



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS-GRADUAÇÃO EM DIREITO *STRICTO SENSU*
DOUTORADO EM DIREITO PÚBLICO

THAIS BANDEIRA OLIVEIRA PASSOS

**A NEOSSELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: A LEI DE LAVAGEM DE
CAPITAIS COMO UMA DEMONSTRAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO
CRIMINOSO DE COLARINHO BRANCO. Uma Aproximação entre a Dogmática e
os Aspectos Criminológicos**

Salvador
2015

THAIS BANDEIRA OLIVEIRA PASSOS

**A NEOSSELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: A LEI DE LAVAGEM DE
CAPITAIS COMO UMA DEMONSTRAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO
CRIMINOSO DE COLARINHO BRANCO. Uma Aproximação entre e Dogmática e
os Aspectos Criminológicos**

Tese apresentada ao Programa de Pós-graduação
em Direito, Faculdade de Direito, Universidade
Federal da Bahia, como requisito parcial para
obtenção do grau de Doutora em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior

Salvador
2015

THAIS BANDEIRA OLIVEIRA PASSOS

Tese aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Doutora em Direito Público, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior – Orientador

Doutor pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP

Prof. Dr. Sebastian Borges de Albuquerque Mello

Doutor pela Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares

Doutor pela Universidade Federal da Bahia

Prof. Dr. George Sarmiento Lins Júnior

Doutor pela Universidade Federal de Pernambuco

Prof. Dr.

Doutor

Salvador,

de

de 2015

A Deus, com a convicção de que hoje tenho mais graças atendidas a agradecer do que pedidos a fazer.

Aos meus pais, razão de todo meu sucesso, sempre.

A meus filhos, Fernanda e Henrique, ainda por vir. Dedico tudo em minha vida a vocês.

A Maurício, simplesmente por tomar conta de mim e me amar quando eu mais preciso.

AGRADECIMENTOS

O começo e o fim do meu Doutorado coincidem com dois momentos muito felizes da minha vida pessoal: enquanto fazia a prova para admissão no Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* da UFBA, curti a gravidez de Fernanda. Três anos se passam e, em meio à escrita da tese, a bela notícia da nova gravidez, desta vez, Henrique. Em três anos, serão três grandes alegrias!

Porém, para que este momento derradeiro acontecesse, para que esta tese ficasse pronta, muitas pessoas foram fundamentais em minha vida. Não as estou listando em ordem de importância ou com qualquer outro critério. Deixei a racionalidade para a tese; os agradecimentos são feitos com o coração.

Como a dedicatória é feita a meus pais, filhos e marido, agradecer aqui se torna quase que dispensável. Meu alicerce familiar é tudo, é meu ponto de equilíbrio;

Assim, agradeço a minha irmã Débora, que se faz tão presente em minha vida, sempre companheira, e que me trouxe um cunhado-irmão, Vinícius;

A minha avó Lygia, minha bisá, pessoa com quem sempre sei que posso contar;

Aos primos e tios da “família Meketrefe”, que me atrapalham um pouco de estudar e trabalhar, com tantas mensagens no whatsapp, mas que me fazem sorrir no meio do dia, mesmo quando tudo ao redor parece chato;

Mas, à família biológica, foi somada a família do coração. Meu sogro Marcelo e minha sogra Vanda, que torcem tanto por mim e que me acolhem como filha;

E, falando em pai de coração, não poderia deixar de agradecer a Fernando Santana, meu pai ideológico, que é tido por mim como exemplo de profissional a ser seguido e que despertou em mim a paixão pelo Direito Penal Econômico;

A Dirley Cunha Júnior, meu orientador e incentivador nas horas difíceis. Obrigada por aceitar meus temas, mais voltados ao Direito Penal;

Aos demais professores do Doutorado, em especial Sebastian Mello e Selma Santana, pelos aprofundamentos em Direito Penal;

Mas, Sebastian Mello também contribuiu de outra forma: juntamente com a colega e amiga Daniela Portugal, em viagem realizada a Göttingen em setembro de 2014, criaram o embrião da discussão, que acabou mudando o rumo da minha tese;

Sobre Göttingen, agradeço demais os professores que participaram do curso, pois os ensinamentos passados em apenas uma semana intensa de aulas foi suficiente para ser guardado para toda a vida;

Aos colegas do curso de Göttingen que, sabendo do meu tema, me ajudaram na coleta de livros e outros materiais de pesquisa, em especial a Marcelo Crespo, Rodrigo Brandalise, Álvaro Fernandes e Fernando Galvão;

Aos colegas do curso do Doutorado, em especial a Arielle Chagas, Luciano Tourinho, Fernanda Ravazzano e Urbano Félix, este último por dividir comigo seus materiais e experiências;

Aos colegas e amigos dos locais de ensino: Universidade Federal da Bahia, faculdade Baiana de Direito, rede LFG, curso Impar, pelo constante incentivo;

Aos alunos, ex-alunos, sempre alunos, seguidores das redes sociais, que sempre me brindam com palavras de carinho e admiração. Saibam que cada passo que dou para engrandecimento profissional tem a colaboração de vocês;

Aos colegas da graduação, em especial Vívian Santana (com Henrico!), Antônio Jorge, Melina Prates e Rafael Carvalho Andrade, este último, colega e companheiro, com quem iniciei o embrião desta pesquisa;

Ao escritório Bandeira, Sales & Assumpção, Irani Andrade, Daniel Diniz, Flávia Pinto e Marcelo Alves, mas, em especial aos meus sócios, Mayana Sales e Vinícius Assumpção, pelo companheirismo e por entenderem os momentos de ausência;

Aos demais amigos que eventualmente não tenha citado nominalmente, mas sei que sempre torcem por mim.

"É preciso desafiar as ideias preconcebidas, repetidas abstratamente, sem qualquer reflexão pessoal e que mantêm de pé os sistemas opressivos. Quando se veicula a imagem de um comportamento criminoso de natureza excepcional, muitas pessoas, no geral inteligentes e benevolentes, passam a acreditar que se justifica a adoção de medidas excepcionais contra as pessoas apanhadas pelo sistema penal. E, quando se imagina que se trata de colocar tais pessoas separadas das outras, para que fiquem impedidas de causar mal, passa-se a aceitar facilmente o próprio princípio do encarceramento, que as isola. Para encarar os verdadeiros problemas que, de fato, existem, urge desmistificar tais imagens."

(Louk Hulsmann)

RESUMO

Tese que se destina a uma análise criminológica do sistema repressivo penal, enfocando a questão da seletividade. São analisadas as missões cumpridas pelo Direito Penal, as funções da pena, sobretudo privativa de liberdade, as possíveis funções não declaradas e as cifras ocultas da persecução penal. Para que seja demonstrada a ideia da seletividade, passa-se a uma análise dos processos de criminalização, primária e secundária, ou seja: como são elaboradas as leis penais e os fatores de seleção dos bens jurídicos, e como estas mesmas leis são aplicadas pelas agências de controle. A partir desta concepção, parte-se para a análise da seletividade relacionada à criminalidade econômica, com enfoque à Lei de Lavagem de Capitais. Para tanto, utiliza-se como base a doutrina de Eugênio Raul Zaffaroni, que propõe novas formas de seletividade, denominada vulnerabilidade ao sistema. Esta vulnerabilidade ocorrerá em três diferentes níveis: a vulnerabilidade em relação ao excluído socialmente; em relação à criminalidade grotesca e à falta de cobertura política, que está associada, em grande medida, à chamada criminalidade dos poderosos. De acordo com essa (nova) concepção da seletividade, demonstra-se, ao longo do trabalho, a quebra de paradigmas de estar a criminalidade relacionada à anormalidade ou à miséria social, enfocando a teoria da associação diferencial proposta por Sutherland, chegando-se à noção de crime de colarinho branco. A partir desse arcabouço teórico prévio, com conceitos criminológicos bem demarcados, é que se passa à análise da Lei de Lavagem, demonstrando a neosseletividade do sistema em quatro momentos distintos: na escolha pela tipificação dessas condutas como crime; na oportunidade da adequação típica em função da infração penal antecedente e do bem jurídico tutelado; no momento da persecução penal e produção de provas, sobretudo com a participação de particulares através do *compliance*; e, finalmente, no momento da condenação, em que não se exige prova com trânsito em julgado da existência do crime antecedente. Assim, questiona-se a legitimidade do sistema penal para esta tutela, sobretudo a quebra de garantias em nome de uma função não declarada de “caça às bruxas”.

Palavras-chave: criminalização primária e secundária; vulnerabilidade ao sistema penal; deslegitimação; Lavagem de Dinheiro

ABSTRACT

This thesis is intended for a criminological analysis of the criminal repressive system, focusing on the issue of selectivity. The missions are analyzed met by the Criminal Law, the functions of punishment, particularly imprisonment for the possible undeclared functions and the hidden figures of criminal prosecution. To demonstrate the idea of selectivity, it's necessary an analysis of the processes of criminalization, primary and secondary, as criminal laws and legal interests of selection factors are developed, and how these same laws applied by control agencies. From this design, we proceed to the analysis of selectivity related to economic crime, focusing on the Money Laundering Act. Therefore, it is based on the doctrine of Eugenio Zaffaroni Raul, proposing new forms of selectivity, called vulnerability to the system. This vulnerability occurs at three different levels: the vulnerability in relation to socially excluded; grotesque regarding crime and lack of coverage policy, which is associated in large measure to the call of the powerful crime. According to this (new) concept of selectivity, it is demonstrated throughout the work, to break paradigms to be crime-related abnormality or social misery, focusing on the theory of differential association proposed by Sutherland, he came to the notion of white-collar crime. From that prior theoretical framework, with well-marked criminological concepts, is going on the analysis of the Dry Law, demonstrating the new kind of selective system into four distinct stages: the choice by typing such conduct as a crime; the opportunity of typical adequacy according to the antecedent criminal offense and tutored legal interest; when criminal prosecution and production of evidence, especially with the participation of individuals through the compliance; and finally, at the time of sentencing, as it does not require proof with final judgment of the existence of the predicate offense. Therefore, we question the legitimacy of the criminal justice system for such protection, especially the breaking of guarantees on behalf of an undeclared function "witch hunt."

