale mais do que o tributo devido por ocasião de sua entrada ou saída do território nacional.

Neste sentido, o juiz federal Marcelo Cardozo da Silva (2003, p. 196) assim dispõe: “E, aplicada a pena de perdimento da mercadoria, não há lançamento do imposto de importação, nos termos do artigo 71, III, do Regulamento Aduaneiro, não havendo, por consequência, a constituição de crédito tributário e sua execução fiscal”.

Conclui-se, portanto, que o perdimento de bens é forma legítima de extinção da punibilidade. Se bem aceitamos que a política criminal adotada por nosso legislador é arrecadatória e permite que a extinção da relação tributária signifique extinção do direito de o Estado impor pena, então temos que considerar que as demais formas de ressarcimento do ente federativo, no caso específico o perdimento da mercadoria, possam também significar o fim da possibilidade de se ver o contribuinte processado criminalmente pelo mesmo fato.

7.6 Considerações finais

O aumento de circulação de mercadoria entre os Estados, decorrente de políticas internacionais de estímulo ao consumo e ao comércio exterior, situou o crime de descaminho e o de contrabando em posição de maior relevância no cenário nacional.

A escolha do legislador ordinário foi a de manter o tipo penal (art. 334, do Código Penal) com quase a mesma redação dada pelo Código Criminal do Império, sem opor-lhe modificações que o tornasse atual e mais compatível com as regras, por exemplo, de abertura do mercado interno ao mercado internacional, ocorrida na década de 90.

A Lei que trata dos crimes contra a ordem tributária foi, entretanto, modificada em 1990 e a ela sucederam outras alterações relacionadas à extinção da punibilidade decorrente do pagamento ou do parcelamento, refletindo a escolha de uma política criminal orientada pelo critério do dano ao erário e, conseqüentemente, voltada à arrecadação fiscal.

Durante os últimos trinta anos, o entendimento jurisprudencial, fundado nas disposições legislativas, alterou-se significativamente sobre a questão de ser ou não o descaminho crime fiscal. A cada nova Lei correspondeu novo entendimento, mas, desde sempre, a tendência tem sido a de identificar na descrição da figura típica do descaminho crime contra o mesmo bem jurídico dos demais crimes contra a ordem tributária.

Não se trata do crime de contrabando, que realmente possui fundamento diverso e abarca mais valores protegidos e mais condutas proibidas. O descaminho, entretanto, possui a mesma estrutura, por exemplo, do crime previsto no art. 1º, da Lei n. 8.137/90, modificando apenas a espécie de imposto sonegado.

Nos casos dos arts. 1º e 2º, da Lei n. 8.137/90, bem como dos arts. 168-A e 337-A, do Código Penal, vigora, desde 2003, a previsão legal que permite, em qualquer momento processual, a extinção da punibilidade pelo pagamento do tributo devido, ou a suspensão do processo, em caso de inclusão do contribuinte em programa de parcelamento.

Tais dispositivos concentram o espírito arrecadador do legislador. Nos crimes contra o patrimônio, por exemplo, a devolução da *res* significa, no máximo, requisito para a obtenção de benefícios, como a transação penal, prevista na Lei n. 9.099/95, ou o *sursis*, mas em hipótese alguma pode significar a extinção da punibilidade.

Percebe-se, portanto, que a intenção do legislador é a de se evitar o uso da esfera penal em caso de restituição do dano ao erário. Ou seja, se o contribuinte e o Estado entrarem em acordo sobre o pagamento, quer pelo cumprimento da obrigação à vista, quer pelo parcelamento, o sistema penal não será acionado.

O crime de descaminho vem sendo, novamente, incluído no rol de delitos que permitem a extinção da punibilidade pelo pagamento em virtude de posicionamentos jurisprudenciais dos Tribunais Superiores. Ainda não se trata de unificação de entendimento, mas de um grande passo em direção à coerência.