Key words: primary and secondary criminalization; vulnerability to the criminal justice system; lack of legitimization; Money Laundering

A NEOSSELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL: A LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS COMO UMA DEMONSTRAÇÃO DA VULNERABILIDADE DO CRIMINOSO DE COLARINHO BRANCO. Uma Aproximação entre A Dogmática e os Aspectos Criminológicos

1. INTRODUÇÃO.....	13
2. DEFINIÇÕES E IMPRECIÇÕES: DIREITO PENAL, PODER PUNITIVO, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL.....	19
2.1 SOBRE AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL – O FUNCIONALISMO RACIONAL TELEOLÓGICO EM OPOSIÇÃO AO FUNCIONALISMO SISTÊMICO.....	22
2.2 DIREITO PENAL (DIS)FUNCIONAL – CRISE DE LEGITIMIDADE?.....	29
2.2.1 As funções não declaradas: função ético-social; função simbólica; função de psicologia social.....	30
2.2.2 A teoria negativa ou agnóstica da pena – por uma tomada de posição... 46	46
2.3 OS PRESSUPOSTOS DA SELETIVIDADE NO DIREITO PENAL.....	48
2.3.1 Criminalização primária e secundária.....	49
2.3.2 Fatores de criminalização.....	52
2.3.3 Gestores da moral: agências de criminalização.....	55
2.4 AS CIFRAS OCULTAS (E DOURADAS) DA CRIMINALIDADE.....	62
3. OBSERVAÇÕES CRIMINOLÓGICAS SOBRE A SELETIVIDADE NO DIREITO PENAL: QUEM É CRIMINOSO?.....	69
3.1 CRIMINOLOGIA: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, FUNÇÕES.....	70
3.1.1 Vitimologia e vitimodogmática.....	75
3.1.2 A vitimização difusa nos crimes econômicos.....	79
3.2 O GRANDE PROTAGONISTA: O DELINQUENTE. DOS FATORES ANTROPOMÓRFICOS AO CRIMINOSO DE COLARINHO BRANCO. A CRIMINOLOGIA ETIOLÓGICA OU TRADICIONAL.....	82
3.2.1. A Escola Positiva.....	85
3.2.2 Teorias da socialização defeituosa.....	89
3.2.3 Teorias da estrutura social defeituosa.....	94
3.3. A MUDANÇA DE PARADIGMAS: TEORIA DO LABELLING APPROACH.....	96
3.4. CRIMINOLOGIA CRÍTICA OU RADICAL: A NOVA CRIMINOLOGIA.....	100
3.5. A CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE: ASPECTOS DA CRIMINOLOGIA INFLUENCIANDO NA REPROVAÇÃO DA CONDUTA.....	103
3.5.1 Um ponto de partida: a coculpabilidade.....	106

3.5.2 A noção de vulnerabilidade aplicável à culpabilidade.....	111
--	------------

4. ASPECTOS HISTÓRICOS E CRIMINOLÓGICOS DO CRIME DE COLARINHO BRANCO..... 116

4.1 OS CRIMES DOS PODEROSOS SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA.....	119
--	-----

4.1.1 O Surgimento dos Crimes Econômicos.....	124
---	-----

4.1.2 O Fundamento Constitucional do Direito Penal Econômico. Evolução no Brasil face à Ordem Econômica na Constituição de 1988.....	130
--	-----

4.1.3 Delimitação Conceitual: Alcance do Termo Direito Penal Econômico.....	136
---	-----

4.1.3.1 O Bem Jurídico Tutelado nos Crimes Econômicos. Ordem Econômica e Economia..... 141

4.1.3.2 Moderna Política Criminal e a Legislação em Mosaico: microssistemas e a aparição de “novos riscos” 146

4.2 A DENOMINAÇÃO “CRIME DE COLARINHO BRANCO”.....	152
--	-----

4.2.1 As premissas e as críticas à Teoria da Associação Diferencial de Sutherland.....	155
--	-----

4.2.2 Novos alcances e características da criminalidade de colarinho branco: conceitos de <i>corporate crime</i> e <i>occupational crime</i>	159
--	-----

4.3 A MUDANÇA DE PARADIGMA CRIMINOLÓGICO: DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL À REAÇÃO SOCIAL.....	164
--	-----

5. A NEOSSELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL – A VULNERABILIDADE RECONHECIDA NA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS..... 168

5.1 APONTAMENTOS PRELIMINARES: CONCEITOS, CARACTERÍSTICAS E FASES DA LAVAGEM DE DINHEIRO.....	169
---	-----

5.2 A ORIGEM DA LEI DE LAVAGEM: VULNERABILIDADE DOS DELINQUENTES ENVOLVIDOS.....	179
--	-----

5.3 A VULNERABILIDADE E A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA: SELETIVIDADE NA TIPIFICAÇÃO.....	189
---	-----

5.3.1 A questão do bem jurídico tutelado.....	191
---	-----

5.3.2 A O rol antecedente (supostamente) taxativo e a mudança legislativa..	198
---	-----

5.4 A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: VULNERABILIDADE NA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA.....	204
---	-----

5.4.1 A Criação do COAF e a Intenção de Recuperar Ativos Ilícitos.....	209
--	-----

5.4.2 O <i>Compliance</i> a e imperiosa participação de particulares no processo de formação da culpa.....	212
--	-----

5.5 A PONDERAÇÃO DE VALORES: SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE VERSUS PROTEÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. SELETIVIDADE NO MOMENTO DO JULGAMENTO.....	218
5.6 A FUNÇÃO DO SISTEMA PENAL NO COMBATE À LAVAGEM: REPRODUÇÃO DA SELETIVIDADE	222
6. CONCLUSÕES	226

1. INTRODUÇÃO

O interesse pela temática Lavagem remonta aos estudos desenvolvidos por oportunidade da realização do curso de Mestrado em Direito Público no Programa de Pós Graduação da Universidade Federal da Bahia. Este interesse se justifica pela constante massificação desta nova onda de criminalidade pelos meios de comunicação, aliada a uma incessante necessidade de punição daqueles que cometem os chamados crimes econômicos.

Estes crimes econômicos, destarte, são fruto de um novo enfoque dado ao Direito Penal; muda-se o velho paradigma de crimes que atingem bens jurídicos individuais, como vida, patrimônio, integridade física, e se vê uma verdadeira corrida contra o tempo, no intuito de se incriminar condutas que violem os novos riscos sociais.

Os crimes cibernéticos, genéticos, econômicos, o terrorismo, a criminalidade organizada, as lesões ao meio ambiente... O Direito Penal clássico não conseguia acompanhar estas novidades sociais. Era preciso expandir-se, ampliar o rol de crimes, editar novas leis, criar novos tipos penais.

Porém, este fenômeno de diversificação temática não é um fator isolado do Direito Penal. Pode-se citar como exemplo a subdivisão do Direito Civil com a Criação do Código de Defesa do Consumidor; implementação de Legislação Ambiental; de Previdência Social. A própria Constituição Federal passa a tratar de uma tutela a bens jurídicos difusos, coletivos, de cunho transindividual: ordem econômica, ordem e seguridade social, sistema tributário nacional. Lavagem de Capitais é um dos temas que se refere a esta mudança, demonstrando que Direito Penal não poderia fugir a esta realidade.

Porém, fez-se necessário estudar a motivação criminológica desta mudança de paradigmas: o sistema penal era tão acostumado a “selecionar” como clientela uma camada social menos favorecida, que se viu surpreendido pelos novos sujeitos ativos dos delitos: os criminosos de colarinho branco, denominação dada por Edwin Sutherland, e consagrada mundialmente para designar aquelas pessoas que,

embora pertencentes a uma camada social elevada, não passavam despercebidas pelo mundo da criminalidade.

Porém, assim como na criminalidade comum, são apontadas diversas falhas à utilização do sistema repressivo penal para combater a nova onda de crimes econômicos.

O ponto de partida da pesquisa encontra-se, então, em uma análise do sistema punitivo como um todo: suas missões, as funções da pena, o processo de criminalização e quem exerce influência sobre ele, o problema das cifras ocultas. Esses são temas que irão corroborar a hipótese de trabalho, mas, ao mesmo tempo, demonstram que os problemas do sistema punitivo não são pontuais, não são atinentes apenas à criminalidade econômica.

Assim, em relação a esta espécie de criminalidade, a econômica, o discurso punitivo passa a enfrentar os mesmos problemas da criminalidade comum: fundamentar e legitimar o Direito de punir do Estado, sobretudo por não serem estes bens jurídicos eminentemente penais. A discussão toca, destarte, a própria noção de bem jurídico, e o que se pretende tutelar com a incriminação das condutas de ocultar e dissimular a origem de bens, direitos e valores, inevitavelmente passando pelas doutrinas funcionalistas de Roxin e Günther Jakobs e suas dicotomias.

A pesquisa está estruturada em introdução e mais quatro Capítulos. O segundo Capítulo, então, desenvolve-se como um questionamento do próprio sistema punitivo, tocando discussões acerca das funções declaradas e não declaradas do poder de punir, demonstrando uma enorme cifra oculta, esquecida pelas instâncias de controle, mas tão importante para o desenvolvimento criminológico com conceito e perfil do crime e do criminoso.

Será também abordada a noção da seletividade nos processo de criminalização primária (elaboração das leis) e secundária (aplicação da lei penal), e a influência das agências morais, que irão ditar as condutas que deverão ser tipificadas pelo legislador penal, sem que, para isso, haja um critério racional, e irão influenciar a seletividade na aplicação da lei penal.

O terceiro Capítulo tem cunho eminentemente criminológico: pretende-se fazer um estudo do protagonista do crime, o criminoso, sob as mais diversas óticas das correntes criminológicas. Neste ponto, é elaborado um breve histórico acerca dos fatores antropomórficos e posteriores correntes, até que se chegue à teoria da associação diferencial proposta por Sutherland, que desmistifica as correntes anteriores, deixando de considerar o criminoso como um ser anormal, desvinculando a noção de crime também da ideia de miséria social. Surge a nomenclatura criminoso de colarinho branco, surgem novas correntes de Criminologia a partir desta noção.

Ainda neste Capítulo, estuda-se a Criminologia da Reação Social, que será de extrema utilidade para a noção de seletividade do sistema, já que propõe a noção de etiquetamento como um dos fatores responsáveis pela criminalização de certas condutas e o esquecimento de outras – as já denominadas cifras ocultas. Não há um conceito de crime e de criminoso que não se submeta à reação que a sociedade tem a este comportamento.

A partir de toda esta evolução criminológica, pode-se chegar à doutrina proposta por Eugênio Raul Zaffaroni, criminólogo argentino que defende que estes estigmas, estereótipos e outros fatores de criminalização precisam estar inseridos na dogmática penal, especificamente atrelando ao conceito de culpabilidade, sob a designação culpabilidade por vulnerabilidade. Apesar de o foco do trabalho não ser a culpabilidade enquanto elemento do crime, esta noção de culpabilidade de Zaffaroni trará uma nova dimensão do conceito de seletividade do sistema, importante ao desenvolvimento dos capítulos subsequentes.

Desta forma, no quarto Capítulo será explorada a questão criminológica relacionada ao crime de colarinho branco, demonstrando a forma como esta espécie de criminalidade foi, paulatinamente, permeando a legislação penal internacional e a brasileira. Primeiramente, então, será feita uma abordagem do surgimento do Direito Econômico e as motivações históricas para a sua inserção no texto constitucional, até a chamada do Direito Penal para tutelar esta nova demanda. A partir desta realidade, serão abordados os principais problemas relacionados à criminalização dessas condutas, como a concepção ampla ou restrita do bem jurídico envolvido, o

conceito do criminoso de colarinho branco, a noção de *labeling approach*, ou etiquetamento aplicável a esta espécie de criminoso.

Por fim, no último Capítulo, haverá um momento mais crítico, que se presta a analisar os possíveis defeitos da incriminação da Lei de Lavagem. Não será apenas a análise dogmática da Lei. É uma análise criminológica, porém realizada à luz dos preceitos dogmáticos. A cópia do modelo norte-americano (até mesmo na nomenclatura), os sujeitos ativos do crime, a existência de um rol supostamente taxativo de crimes antecedentes (aptos a gerar ativo que podem ser lavados) e sua posterior abertura, o problema do concurso necessário (dupla incriminação) com outras espécies de crimes econômicos (tributários e contra o sistema financeiro nacional), são temas enfrentados até que se possa defender uma posição final acerca desta temática.

A análise da Lei de Lavagem, assim, será permeada por questionamentos e inquietações. Questiona-se, nesta senda, se esta lei traz em si toques de seletividade, no momento da criminalização primária e secundária. Uma das formas de vulnerabilidade ao sistema punitivo, a vulnerabilidade pela falta de cobertura política, proposta por Zaffaroni, será relembada e perquerida. Os possíveis efeitos simbólicos desta incriminação serão estudados, bem como as (dis)funções do sistema punitivo.

Destarte, no tocante à Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), será possível questionar se ela cumpre uma função de Política Criminal (“caça às bruxas”) ou uma função repressiva propriamente dita. E mais, se em prol de uma criminalização arrojada, pode haver quebra das garantias fundamentais? As técnicas de redação desses novos tipos penais deixa margem a diversas formas de burla às garantias processuais.

Assim, o ponto central da presente dissertação é desvendar de que maneira a seletividade permeia todo o sistema penal, desde a criminalidade tida como comum, à criminalidade econômica, especialmente a Lavagem de Capitais. Para tanto, serão analisados os momentos da opção do legislador brasileiro em adotar a tutela penal como forma de combate a estas condutas; o momento da seleção do bem jurídico

pela lei; a oportunidade do início das investigações (comunicações feitas por particulares ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF) sobre operações suspeitas de lavagem; e, finalmente, o momento em que se condena alguém por lavagem.

A partir destes questionamentos e análises, toda a tutela penal dos novos interesses passa a ser posta em xeque. O ponto basilar do Direito Penal – a sua visão enquanto *ultima ratio* - está sendo mitigado em prol de uma incriminação inócua, que não se presta a suas funções? Diante destas inquietações, uma (re)leitura da subsidiariedade e fragmentariedade se fez necessária, a fim de desvendar se o Direito Penal é legítimo enquanto instrumento de tutela da nova criminalidade econômica, uma vez que a edição de leis incriminadoras neste sentido é uma realidade inexorável.

2. DEFINIÇÕES E IMPRECIÇÕES: DIREITO PENAL, PODER PUNITIVO, CRIMINOLOGIA E POLÍTICA CRIMINAL.

O Direito Penal, como todo saber, precisa de uma definição de seu horizonte de projeção, assim entendido este horizonte como o universo que está abarcado por este ramo. Esta delimitação corresponde a certa intencionalidade, certos objetivos que devem ser perseguidos, e certas perspectivas sob as quais devem ser estudados os objetos.

Ocorre que, um dos grandes problemas do Direito Penal é que esta expressão tem um conteúdo equívoco, sendo empregada de forma imprecisa, pois ora quer designar o discurso dos juristas, ora é empregada como sinônimo de legislação penal, que seria o ato do poder político. Assim, o próprio conceito de Direito Penal se confunde com o poder punitivo, gerando não só uma imprecisão terminológica, como também uma inadequação do horizonte de projeção do primeiro, com relativa perda do objetivo a ser perseguido.¹

Ainda, é preciso lembrar que o Direito é uma construção histórica, uma “criação livre da cultura”², nunca podendo ser confundido com o poder estatal de punir e exercer coação sobre os indivíduos. Esta noção histórica e cultural será amplamente demonstrada quando se passar a um estudo histórico da nova forma de criminalidade, a econômica, ir permeando a legislação brasileira.

Jiménez de Asúa³ também traz o traço cultural do Direito Penal, demonstrando que esta ciência se ocupa em estudar o dever-ser e não ser; indica, ainda, que o Direito Penal é normativo, valorativo e finalista. O Direito Penal atual é ramo do Direito Público, e prossegue o autor, caracterizando-o como sancionador e não constitutivo, já que a antijuridicidade é uma só – e não um conceito unicamente ligado ao Direito

¹ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, 2011. P. 38.

² COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2002.

³ JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito**. Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997. p.19 e 20.

Penal – quando ocorre uma infração, esta fere todo o ordenamento jurídico, pois a contrariedade da conduta se refere ao direito e não somente à ordem penal.

De acordo com esse entendimento, o Direito Penal não cria bens que serão tutelados por ele, mas apenas acrescenta proteção a bens já disciplinados por outros setores do ordenamento, sob a perspectiva de que o Direito Penal é uma proteção subsidiária a bens jurídicos. Sobre esta noção de bem jurídico e bem jurídico penal, haverá tópico oportuno para tratá-las.

Por outro lado, mas extremamente conexo ao tema Direito Penal, está a Política Criminal. Esta política está baseada em uma análise crítica do Direito, buscando orientá-lo de acordo com ideais jurídico-penais do Estado – claro que haverá enorme diferença entre os critérios orientadores de uma política criminal num Estado Democrático e num Estado autoritário - mas também critérios políticos e de oportunidade.

Ainda que haja enorme discussão acerca de quão conectados estão Direito Penal e Política Criminal, a ligação entre as diretrizes do Estado com a dogmática é inevitável: invariavelmente critérios de política-criminal interferem, em alguma medida, na elaboração, aplicação e interpretação da lei penal.

E, esta Política Criminal, este conjunto de diretrizes político-sociais-penais do Estado, é traçada também através de outra ciência autônoma, empírica, que é a Criminologia. Munõz Conde⁴ indica ser a Criminologia um estudo das causas e formas reais de realização do delito, culminando em sua luta e sua prevenção. Assim sendo, prossegue o autor citando Jescheck, explicando que a Política criminal pertence tanto à Criminologia, quanto à ciência do Direito Penal, uma vez que se vincula à causa do delito, tenta comprovar o efeito das sanções são aplicadas pelo Direito Penal [incluindo, desta forma, também a penologia neste estudo], considera os limites de ampliação do Direito Penal pelo legislador, para que se possa lutar eficazmente contra a delinquência e adaptar as normas penais à realidade do delito.⁵

⁴ MUNÓZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Buenos Aires: BdeF, 2001. p.200.

⁵ *Apud* MUNÓZ CONDE, Francisco. Ob. Cit. P. 199.

Em síntese, García-Pablos de Molina indica que “a criminologia deve se incumbir de fornecer o substrato empírico do sistema, seu fundamento científico. A Política Criminal deve se incumbir de transformar a experiência da Criminologia em opções e estratégias concretas assumíveis pelo legislador e pelos poderes públicos.” Quanto ao papel do Direito Penal, explica o autor que o “Direito Penal deve se encarregar de converter em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias, o saber criminológico esgrimido pela política criminal, com estrito respeito às garantias individuais e aos princípios jurídicos de segurança e igualdade típicos do Estado de Direito.”⁶

Assim, é possível definir que se deve partir do pressuposto de que nenhuma Política Criminal pode ultrapassar o limite dado pelo Direito Penal às possibilidades de incidência do poder punitivo. Mais adiante, trataremos do tema, demonstrando que nem sempre são coincidentes as tarefas que se impõem ao Direito Penal e a capacidade deste sistema, gerando, portanto, séria parcela de cifras ocultas da criminalidade, por um lado, e grave seletividade do sistema, por outra medida.

Em resumo, diferentemente do Direito Penal, a Criminologia pretende conhecer a realidade para explicá-la, enquanto aquela ciência valora, ordena e orienta a realidade, com o apoio de uma série de critérios axiológicos. A Criminologia aproxima-se do fenômeno delitivo sem prejuízos, sem mediações, procurando obter uma informação direta deste fenômeno. Já o Direito Penal limita interessadamente a realidade criminal, mediante os princípios da fragmentariedade e seletividade, observando a realidade sempre sob o prisma do modelo típico. Se à Criminologia interessa saber como é a realidade, para explicá-la e compreender o problema criminal, bem como transformá-la, ao Direito Penal só lhe preocupa o crime enquanto fato descrito na norma legal, para descobrir sua adequação típica. O Direito Penal versa sobre normas que interpretam em suas conexões internas, sistematicamente. Interpretar a norma e aplicá-la ao caso concreto, a partir de seu sistema, são os momentos centrais da tarefa jurídica.⁷

⁶ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 164-165.

⁷ SCHECARIA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008, p. 38-39.

Assim, não se pode confundir as políticas públicas e sociais de combate à criminalidade, tomadas com base em estudos empíricos (criminológicos) como o Direito Penal, enquanto ramo do dever-ser. Também não se pode confundir esses conceitos com o poder de punir do Estado. Direito Penal não é uma “política penal” de adoção de novos tipos penais sem uma análise do sistema punitivo e da sociedade. Criar tipos penais não pode ser a única forma de se tutelar algum bem; o sistema repressivo penal deve estar em consonância com os anseios sociais, mas não pode somente se render a eles, sem que haja uma análise das suas missões e capacidades operativas.