O perdimento de bens é regra atinente ao Direito Aduaneiro e tem natureza de reparação do dano decorrente de ato ilícito na importação ou exportação de mercadorias permitidas. Não há lançamento em caso de perdimento. Não se constitui, portanto, o crédito tributário.

Nestes casos, o valor obtido pela Administração em razão do perdimento é maior, por óbvio, do que aquele devido a título de imposto e, portanto, em nome da coerência e do nítido interesse arrecadador do legislador penal, não há como deixar de se considerar que o perdimento é também causa extintiva da punibilidade.

Não se trata de concordar com tal vetor político-criminal. Trata-se de respeitar o princípio da isonomia. Se o descaminho é espécie de crime fiscal e para os crimes fiscais aplica-se a regra de que a restituição do dano elide o *jus puniendi*, por que não incluir o perdimento de bens, procedimento mais gravoso e mais oneroso ao contribuinte, como causa suficiente a extinguir a punibilidade do agente? Não se verifica razão para a vedação.

REFERÊNCIAS

ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994.

ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

ARROYO ZAPATERO, Luis. TIEDEMANN, Klaus (ed.). **Estudios de Derecho Penal Económico**. Castilla-La Mancha: Univ. Castilla-La Mancha, 1994.

BRASIL. **Lei n. 8.137 de 27 de dezembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8137.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 81.611. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 10-12-2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2881611%2E+OU+81611%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 48.805/SP, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza Rocha de Assis Moura, 26 de junho de 2007.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 109.205/PR, Sexta Turma, Relatora Ministra Jane Silva, j. 2-10-2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=109205&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial n. 828.469/RS, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, j. 27-02-2007. Disponível em: p. no DJ em 26-3-2007, p. 279.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 48.805/SP, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 26-6-2007. Disponível em: DJ 19-11-2007, p. 294.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 19.174/RJ, Sexta Turma, Relatora Ministra Jane Silva, j. 1^o-2-2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisoes/doc.jsp?processo=019174&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

CARVALHO, Marcia Dometila Lima de. **Crimes de contrabando e descaminho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 1988.

COSTA, Regina Helena. Notas sobre a existência de um direito aduaneiro. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

DELMANTO, Celso *et al.* **Código Penal comentado**. 6. ed. São Paulo: Renovar, 2002.

ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal das obrigações tributárias e a Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FERREIRA, Rony. Perdimento de bens. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

FREITAS, Maxsoel Bastos de. **O direito aduaneiro como ramo do direito**. Jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4791>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

GOMES, Mariângela Gama de Magalhães. **O Princípio da proporcionalidade no direito penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2009.

MAZUR, Bianca de Freitas. **Os tipos de contrabando e descaminho como capítulo do direito penal**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2005.

MONTEIRO, Rodrigo Oliva. Dos crimes contra a ordem tributária: definição do tributo e formação do tipo. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 64, p. 145-196, jan./fev. 2007.

NABARRETE, André. Extinção da punibilidade nos crimes contra a ordem tributária. **Revista da Procuradoria-Geral da República**, São Paulo, n. 10, p. 9-16, jan./jun. 2007.

PIERANGELLI, José Henrique. **Códigos Penais do Brasil: evolução histórica**. Bauru: Jalovi, 1980.

PRADO, Luiz Regis. **Direito penal econômico**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

PUJOL, Luiz Gustavo. **A incidência da norma penal no âmbito do comércio exterior**. Dissertação (Mestrado em Direito) – Pontifícia Universidade Católica do Paraná, Curitiba, 2009.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **O crime fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ROSENTHAL, Sérgio. **A extinção da punibilidade pelo pagamento de tributo no descaminho**. São Paulo: Nacional, 1999.

SALOMÃO, Heloisa Estellita (coord.). **Direito penal empresarial**. São Paulo: Dialética, 2001.

SILVA FRANCO, Alberto *et al.* **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. v. 1, t. II.