Por ora, então, necessário se faz estabelecer quais as missões, funções que se pretende atribuir ao Direito Penal; a partir dessa visão é que se poderá entender se estas funções são efetivamente cumpridas e como esse (des)cumprimento pode(ria) afetar a questão da efetividade e da seletividade do sistema. O discurso proposto neste momento não se refere especificamente nem à criminalidade comum, nem a criminalidade econômica. São apenas reflexões acerca do sistema punitivo.

2.1 SOBRE AS FUNÇÕES DO DIREITO PENAL – O FUNCIONALISMO RACIONAL TELEOLÓGICO EM OPOSIÇÃO AO FUNCIONALISMO SISTÊMICO.

Por força da crise da modernidade jurídica, “oportuniza-se o surgimento de um direito plural, reflexivo, prospectivo, discursivo e relativo”, emergindo uma série de reflexões acerca das funções e interpretações do Direito, movimento conhecido como pós-positivismo jurídico. Este movimento “reintroduz as noções de justiça e legitimidade para a compreensão axiológica e teleológica do sistema jurídico, fundamentando e legitimando um novo significado para o direito justo”.⁸

Assim, é imprescindível àqueles que lidam com o Direito Penal adotar uma postura que sirva para a legitimação desta esfera de controle, permitindo que a operação do sistema jurídico-penal não se dê de forma automática, sem critérios, ferindo

⁸ SOARES, Ricardo Mauricio Freire: **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo Saraiva, 2010, p. 19.

princípios basilares como o da subsidiariedade da resposta penal, da fragmentariedade, da proporcionalidade. Esses princípios serão abordados ao longo do texto, pois inarredáveis a todas as explicações que se seguem, sobretudo à tipificação de condutas atentatórias à ordem sócio-econômica.

Desta senda, com o intuito de descobrir qual seria a missão (ou missões) do Direito Penal é conveniente sublinhar, em primeiro lugar, tudo que não faz parte (ou não deveria fazer parte) das suas finalidades. O Direito Penal, aliás, revela-se um instrumento absolutamente ilegítimo para proteger a moral ou a ética, a religião ou a obediência divina: os valores culturais enquanto tais ou os interesses ou estratégias governamentais ou supranacionais; tampouco se destina a tutelar a ordem natural ou os atos disfuncionais, os direitos subjetivos ou a norma (em si)⁹.

Luigi Ferrajoli¹⁰ agrega que outra função principal do Direito Penal é a de evitar as penas informais (vingança privada, linchamento etc.). Além disso, a ciência do Direito Penal deve empenhar-se na busca de diretivas (realistas e eficazes) para uma racional concretização e individualização dos interesses mercedores de proteção.¹¹

Por um corte metodológico, trabalhar-se-á com as funções do Direito Penal sob as perspectivas do funcionalismo, antagonizando especificamente o funcionalismo descrito e proposto por Claus Roxin (teleológico racional) e o preconizado por Günther Jakobs (sistêmico).

Para o funcionalismo teleológico racional, o ponto de partida na justificação do Direito Penal reside na incriminação apenas de comportamentos que sejam inconciliáveis com a “convivência pacífica, livre e materialmente segura dos cidadãos”¹². Exatamente nesta perspectiva, acolhe-se a noção de bem jurídico: “não

⁹ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**, Tomo I, Fundamentos. La estructura de La Teoria Del Delito. Madrid, Espanha: Civitas, 1997. p. 8 a 57.

¹⁰ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Estevam Xavier Tavares, Luiz Flávio Gomes (trad.). 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

¹¹ PRADO, Luis Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4. ed. Revista dos Tribunais: 1996-2009. p. 19.

¹² ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução Gercelia Batista de Oliveira Mendes. Coord e Supervisor Luiz Moreira – Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P.5-6.

pode a moderna ciência penal prescindir de uma base empírica nem de um vínculo com a realidade que lhe propicia a referida noção.”¹³

A noção de bem jurídico surge como forma de legitimar o direito de punir do Estado: diante da violação de bens que são essenciais à convivência pacífica, livre e segura da sociedade, justifica-se a atuação do sistema penal. Assim, percebe-se que “a função político-criminal do bem jurídico constitui um dos critérios principais de individualização e de delimitação da matéria destinada a ser objeto da tutela penal”.¹⁴

A noção de bem jurídico está umbilicalmente ligada ao o princípio da necessidade, ou da intervenção mínima, “preconizando que só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico.” Assim, caso outras formas de tutela se revelam suficientes para a proteção desse bem, “a criminalização é incorreta. Somente se a sanção penal for instrumento indispensável de proteção jurídica é que a mesma se legitima”.¹⁵

O conceito de bem jurídico remonta às ideias Iluministas de Paul Anselm Feuerbach, que, por volta do século XIX utilizou-se deste conceito como forma de enfrentar e combater uma concepção moralista do Direito Penal. “A infração contra uma norma (moral ou ética) não podia ser suficiente para explicar uma conduta como criminosa, senão, primeiramente, a prova de que esta conduta lesiona interesses reais de outros homens, precisamente ‘bens jurídicos’”.¹⁶

Para explicitar a função do Direito Penal, Roxin explica que esta reside numa proteção subsidiária de bens jurídicos – uma vez que o Direito Penal deve ser sempre visto enquanto *ultima ratio* - e só está justificada a existência de um tipo penal quando este se mostrar imprescindível para a convivência dos cidadãos através de uma ameaça punitiva. Arremata explicando que “essa justificação decorre

¹³ PRADO, Luis Regis. Ob. Cit. P. 19.

¹⁴ Idem, ibidem.

¹⁵ LUISI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002, p.39.

¹⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª Ed. Alemã, rev. e ampl. Por Pablo Roberto Aflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 56

da finalidade do Estado cujo poder, por sua vez, repousa sobre o desejo do povo expresso nas eleições.”¹⁷

A ideia da subsidiariedade da resposta penal permeia os estudos acerca das funções deste ramo. Luiz Luisi explica que o Direito Penal é a “*ratio extrema*, um remédio último, cuja presença só se legitima quando os demais ramos do Direito se revelam incapazes de dar a devida tutela a bens de relevância para a própria existência do homem e da sociedade.”¹⁸

Jorge de Figueiredo Dias, seguindo linha semelhante, conceitua bem jurídico como a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e, por isso, juridicamente reconhecido como valioso.¹⁹

Quanto à seleção de bens que merecerão a tutela do âmbito Penal, é através das análises da Criminologia, aliada à ciência do Direito Penal, que deve atuar a política do Estado no sentido de empenhar-se na busca “de diretivas (realistas e eficazes) para uma racional concretização e individualização dos interesses merecedores de proteção”.²⁰ É neste ponto que os conceitos explorados no início deste trabalho se unem: o Direito Penal é modificado, com a inserção de um novo tipo penal, através de uma análise criminológica, que embasará a política criminal de reconhecimento de um bem jurídico a ser tutelado.

Porém, ao longo do presente trabalho, será demonstrado que nem sempre o Direito Penal é usado com esta missão: há casos em que não existe um bem jurídico genuinamente penal a se proteger, mas, por uma questão de funções escusas que a norma penal deve desempenhar, são adotadas criminalizações de certos comportamentos, que acabarão por desempenhar apenas uma função simbólica.

Ocorre que, desde este processo de seleção ou de reconhecimento dos bens jurídicos que merecem a tutela penal, já há certo tipo de seletividade do sistema. É

¹⁷ ROXIN, Claus et. al. Ob. Cit. p. 8.

¹⁸ LUISI, Luiz. Ob. cit. p. 40.

¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 63.

²⁰ PRADO, Luis Regis. Ob. Cit. P. 19.

claro que esta escolha é feita por um grupo específico de pessoas, que de alguma foi vitorioso no sentido de categorizar a sua “visão de mundo” como sendo aquela que orienta a tipificação de condutas pelo Direito Penal.

Nos dizeres de Roberto A.R. de Aguiar²¹, “quem legisla é o grupo social que detém o poder, por deter o controle da vida econômica e conseqüentemente política de uma sociedade. O grupo social ou grupos sociais no poder se instauram como legisladores”. E, prossegue seu entendimento demonstrando que o legislador pertence ao aparelho do Estado, pertence ao “grupo dos mais fortes”, e este grupo “nunca legislará contra sua ideologia que será, por extensão, a ideologia do próprio Estado. Nenhum legislador é suicida.”²²

Os outros grupos sociais, entretanto, terão que aceitar essas normas, por diversos fatores: ou porque guardam certa semelhança com seus próprios interesses; porque esses grupos acreditam que nunca poderão chegar ao poder, dada sua condição de inferioridade (são incapazes de governar); ou porque lhes foi inculcada e internalizada a ideia de que esses interesses são mesmo os interesses melhores para a sociedade.²³

Muñoz Conde também vislumbrou esta possibilidade de “perversão” da noção de nem jurídico, indicando que esta seleção do que é respeitável e do que se deve respeitar pode ser uma imposição de uma minoria, com evidente interesse em manutenção do seu *status*, utilizando-se do Direito Penal para, por exemplo, colocar a oposição política à margem da lei, castigando ataques a bens jurídicos instrumentais (ex. propriedade privada) de forma mais severa do que ataques à vida ou saúde e, considerando como “direitos naturais”, imutáveis e permanentes, “interés personal y egoísta de lós que detentan el poder”.²⁴

Para Alessandro Baratta, a legitimação de certos objetos de tutela em detrimento de outros, sobre a pretensa ideia de “relevância penal” deixa em aberto o problema da

²¹ AGUIAR, Roberto A.R. de. **Direito, Poder e Opressão**. 3ª edição. rev e atual. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1990. p. 24.

²² AGUIAR, Roberto A.R. de. Ob. cit. p. 26.

²³ Idem, ibidem. p. 24.

²⁴ MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. 2ª ed. Montevideo-Buenos Aires: editorial IBdeF Ltda, 2001. p. 92-93.

própria legitimação do Direito Penal, em sua qualidade instrumental. E, prossegue explicando que, por mais que seja louvável qualquer operação teórica e política dirigida a reduzir quantitativamente os sistemas penais e conter sua tendência expansiva, “el déficit de verificación cualitativa de la legitimación instrumental del sistema no será jamás saneado por los resultados cuantitativos de aquella operación.”²⁵

Porém, a questão da seleção dos bens por uma minoria dominante não é a única crítica à missão do Direito Penal como exclusiva proteção de bens jurídicos. Günther Jakobs²⁶ indica, primeiramente, que a doutrina do bem jurídico defende a existência desses bens de interesse individual, que são relevantes para determinado sujeito, mas, em verdade, só se poderia reconhecer um bem como bem jurídico se a sua violação e consequente preservação for do interesse público. Ainda, demonstra que não pode haver um conceito absoluto de bem jurídico, pois a vida, patrimônio, saúde, liberdade, muitas vezes, são mitigadas em prol da manutenção do contrato social.

Assim, sem abandonar completamente a noção de bem jurídico, mas trazendo outra forma de atribuir uma função ao Direito Penal, tem-se o funcionalismo sistêmico. Jakobs²⁷ entende que ao Direito Penal “no cabe prescindir del filtro de la dañosidade social, y las normas que pasan ese filtro son normas protectoras de bienes jurídicos, en parte normas para la creación de bienes jurídicos [...] y en parte normas para proteger la paz jurídica.”

Indica que o autor do delito é um agente desagregador do sistema, age de modo contrário às expectativas sociais e normativas. Se esse projeto criminoso se impõe, configura-se um novo desenho normativo, alterando a realidade social. A sanção tem, portanto, a função de contradizer o projeto do infrator da norma penal, neutralizando seus efeitos e reavivando os anseios sociais e a conformação ao ordenamento.

²⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal** (compilación in memoriam). Montevideo-Buenos Aires: editorial IBdeF Ltda, 2004. p. 63.

²⁶ JAKOBS, Günther. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de La Imputación**. 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997. p.55 e seg.

²⁷ JAKOBS, Günther. Ob. cit.. p. 27.

É exatamente por este motivo que a teoria é denominada de funcionalismo sistêmico: além da proteção de bens jurídicos, o Direito Penal exerce a função de manutenção do *status quo* do sistema. É o instituto que deverá zelar pela identidade normativa e, por conseguinte, a Constituição e o ordenamento social. Ao aplicar a pena, o Estado estaria repudiando a contradição das normas realizadas pelos infratores, reafirmando, em último plano, as normas determinantes da identidade da sociedade.

Explicando o pensamento de Jakobs, Paulo Queiroz descreve que, para esta espécie de funcionalismo, “[...] a norma penal aparece aí como uma necessidade sistêmica de estabilização de expectativas sociais, cuja vigência é assegurada ante as frustrações que decorrem da violação das normas.” E, ainda segundo Paulo Queiroz, o marco teoria do funcionalismo sistêmico esta bem delineado, pois Jakobs se utiliza da “concepção luhmanniana do direito como instrumento de estabilização social, de orientação das ações e de institucionalização de expectativas.”²⁸

Este funcionalismo remete, entretanto, aos modelos retribucionistas da pena, que defendiam que a pena exercia um fim em si mesma. A sanção era um imperativo jurídico de resposta do Estado, como forma de restabelecimento da ordem jurídica. A retribuição pode ser entendida sob dois prismas: o jurídico, segundo o qual retribuição significa compensação de culpabilidade; e o religioso, onde retribuição é sinônimo de expiação. Neste entendimento, a Culpabilidade era o fundamento da punição. Hoje, já se entende que a Culpabilidade é, na verdade, limite ao poder punitivo do Estado. O Direito Penal é a imposição de um mal justo (pena) contra um mal injusto (crime).

Ocorre que, a função retributiva não pode ser a única atribuída às penas. É preciso fundamentar esta imposição por parte do Estado, justificando, com isso, a própria existência do Direito Penal enquanto ramo de proteção a bens.

Perceba-se, neste ponto, que se pretende adotar, ao longo deste trabalho, a função do Direito Penal como sendo efetivamente a de proteção a bens jurídicos, mas sem que se afastem as duras críticas tecidas a esta noção, sobretudo quando, por parte

²⁸ QUEIROZ, Paulo. **Funções do Direito Penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 40.

do Estado punitivo, se pretende uma deturpação desta noção. Assim, ao final deste trabalho, perceber-se-á que a discussão acerca do bem jurídico tutelado pela Lei de Lavagem poderá sofrer este processo de deturpação aqui apontado.

A partir desta concepção de que a missão do Direito Penal é a tutela de bens jurídicos, adiante, passar-se-á a tratar das funções da pena, adotando-se um posicionamento legitimador²⁹. Todas essas considerações serão válidas e necessárias para que se possa estudar mais detidamente a Lei de Lavagem de Capitais, uma das expressões do denominado Direito Penal Econômico, pois as críticas que serão posteriormente tecidas dependerão desses entendimentos prévios sobre quais as funções declaradas e não declaradas podem existir no combate a esse tipo de criminalidade.

2.2 DIREITO PENAL (DIS)FUNCIONAL - CRISE DA LEGITIMIDADE?

Pode-se dividir o estudo do Direito Penal, e, especificamente, o estudo das penas, em duas grandes correntes de pensamentos: há aqueles que buscam legitimar esta forma de repressão, atribuindo funções a esta tutela (ainda que haja ampla divergência quanto à função que exerce o Direito Penal) e existem as teorias deslegitimadoras – sobretudo as Minimalistas e Abolicionistas, que entendem que este ramo do Direito encontra-se extremamente desgastado e que não cumpre suas funções.

²⁹ George Sarmento, explicando as funções da pena a partir de uma orientação garantista de Luigi Ferrajoli, ensina que: “partindo da dupla finalidade da sanção penal – exemplar e disciplinatória –, Ferrajoli apresenta uma série de propostas relativas ao jus puniendi do Estado. Entre elas estão a redução das penas privativas de liberdade até sua total extinção; fixação do limite máximo de 10 anos para o regime de reclusão; instituição de penas alternativas como a prisão domiciliar, a limitação de fim de semana, a semi-liberdade, a liberdade vigiada etc. 17. Mesmo reconhecendo a grande importância desse debate para o direito penitenciário, optamos por desenvolver uma reflexão sobre outro aspecto do garantismo: os direitos fundamentais da pessoa privada de liberdade.” SARMENTO, George. **Dignidade da Pessoa Privada de Liberdade Proibição da tortura, tratamentos desumanos ou degradantes.** Disponível em <http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Dignidade-da-Pessoa-Privada-de-Liberdade2.pdf>. Acesso em 10 de janeiro de 2015.

Segundo Jorge de Figueiredo Dias, deslindar os fins da pena é um problema “tão velho quanto a própria história do direito penal”. Indica, o autor, que “a razão de um tal interesse e da sua persistência ao longo do tempo está em que, à sombra do problema dos fins das penas, é no fundo toda a teoria do direito penal que se discute”. Em particular, o que está em jogo e em discussão são questões fulcrais do Direito Penal: “legitimação, fundamentação, justificação e função da intervenção penal estatal.”³⁰

Percebe-se que o problema apontado acima, da confusão terminológica e prática existente entre Direito Penal e poder punitivo, muito se deve à tentativa de se legitimar o Direito Penal, pois legitimar este ramo é, em última análise, legitimar a própria imposição da pena.

Assim, quanto à legitimidade do Direito Penal – e da imposição da pena privativa de liberdade, pode-se apontar como grande embate as ideias retribucionistas, representadas pelas teorias absolutas, que entendem a pena enquanto fim em si mesma, para quem o fim último da sanção é retribuir o sujeito criminoso pelo mal causado com sua conduta; e as ideias de prevenção, representadas pelas teorias relativas, que enxergam na pena uma finalidade de evitar novos delitos.

Maria Lúcia Karam, afirma que “as teorias absolutas surgiram sustentando que a pena encontra sua justificação em si mesma, baseando-se na ideia de retribuição, do castigo, da compensação do mal, representado pela infração, com o mal, representado pelo sofrimento da pena”.³¹

Segundo a ideia retribucionista, a pena é a compensação ao mal praticado pelo agente – já tendo sido extremamente ligada à ideia de pecado (*punitur quia peccatum est*), porém hoje defendida como retribuição proporcional e limitada à culpabilidade do agente, surgindo após a prática do delito, como castigo ao delinqüente. Seus maiores expoentes são Platão (428 a.C.-348 a.C.), Santo Tomás

³⁰ DIAS, Jorge de Figueiredo. ob. cit. p. 89.

³¹ KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias**. Niterói, Rio de Janeiro: Luam, 1993, p. 173.

de Aquino (1225-1274), Immanuel Kant³² (1724-1804) e Georg W. Friedrich Hegel (1770-1831).

Hegel, como dito, foi um expoente e defensor da pena enquanto retribuição do mal causado pelo delinqüente. Paulo Queiroz traz em sua obra o modelo de raciocínio dialético hegeliano, que expressa a aplicação da tese, da antítese e da síntese: “o delito é uma violência contra o Direito, a pena uma violência que anula aquela primeira violência; é assim, a negação da negação do Direito representada pelo delito (segundo a regra, a negação da negação é sua afirmação). A pena é, pois, a restauração positiva do Direito.”³³

O modelo kantiano também se alinha ao pensamento da pena enquanto retribuição do mal causado pelo crime: para ele, a pena era vista como um imperativo categórico moral incondicional. A pena exercia um fim em si mesma, servindo para reparar o mal causado à vítima. Sua idéia de proporcionalidade aproximava-se da Lei do Talião (*talis*, que significa tal e qual): os imperativos da justiça guiariam a condição moral de reparar o mal causado com o crime.³⁴

Entretanto, não se pode pretender que a pena exerça como única função a realização da justiça. A pena não pode ser um fim em si mesma. Explicando as ideias retributivas, Bittencourt define que a pena aplicada seria forma de alcançar a justiça frente a um mal causado; era apenas um castigo que compensava o mal e retribuía, ao mesmo tempo, o seu autor. Porém, adverte que a pena não poder ser vista apenas como “consequência jurídico-penal do delito praticado”.³⁵

³² Segundo Kant, “A punição imposta por um tribunal (*poena forensis*) – distinta da punição natural (*poena naturalis*) na qual o vício pune a si mesmo e que o legislador não considera – jamais pode ser infligida meramente como um meio de promover algum outro bem a favor do próprio criminoso ou da sociedade civil. Precisa sempre ser a ele infligida somente por ele cometeu um crime, pois um ser humano nunca pode ser tratado apenas a título de meio para fins alheios ou ser colocado entre os objetos de direitos a coisas: sua personalidade inata o protege disso, ainda que possa ser condenado à perda de sua personalidade civil”, *apud* ROXIN, Claus; ARTZ, Gunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução Gercelia Batista de Oliveira Mendes. Coord e Supervisor Luiz Moreira – Belo Horizonte: Del Rey, 2007. P. 46.