_____. Alberto. Globalização e criminalidade dos poderosos. *In*: PODVAL, Roberto (coord.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

SOUZA, Fábio Prieto de Souza. A extinção da punibilidade pelo perdimento das mercadorias no descaminho. **Revista da Procuradoria-geral da República**, São Paulo, n. 10, p. 17-24, jan./jun. 2007.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. **Globalização: fatalidade ou utopia**. Porto: Afrontamento, 2001.

TANGERINO, Davi de Paiva (coord.), GARCIA, Denise Nunes. **Direito penal tributário**. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2007.

WILLIAMSON, John. What Washington Means by Policy Reform. *In*: WILLIAMSON, John (ed.). **Latin America Readjustment: how much has happened**. Washington: Institute for International Economics, 1989.

ZAFFARONI, Eugenio Raul. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. *In*: PIERANGELI, José Henrique (coord.). **Direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZYAHANA, Juliana Sayure de Oliveira. Extrafiscalidade: o tributo como instrumento de modificação social. **Revista Brasileira de Direito Tributário e Finanças Públicas**, São Paulo, p. 29-67, n.15, jul./ago. 2009.

1 André-Jean Arnaud critica a utilização do vocábulo “global” para significar algo que abrange todo o mundo, aceitando, entretanto, o vocábulo após a conclusão de que, ainda que pouco preciso e repleto de referências norte-americanas, é passível de utilização a descrever significado conhecido, que remete ao “processo social e econômico, cultural e demográfico que se instala no coração das nações e as transcende ao mesmo tempo, de tal forma que uma atenção limitada aos processos locais, às identidades locais, às unidade de análise locais, torna incompleta a compreensão do local” (ARNAUD, André-Jean. **O direito entre modernidade e globalização**. Rio de Janeiro: Renovar, 1999, p. 16).

2 Boaventura de Souza Santos adverte que ao contrário do “padrão moderno ocidental de globalização – globalização como homogeneização e uniformização – o sustentado tanto por Leibniz como por Marx, tanto pelas teorias da modernização como pelas teorias do desenvolvimento dependente, parece combinar a universalização e a eliminação de fronteiras nacionais, por um lado, o particularismo e a diversidade local por outro” (SANTOS, Boaventura de Souza. **Globalização: fatalidade ou utopia**. Porto: Afrontamento, 2001, p. 32).

3 A expressão “Consenso de Washington” foi originalmente cunhada pelo economista John Williamson (WILLIAMSON, John. What Washington Means by Policy Reform. *In*: WILLIAMSON, John (ed.). **Latin America Readjustment: how much has happened**. Washington: Institute for International Economics, 1989) e, ao longo dos anos, passou a ser empregada, em sentido mais amplo, como sinônimo de medidas políticas de caráter liberal.

4 Neste aspecto, Zaffaroni alude à confusão existente entre dois dos sentidos específicos contidos dentro do fenômeno geral da globalização: um sentido que denotaria o poder em si mesmo (*el hecho de poder mismo*) e um outro que encerraria a ideologia que pretende legitimá-lo. O primeiro caso é o que o autor denomina globalização. O segundo seria denominado “fundamentalismo de mercado” ou “pensamento único da ideologia dominante” (ZAFFARONI, Eugenio Raul. La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal. *In*: PIERANGELI, José Henrique (coord.). **Direito penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 12).

5 Para um apanhado das principais características conferir Alberto Silva Franco (SILVA FRANCO, Alberto. **Globalização e criminalidade dos poderosos**. In: PODVAL, Roberto (coord.). **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 240).

6 “Art. 265. Importar ou exportar, generos ou mercadorias proibidas; evitar no todo ou em parte o pagamento dos direitos e impostos estabelecidos sobre a entrada, saída e consumo de mercadorias, e por qualquer modo iludir ou defraudar esse pagamento” (BRASIL. **Código Penal de 1890. Decreto n. 847**. Disponível em: <http://www6.senado.gov.br/legislacao/ListaNormas.action?numero=847&tipo_norma=DEC&data=18901011&link=s>. Acesso em: 11 jan. 2011).