³³ QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 21.

³⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: Parte Geral – 7a ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p. 263-264.

³⁵ BITTERN COURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993, p. 102.

Já as ideias relativas, que preconizam a prevenção, buscam uma nova finalidade para as penas: estas deixam de ser vistas apenas como um fim em si mesmas e passam a ter um conteúdo instrumental – são vistas como forma de prevenir a ocorrência e a reincidência dos delitos. Para as doutrinas relativas, há uma delimitação da prevenção: delimitam que esta pode ser dividida em prevenção geral, que é exercida sobre toda a sociedade (em tese) não delinqüente, e especial, destinada especialmente aos indivíduos que já cometeram alguma espécie de infração.

Segundo Claus Roxin³⁶, o maior porta-voz da teoria da prevenção especial foi Von Liszt (1851-1919) e, em sua concepção, a prevenção especial atua de três maneiras distintas: assegurando a comunidade frente aos delinquentes, mediante seu encarceramento; intimidando o autor do crime com a pena, evitando o cometimento de novos delitos; e preservando também a reincidência através de sua correção.

A prevenção especial, por sua vez, ainda poderá ser subdividida em positiva e negativa. A prevenção especial positiva determina que a finalidade última das sanções penais, bem em sua forma de penas propriamente ditas, bem nas medidas de segurança e reabilitação, deve ser a reinserção social ou a ressocialização do delinqüente³⁷; evitar-se-ia, assim, que o sujeito voltasse a delinquir.

Neste ponto, tem-se como crítica à função de prevenção especial positiva a falsa concepção de que o cárcere educaria o delinqüente, e até mesmo a falsa concepção de este delinqüente precisa de alguma forma de ressocialização. A noção de criminalidade econômica, por exemplo, que está relacionada com uma parcela da alta camada da sociedade, geralmente no âmbito de suas atividades empresariais. Perde-se um pouco da justificativa e da necessidade da ressocialização, pois, a própria sociedade enxerga neste delinqüente alguém com êxito social e econômico.

³⁶ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**, Tomo I, Fundamentos. La estructura de La Teoria Del Delito. Madrid, Espanha: Civitas, 1997. P. 86-87.

³⁷ CONDE, Francisco Muñoz. HASSEMER, Winfried. **Introducción a Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989. p. 133.

Já a prevenção especial ou individual negativa significaria a inocuização temporária do agente, que sofre a privação de liberdade³⁸ e deixa, durante este período, de operar efeitos deletérios sobre a sociedade. Válida, neste tocante, a advertência formulada por Bittencourt, demonstrando que este posicionamento de segregação do indivíduo delinquente é fruto de uma sociedade marcada por problemas sociais e econômicos, decorrentes das formas de produção. O Direito Penal é apenas mais um “subsistema de controle social, de maneira a proporcionar às classes dominantes a proteção de seus interesses.”³⁹

No que diz respeito à prevenção geral, esta ideia relativa vê na pena uma forma de influência sobre toda a comunidade, que, mediante as ameaças penais e ameaças sobre a possibilidade de execução da pena, deve ser instruída sobre as proibições contidas em lei e, portanto, afastadas de sua violação. “La prevención general se identifica tradicionalmente con la intimidación. La amenaza y la aplicación de la pena pueden infundir temor a los posibles delincuentes y moverseles a abstenerse de cometer el delito.”⁴⁰

Assim, para os adeptos da prevenção geral, não se deve atuar especialmente sobre o condenado, mas de forma geral, sobre toda a comunidade⁴¹. Deve-se, entretanto, ter o cuidado para que esta prevenção geral não acabe sendo apenas uma função

³⁸ Somente por ser digno de nota, é válido transcrever trecho da obra “Em Busca de las Penas Perdidas”, de Zaffaroni, no tocante aos efeitos deletérios do cárcere: “La prisión o “jaula” es una institución que se comporta como una verdadera máquina deteriorante: genera um patología cuya característica más saliente es la regresión, lo que no difícil de explicar. El preso o prisionero es llevado a condiciones de vida que nada tienen que ver con las del adulto; se le priva de todo lo que usualmente hace el adulto o debe hacerlo en condiciones y con limitaciones que el adulto no conoce (fumar, beber, mirar televisión, comunicarse telefónicamente, recibir o enviar correspondencia, mantener relaciones sexuales, vestirse, etc.). Por otra parte, se le lesiona la autoestima en todas las formas imaginables: pérdida de privacidad y de su propio espacio, sometimiento a requisas degradantes, etc. A ello se agregan las deficientes condiciones de casi todas las prisiones: superpoblación, alimentación paupérrima, falta de higiene y asistencia sanitaria, etc., sin contar con las discriminaciones en razón de la capacidad de pago de alojamientos y comodidades. El efecto de la prisión, al que se denomina prisionización, sin duda que es deteriorante y sumerge a la persona en una “cultura de jaula”, que nada tiene que ver con la de la vida de un adulto en libertad.” ZAFFARONI, Eugenio Raul. **En Busca de las Penas Perdidas**. Deslegitimación y Domática Jurídico-Penal. 2ª reimpressão. Buenos Aires: EDIAR, 1998. p. 139-140.

³⁹ BITTERN COURT, César Roberto. Ob. cit. p. 122.

⁴⁰ CERREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal: Parte General**. Motevideo -Buenos Aires: editorial IBdeF, 2008. p.13.

⁴¹ ROXIN, Claus. Ob. Cit. p. 89.

simbólica do Direito Penal, como pode ser observado na tipificação de certas condutas.

Mais uma vez, esta forma de prevenção pode ser dividida em prevenção geral positiva e negativa. Para Silva Sánchez, a prevenção geral negativa se constitui como “uma constante característica do fenômeno punitivo: os efeitos da intimidação”⁴² Atribui-se a Feuerbach a primeira formulação desta teoria, denominando-a como ‘teoria da coação psicológica’, e a fundamentando na apresentação, por parte do Direito Penal, de uma solução para o problema da criminalidade: “através da ameaça da pena anuncia à qual conduta do injusto pretende reagir, e através da execução da pena esclarece que ele avalia gravemente as suas ameaças”.⁴³

Já a prevenção geral positiva – para parte da doutrina – tem forte cunho retributivo. É a demonstração para a coletividade dos efeitos deletérios da prática criminosa. Modernamente, já é possível falar em uma função de prevenção geral positiva limitadora (e, não mais fundamentadora, como proposto por Jakobs): a ideia de prevenção estaria voltada para o Estado, como forma de impor limites às sanções. Trata-se, pois, de uma teoria eclética, que alia a necessidade de limitação do poder punitivo estatal e as ideias de prevenção especial, no sentido da ressocialização.⁴⁴

Ocorre que, mais do que discutir sobre as funções do Direito Penal, funções da pena, é preciso discutir sobre o atendimento ou não das “funções” que são atribuídas a este ramo, fazendo-se necessária uma (pequena) digressão ao próprio conceito de função. É que, “malgrado a sua formalização em dispositivos reguladores da conduta humana, [o direito] deve trazer em si a sua justificação valorativa.”⁴⁵

⁴²SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. p.212.

⁴³ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª Ed. Alemã, rev. e ampl. Por Pablo Robrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 403.

⁴⁴ Nesse sentido: HASSEMER, Winfried. Ob. cit. *passim*. e MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases Del Derecho Penal**. 2ª edição. Buenos Aires: editorial IBdeF, 2007.

⁴⁵ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.) **Justa Causa Penal Constitucional**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. p. 32

Norberto Bobbio indica que o questionamento esteve em torno da compreensão estruturalista ou funcionalista do Direito⁴⁶. Indica, neste ponto, as idéias de Kelsen, para quem a função social do Direito não era o fator primordial, mas sim o entendimento do Direito enquanto “técnica de organização social”, enquanto ordenamento e sistema dinâmico, que não “precisava do objetivo para sua definição.”⁴⁷

Günther Jakobs⁴⁸ revive um pouco deste pensamento, especialmente revisitando a Sociologia Jurídica de Niklas Luhmann, definindo que a construção da sociedade se dá por meio de normas. Para Jakobs, são as normas que têm o poder configurador de uma sociedade. Igualmente, não há condições empíricas de subjetividade sem uma sociedade em funcionamento, sendo esta subjetividade não só um pressuposto, mas também uma consequência da sociabilidade.

Segundo Ricardo Maurício Freire Soares, “Niklas Luhmann examina o problema da justiça como elemento do sistema jurídico autopoiético, retirando-lhe o significado ético para emprestar-lhe a função de unidade operacional do sistema”. E, complementa que a ideia de legitimidade das normas se justifica por suas próprias regras internas, sendo uma “ilusão funcionalmente necessária, que não pode ser revelada, sob pena de abalar-se a própria crença no sistema jurídico.”⁴⁹

Logicamente, a teoria do Direito deve ser entendida enquanto ordenamento, ou seja, conjunto ordenado de normas, porém, não se pode presumir uma irrelevância da função que este ordenamento exerce, desconsiderando-a, quando se fala em conceito de Direito. Bobbio⁵⁰ indica que quatro verdades devem ser consideradas no tocante ao problema da função: “a) que o direito tem uma ou mais funções; b) que tem uma função positiva (uma eu-função [eu-funzione]); c) qual ou quais funções tem; d) como as exerce”.

⁴⁶ BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito**. trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 83.

⁴⁷ Idem. Ibidem. p. 86.

⁴⁸ JAKOBS, Günther. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional**. trad. Manuel Cândia Meliá y B. Lima: Trés Editores, 2000. p. 24 e 28.

⁴⁹ SOARES, Ricardo Maurício Freire. Ob. cit. p. 49.

⁵⁰ BOBBIO, Norberto. Ob. cit. p. 88.

Sobre a primeira temática, da função (ou funções) do Direito, ensina Bobbio, fazendo uma analogia do ordenamento jurídico com a Medicina, explicando que, enquanto o ramo médico tem procurado cada vez mais trabalhar com as idéias de prevenção, o sistema jurídico trabalha exclusivamente com a repressão: “repressão aos comportamentos desviantes (direito penal) e a resolução dos conflitos de interesses (direito civil)”. Assim como uma sociedade em que a ciência médica haja logrado erradicar as causas das doenças será uma sociedade sem hospitais, caso as ciências sociais (da psicologia à pedagogia) conseguissem remover as causas dos conflitos, haveria uma sociedade sem prisões.⁵¹

Quanto à função positiva do Direito, Bobbio entende ser impossível conceber que uma instituição tenha uma função e esta função seja negativa. Função negativa, não significa disfunção, ou mau funcionamento, mas a adoção de um sistema funcionalista impede a existência de funções negativas (sobre este tema, nas linhas seguintes haverá duras críticas a esta concepção). O Direito então exerce uma função positiva primária, já que é um instrumento de conservação por excelência, seu fim último é evitar a desagregação do sistema.

Segundo Bobbio⁵², pode-se afirmar que o Direito ainda exerce a função distributiva, sendo este ramo o responsável pela distribuição das possibilidades para a modificação de um ordenamento existente, apto a influenciar algumas decisões governamentais. A partir desta influência, pode-se afirmar que o Direito exerce pressão sobre a distribuição dos bens de consumo, dos impostos, das possibilidades de emprego, de educação. É que, em qualquer grupo social, o sistema normativo que o regre não tem apenas a função de prevenção e repressão dos comportamentos desviantes, mas também tem a função de repartir dos recursos disponíveis.

Em suma, no sentido de se atribuir funções ao Direito, pode-se dizer que estas seriam as de regulação, de controle, de regulação estrutural (a eu-função, função positiva) e de repartição de recursos.

⁵¹ Idem. Ibidem. p. 90.

⁵² BOBBIO, Norberto. Ob. cit. p. 95.

Em tese, e partindo-se o garantismo de Ferrajoli⁵³, o Direito deve assegurar prioritariamente os direitos substantivos e deve resguardar os direitos fundamentais da pessoa humana, sem, contudo, deixar de atender às finalidades estatais. “Com efeito, a teoria do garantismo penal preconiza um sistema político jurídico destinado a assegurar a máxima correspondência entre a normatividade e a efetividade na proteção aos direitos fundamentais [...]”⁵⁴

Com relação ao Direito Penal e suas atribuições (em tese) garantistas, Bobbio tece duras críticas ao sistema estabelecido e às próprias funções que exerce (ou deveria exercer) o sistema punitivo. Primeiramente, explica o autor que não se pode confundir uma disfunção com o desempenho de uma função negativa: disfunção seria a má execução de uma função; enquanto função negativa é a obtenção de uma função contrária àquela esperada pelo sistema.⁵⁵

Neste ponto, esclarece o autor que o sistema penal enquanto ligado à punição através do cárcere, mais do que uma disfunção, exerce uma função negativa. Função negativa no sentido que o objetivo que se busca com a pena, a reintegração social (ressocialização) é exatamente o contrário do que ocorre na prática: “o cárcere como escola do crime”⁵⁶ É o que se coloca nas linhas subsequentes, como função negativa da pena, ou agnóstica, defendida por Eugênio Raul Zaffaroni.

Michel Foucault⁵⁷ ensina, no sentido de se humanizar a pena, que, mesmo para o “pior dos assassinos, uma coisa pelo menos deve ser respeitada quando punimos: sua ‘humanidade’”. Neste mesmo viés, Loïc Wacquant denominará esta nova concepção de penas e criminalidade como “penalidade neoliberal”, indicando a difusão do modelo norte-americano de punição às classes menos favorecidas:

A penalidade neoliberal apresenta o seguinte paradoxo: pretende remediar com um ‘mais Estado’ policial e penitenciário o ‘menos Estado’ econômico e social que é a

⁵³ FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Estevam Xavier Tavares, Luiz Flávio Gomes (trad.). 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

⁵⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.) **Justa Causa Penal Constitucional**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. p. 35.

⁵⁵ BOBBIO, Norberto. Ob. cit. p. 93.

⁵⁶ Idem. Ibidem. p. 93.

⁵⁷ FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramalheite. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 63.

própria causa da escalada generalizada da insegurança objetiva e subjetiva em todos os países, tanto do Primeiro como do Segundo mundo. Ela reafirma a onipotência do Leviatã no domínio restrito da manutenção da ordem pública – simbolizada pela luta contra a delinquência de rua – no momento em que este se afirma e verifica-se incapaz de conter a decomposição do trabalho assalariado e de refrear a hipermobilidade do capital, as quais, capturando-a como tenazes, desestabilizam a sociedade inteira.⁵⁸

Desta forma, consegue-se perceber a disfunção do Direito Penal ou até mesmo o exercício de sua função negativa. A pena, símbolo máximo do Direito Penal, não consegue atingir sua finalidade precípua, e, pior, acaba por agravar a situação do agente criminoso, tornando-o pessoa completamente afastada do seio social. A corrente criminológica da Reação Social, através da noção de etiquetamento, irá demonstrar exatamente este problema da disfunção do Direito Penal.

O Direito Penal Econômico, de sua feita, traz consigo todos os defeitos do Direito Penal comum. O fato de ser direcionado a pessoas da alta classe social não os exclui. Engana-se quem acredita que o caráter de seletividade⁵⁹ e simbolismo do Direito Penal desaparece com a incriminação dos poderosos. Ao revés: como será

⁵⁸ WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.7.

⁵⁹ Sobre a seletividade, esta atuação do Direito Penal sobre parcela certa e determinada da sociedade, sobre uma clientela previamente designada, adverte com total propriedade Amilton Bueno de Carvalho: “Dirão alguns que a lei penal tipifica aqueles comportamentos que ofendem mais à moralidade média. Será verdade? Vejamos o que nos causa maior desagrado: a ofensa à honra (injúria), a ofensa ao corpo (lesão leve), ou a ofensa ao patrimônio (uma pessoa com grave ameaça que subtraia um relógio- roubo)? Evidente que a ordem de desagrado é em primeiro lugar a honra, após o corpo e depois o patrimônio. Quais as penas? Detenção de uma a seis meses ou multa (art. 140 do CP); detenção de três meses a um ano (art. 129); reclusão de quatro a dez anos (art. 157), respectivamente. Surge uma questão básica: quem pratica o roubo, ou seja, a subtração de coisa móvel mediante grave ameaça? Evidente que é o pobre. Os outros dois delitos os não-pobres praticam, o de roubo não! Para quem foi feito o dispositivo legal com tamanha pena?”

Outro exemplo é mais chocante: imaginemos o mesmo delito de roubo (mediante grave ameaça subtraiam um relógio) em confronto com o delito de esbulho possessório (mediante grave ameaça invadam um imóvel – art. 161 do CP). Os crimes são praticamente idênticos, só diferem que num o objeto é móvel, noutro é imóvel. Como valoramos mais o imóvel, este deveria ser melhor protegido. Mas não é. A pena daquele é de quatro a dez anos, e este é de uma a seis meses. Pergunta-se: quem comete roubo de relógio? Algum latifundiário? Ora, a subtração de móvel é crime do pobre, o esbulho possessório é do rico. Logo, as penas são diferentes, absurdamente diferentes. Todavia, como atualmente o povo (= pobre) está invadindo terras, aparecem democratas preocupados com a segurança do país e propõem a elevação das penas do esbulho, o que por certo logo virá; O pobre que não trabalha é contraventor, pois não coloca no mercado de trabalho a sua força para ser explorada (art. 59 da LCP). E o rico?” CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. p. 27-28.

possível observar, as leis penais e processuais penais voltadas aos crimes de colarinho branco são repletas de defeitos, incongruências, inconstitucionalidades e brechas, exatamente na medida da manutenção do *status quo*.

É a expressão máxima do que Alessandro Baratta⁶⁰ passou a designar “disfuncionalidade funcional” do Direito Penal. Entende este autor – e é notável o diagnóstico por ele indicado – que o fato de o Direito Penal não funcionar como esperado pela sociedade, é exatamente o propósito deste ramo: é que o Direito Penal funciona bem, na exata medida em que funciona mal.

O Direito Penal Econômico, sobretudo. É que a parcela supostamente atingida por esta ordem de tipos penais é a mais elevada - social e economicamente - e seleta possível. Desta forma, todos os defeitos dos tipos penais são amplamente utilizados em seu favor. É dizer, é possível que sejam levados a julgamento – parcela inócua, é verdade, porém uma condenação é fator incerto e improvável. Apenas aqueles que, de alguma forma, esteja vulneráveis ao sistema penal, conforme se verá adiante, serão por ele selecionados.

Loïc Wacquant, fazendo um diagnóstico a partir dos sujeitos que se encontram no sistema prisional, ou seja, aqueles (poucos) que efetivamente foram atingidos pelo Direito Penal, traça um paralelo entre a exclusão e punição, que recai sobre a miséria, os pobres:

É suficiente, para discernir as funções desempenhadas pela extensão desmesurada do aparelho carcerário americano no mesmo momento em que a criminalidade recua, desenhar em linhas gerais, o perfil sociológico da ‘clientela’ que ele recebe em seu ponto de entrada. Ele evidencia imediatamente que o meio milhão de reclusos que abarrotam as quase 3.300 casas de detenção do país – e os 10 milhões que passam por seus portões a cada ano – são recrutados prioritariamente nos setores mais deserdados da classe operária, e notadamente entre as famílias do subproletariado de cor nas cidades profundamente abaladas pela transformação conjunta do salariado e da proteção social. E mostra, portanto, que reelaborando sua missão histórica, o encarceramento serve bem antes à regulação da miséria

⁶⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

quicá à sua perpetuação, e ao armazenamento dos refugos do mercado.⁶¹

Pretende-se, a partir destas preliminares conclusões, tratar de temas que demonstrem esta (des) legitimidade do Direito Penal e questionar a sua necessidade na tutela de interesses econômicos, a partir de uma ideia crítica do conceito de função, deste conceito, aplicado ao Direito Penal, dos principais movimentos criminológicos que (podem) afetar esta espécie de criminalidade. E, por fim, buscar uma explicação para o expansionismo do Direito Penal.

Além disso, é preciso estudar o criminoso: quem é o criminoso comum, quem é o denominado criminoso de colarinho branco? Como eles se diferenciam? – se é que se diferenciam; como separar os criminosos conhecidos pelas estatísticas e os desconhecidos? Há diferença ôntica entre eles? Qual o interesse (político) de se incriminarem tantas condutas na nova criminalidade econômica?