7 Sobre ser o Direito Aduaneiro disciplina autônoma, Regina Helena Costa posiciona-se no sentido de ainda ser cedo para a emancipação da disciplina, situando-o como especialização do Direito Administrativo, mas diferenciando-o do Direito Tributário, em razão da natureza jurídica administrativa de suas relações, muitas sem qualquer vínculo com a arrecadação de fato (COSTA, Regina Helena. **Notas sobre a existência de um direito aduaneiro**. In: FREITAS, Vladimir Passos de (coord). **Importação e exportação no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 37). Por outro lado, Maxsoel Bastos de Freitas é enfático na defesa de um Direito Aduaneiro autônomo, cuja finalidade seria “disciplinar os controles de entradas e saídas de veículos, pessoas e mercadorias, de acordo com os tratados internacionais, firmados pelo ordenamento pátrio, e, ainda, ter o cuidado de atender aos interesses nacionais de intervenção na política interna e externa de comércio exterior” (FREITAS, Maxsoel Bastos de. **O direito aduaneiro como ramo do direito**. Jan. 2004. Disponível em: <<http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=4791>>. Acesso em: 11 jan. 2011, p. 3).

8 Saliente-se que, em respeito ao princípio da especialidade, às mercadorias cuja proibição expressa esteja contida em outro diploma legal não se aplica o crime de contrabando e sim o definido em lei especial, v.g. substâncias entorpecentes, armas, moeda falsa, escrito ou objeto obsceno. Tal consideração levou Marcia Dometila Carvalho a concluir ser o tipo penal de contrabando aplicável somente às proibições relativas, vez que as realmente absolutas encontram-se previstas em tipos penais autônomos (CARVALHO, Marcia Dometila Lima de. **Crimes de contrabando e descaminho**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, p. 12-13).

9 Definição de Néelson Hungria *apud* (FREITAS, Vladimir Passos de. Op. cit, p. 306).

10 Os direitos humanos foram aqui divididos em gerações para facilitar o estudo do breve panorama histórico que se tenta fazer. Ressalve-se que, de acordo com a resolução 32/130 da Assembleia Geral das Nações Unidas, “todos os direitos humanos, qualquer que seja o tipo a que pertencem, se inter-relacionam necessariamente e são indivisíveis e interdependentes”.

11 Lindgren Alves (ALVES, J. A. Lindgren. **Os direitos humanos como tema global**. São Paulo: Perspectiva, 1994, p. 133) localiza o nascimento da segunda geração dos direitos humanos em momento posterior às manifestações nacionalistas verificadas por ocasião da Primeira Guerra Mundial e diante das imensas dificuldades econômicas enfrentadas,

especialmente, pelos países perdedores, refletindo-se na nova carta constitucional elaborada em 1919, a Constituição de Weimar. A evolução jurídica desta Constituição baseia-se no fato de que esta previu expressamente direitos inerentes à vida social, não se conformando apenas com a garantia formal da liberdade.

12 Sobre qual seria o bem jurídico tutelado nos crimes fiscais da Lei n. 8.137/90, Hugo de Brito Machado (MACHADO, Hugo de Brito. **Crimes contra a ordem tributária**. São Paulo: Atlas, 2009, p. 23) identifica a “ordem tributária”, entendida como “conjunto das normas jurídicas concernentes à tributação. É uma ordem jurídica, portanto, e não um contexto de arbítrio. É um conjunto de normas que constituem limites ao poder de tributar e, assim, não pode ser considerado instrumento do interesse exclusivo da Fazenda Pública como parte nas relações de tributação”. Já Rodrigo Sánchez Rios (RIOS, Rodrigo Sánchez. **O crime fiscal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998, p. 42) repele a concepção tradicional de que o bem jurídico seria identificado com o erário e acaba por concluir que: “(...) a justificação do crime fiscal encontra-se no fato de que a conduta delituosa, além de causar um prejuízo imediato à integridade patrimonial do Erário Público (lesando a função pública de arrecadação), acaba por atingir o valor constitucional da solidariedade de todos os cidadãos na contribuição e manutenção dos gastos públicos”. Heloisa Estellita (ESTELLITA, Heloisa. **A tutela penal das obrigações tributárias e a Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001, p. 54) apresenta a “arrecadação tributária”, entendida como “instrumento de formação de receita pública e de consecução das metas socioeconômicas definidas na Constituição através da percepção dos tributos instituídos e cobrados em conformidade com as normas e valores constitucionais”, como bem jurídico suficiente para justificar a intervenção jurídico-penal.

13 BRASIL. **Lei n. 8.137 de 27 de dezembro de 1990**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/leis/L8137.htm>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

14 BRASIL. Código Penal. **Decreto-Lei n. 2.848 de 7 de dezembro de 1940**. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/ccivil/decreto-lei/del2848.htm>>. Acesso em: 22 jan. 2010.

15 PROCESSO PENAL. *HABEAS CORPUS*. DESCAMINHO. EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE. PAGAMENTO DO TRIBUTO ANTES DO OFERECIMENTO DA DENÚNCIA. APLICAÇÃO DO ART. 34 DA LEI N. 9.249/95. *UBI EADEM RATIO IBI IDEM IUS*. 1. Não há razão lógica para se tratar o crime de descaminho de maneira distinta daquela dispensada aos crimes tributários em geral. 2. Diante do pagamento do tributo, antes do recebimento da denúncia, de rigor o reconhecimento da extinção da punibilidade. 3. Ordem concedida (BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 48.805/SP, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, j. 26-6-2007. Disponível em: DJ 19-11-2007, p. 294).

16 Para análise pormenorizada da evolução jurisprudencial e legislativa acerca das causas extintivas da punibilidade pelo pagamento nos crimes fiscais, conferir SILVA FRANCO, Alberto *et al.* **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. v. 1, tomo II, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 3757 *et seq.*

17 “O disposto no art. 2º da Lei n. 4.729, de 14-7-65, e no art. 18, § 2º, do Decreto-lei n. 157, de 10-2-1967, não se aplica aos crimes de contrabando e descaminho, em suas

modalidades próprias ou equiparadas, nos termos dos §§ 1º e 2º do art. 334 do CP”.

18 Tais expressões foram usadas por Alberto Silva Franco (SILVA FRANCO, Alberto *et al.* **Código Penal e sua interpretação jurisprudencial**. v. 1, tomo II, 6. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997, p. 3758) para descrever o esquecimento do legislador no momento da publicação da Lei n. 9.249/65, mas aplicam-se perfeitamente ao momento atual.

19 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Habeas Corpus* n. 81.611. Tribunal Pleno. Relator Ministro Sepúlveda Pertence, j. 10-12-2003. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/jurisprudencia/listarJurisprudencia.asp?s1=%2881611%2EENUME%2E+OU+81611%2EACMS%2E%29&base=baseAcordaos>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

20 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Especial, n. 828.469/RS, Quinta Turma, Relatora Ministra Laurita Vaz, 27-02-2007. Disponível em: p. no DJ em 26-3-2007, p. 279.

21 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 48.805/SP, Sexta Turma, Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura, 26 de junho de 2007. Disponível em: *DJ* 19-11-2007, p. 294; BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Recurso Ordinário em *Habeas Corpus* n. 19.174/RJ; Sexta Turma, Relatora Ministra Jane Silva, j. 1º-2-2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/decisooes/doc.jsp?processo=019174&&b=DTXT&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

22 BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus* n. 109.205/PR. Sexta Turma, Relatora: Ministra Jane Silva, 2-10-2008. Disponível em: <<http://www.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/doc.jsp?processo=109205&&b=ACOR&p=true&t=&l=10&i=2>>. Acesso em: 11 jan. 2011.

23 Existem autores que apontam a natureza mista do perdimento, qual seja ressarcir o erário e reprimir a conduta. Neste sentido FERREIRA, Rony. Perdimento de bens. *In*: FREITAS, Vladimir Passos de (coord.). **Importação e exportação no direito brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 154.