A partir desses questionamentos, poder-se-á demonstrar a existência de uma parcela da população vulnerável ao Direito Penal, e esta vulnerabilidade ocorrerá pelos mais variados motivos, a saber.

2.2.1 As funções não declaradas: função ético-social; função simbólica; função de psicologia social

Além das funções acima expostas, perseguidas – ao menos em tese, no âmbito do dever-ser – pelo Direito Penal, este ramo exerce outras funções, não declaradas, que antes de o legitimarem, o deslegitimam, produzindo efeitos negativos na sociedade. Sobretudo por se reconhecer que o ramo que deveria ser a última instância de controle do sistema, se rende a outras funções escusas.

A primeira função não expressa é a função ético-social, também denominada função configuradora dos costumes. Para esta função, é papel do Direito Penal, através dos

⁶¹ WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

processos de penalização e despenalização, incutir nos indivíduos valores éticos fundamentais. Esta função reside numa prática antiga de localizar o Direito Penal num âmbito de “mínimo ético”, integrado pelas convicções mais aceites pela comunidade.⁶²

Hans Welzel sustenta esta função configuradora dos costumes do Direito Penal, sem, entretanto, negar a função de proteção de bens jurídicos, mas atribuindo uma característica subsidiária face à função ético-social. A proteção de bens jurídicos efetivamente se dá, para o autor, através e por meio da tutela de valores elementares ético-sociais da ação. O fundamento de tal posicionamento reside na conexão entre Direito Penal e valores elementares da ética social. Ainda, Welzel considera que a função ético-social é muito mais eficaz (no campo político criminal) do que a clássica função de proteção de bens jurídicos, enquanto meio de defesa da sociedade e luta contra o delito.⁶³

Questão relevante é saber, entretanto, se o Direito Penal é ramo legítimo para determinar, além de um comportamento externo do agente conforme a norma, uma consciência interna, “produzindo os fenômenos de adesão e fidelidade”.⁶⁴

Hassemer e Muñoz Conde indicam que o Direito Penal, ao empregar seus instrumentos de controle, realiza uma função “pedagógico-social”: reforça valores ético-sociais, o que é exatamente a função de prevenção geral positiva.⁶⁵

Em que pese não se entender pela legitimidade do Direito Penal a cumprir esta função de educar a sociedade, é cada vez mais comum que a legislação penal traga dispositivos que, mais do que proteger o bem jurídico, estão ocupadas em cumprir uma função formadora e pedagógica. No Brasil, tem-se os exemplos da Lei 11.340/06, a consagrada Lei Maria da Penha, que informa à sociedade, em preceito não sancionador, o que se entende por violência contra a mulher⁶⁶; Lei 10.741/03,

⁶² SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Ob. cit. p. 452.

⁶³ WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956. p.5.

⁶⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Ob. cit. p. 453.

⁶⁵ CONDE, Francisco Muñoz. HASSEMER, Winfried. **Introducción a Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989. p. 121.

⁶⁶ Art. 7º São formas de violência doméstica e familiar contra a mulher, entre outras:

I - a violência física, entendida como qualquer conduta que ofenda sua integridade ou saúde corporal;

Estatuto do Idoso, que traz determinações de obrigações familiares e do poder público perante os idosos⁶⁷, dentre outros casos.

Especificamente em relação à lavagem, conforme se verá em capítulos subsequentes, o legislador chama à colaboração o particular, através de mecanismos de denúncias de operações suspeitas, num procedimento denominado *compliance*.

“O legislador ultrapassa aqui sua tradicional limitação aos bens socialmente consagrados como merecedores de tutela penal, para passar a desempenhar funções de promoção”.⁶⁸ O grave problema que se encontra nesta exacerbação de funções, é que, o processo de descriminalização de certas condutas pode vir a afetar a valoração ética sobre elas. Por exemplo, a descriminalização do uso de

II - a violência psicológica, entendida como qualquer conduta que lhe cause dano emocional e diminuição da auto-estima ou que lhe prejudique e perturbe o pleno desenvolvimento ou que vise degradar ou controlar suas ações, comportamentos, crenças e decisões, mediante ameaça, constrangimento, humilhação, manipulação, isolamento, vigilância constante, perseguição contumaz, insulto, chantagem, ridicularização, exploração e limitação do direito de ir e vir ou qualquer outro meio que lhe cause prejuízo à saúde psicológica e à autodeterminação;

III - a violência sexual, entendida como qualquer conduta que a constranja a presenciar, a manter ou a participar de relação sexual não desejada, mediante intimidação, ameaça, coação ou uso da força; que a induza a comercializar ou a utilizar, de qualquer modo, a sua sexualidade, que a impeça de usar qualquer método contraceptivo ou que a force ao matrimônio, à gravidez, ao aborto ou à prostituição, mediante coação, chantagem, suborno ou manipulação; ou que limite ou anule o exercício de seus direitos sexuais e reprodutivos;

IV - a violência patrimonial, entendida como qualquer conduta que configure retenção, subtração, destruição parcial ou total de seus objetos, instrumentos de trabalho, documentos pessoais, bens, valores e direitos ou recursos econômicos, incluindo os destinados a satisfazer suas necessidades;

V - a violência moral, entendida como qualquer conduta que configure calúnia, difamação ou injúria.

⁶⁷ Art. 3o É obrigação da família, da comunidade, da sociedade e do Poder Público assegurar ao idoso, com absoluta prioridade, a efetivação do direito à vida, à saúde, à alimentação, à educação, à cultura, ao esporte, ao lazer, ao trabalho, à cidadania, à liberdade, à dignidade, ao respeito e à convivência familiar e comunitária. Parágrafo único. A garantia de prioridade compreende:

I – atendimento preferencial imediato e individualizado junto aos órgãos públicos e privados prestadores de serviços à população;

II – preferência na formulação e na execução de políticas sociais públicas específicas;

III – destinação privilegiada de recursos públicos nas áreas relacionadas com a proteção ao idoso;

IV – viabilização de formas alternativas de participação, ocupação e convívio do idoso com as demais gerações;

V – priorização do atendimento do idoso por sua própria família, em detrimento do atendimento asilar, exceto dos que não a possuam ou careçam de condições de manutenção da própria sobrevivência;

VI – capacitação e reciclagem dos recursos humanos nas áreas de geriatria e gerontologia e na prestação de serviços aos idosos;

VII – estabelecimento de mecanismos que favoreçam a divulgação de informações de caráter educativo sobre os aspectos biopsicossociais de envelhecimento;

VIII – garantia de acesso à rede de serviços de saúde e de assistência social locais.

IX – prioridade no recebimento da restituição do Imposto de Renda.

⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Ob. cit. p. 455-456.

drogas pode ser vista por grande parte da população como um estímulo ao seu consumo, visto que a valoração negativa exercida pela tipificação penal tenderia ao desaparecimento. A penalização ou despenalização de uma conduta não pode ser vista como o marco ético-valorativo para a sociedade. Este papel não é do Direito Penal.

Outra situação recorrente no Direito Penal e que jamais poderia ser pensada como uma de suas funções é a criação da denominada legislação-álibi, expressão que remonta a Harald Kindermann. Denomina-se desta maneira toda produção legislativa que surja não para confirmar valores de determinados grupos, mas sim para produzir a confiança da sociedade no sistema político e jurídico. O legislador procura “decarregar-se de pressões políticas ou apresentar o Estado como sensível às exigências e expectativas dos cidadãos.”⁶⁹

Silva Sánchez explica que toda a legislação, não só a penal, exerce um efeito simbólico, que seria uma função instrumental de influenciar, mediante mandados e proibições, e mediante aplicação real de suas consequências jurídicas no caso de infração a esses mandamentos, sobre o comportamento de seus destinatários. Este efeito instrumental poderia ser capaz de modificar a realidade, se a legislação não fosse utilizada com efeito “meramente” simbólico.⁷⁰

Especificamente no âmbito penal, sobre o pretense manto de “proteção a bens jurídicos”, não pode o Estado legitimar-se a tipificar condutas que não se coadunam com os princípios da necessidade e eficácia da sanção penal.⁷¹ Caso esta seja a posição adotada, o próprio instituto penal perderá força e legitimidade.

Como se há de perceber, portanto, esta é a atividade do legislador no momento da criação de certos tipos penais, sobretudo na área econômica. Por conta de uma necessidade imperiosa de se mostrar à sociedade que os criminosos da mais alta classe social também são alcançados pelo Direito Penal, os tipos penais são criados

⁶⁹ NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 37. p. 36-37.

⁷⁰ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Ob. cit. p. 458 - 459.

⁷¹ SICA, Leonardo. Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. **Revista do Instituto dos Advogados do Estado de São Paulo**, n. 2, p.105-116, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez., 1998. p. 1.

apressadamente, sem o rigor que esta tutela impõe, quebrando a ideia de segurança jurídica há tanto custo conquistada.

Marcelo Neves indica que a consequência desta espécie de lei é, não só, a perda da sua eficácia, mas a perda de sua “vigência social.” Uma norma sem esta vigência é o que se pode denominar de norma simbólica. Explica, com base em Luhmann, que o sistema jurídico tem as funções de regulação de condutas (ligação com a eficácia) e de asseguarção de expectativas (ligada à vigência).⁷² Como os anseios sociais não são atendidos de fato, somente de forma aparente, pode-se falar que esta espécie de legislação se apresenta meramente como um símbolo, uma ideia de tutela que não se consegue efetivar.

Os efeitos desta espécie de legislação na esfera penal é uma punição sem fins definidos, de curtíssimo alcance. Ensina Alessandro Baratta que “o déficit da tutela real de bens jurídicos é compensado pela criação, junto ao público, de uma ilusão de segurança e de um sentimento de confiança no ordenamento e nas instituições que tem uma base real cada vez mais fragilizada.”⁷³

Assim, como fruto da legislação-álibi, surge uma terceira função não declarada exercida pelo Direito Penal: a função de satisfazer as necessidades psicológicas da sociedade. Primeiramente, na mente dos políticos e dos eleitores esse pensamento pode ser traduzido da seguinte forma: na mente dos primeiros, a sensação de ter dado algum tipo de resposta, com a criação de novos tipos penais; nos segundos, a sensação de ter o problema controlado pelas instâncias estatais.⁷⁴

O Direito Penal, assim, atende a uma necessidade psicológica social de sanção. O problema reside em definir se esta função é realmente uma função legítima do Direito Penal. Esta disfunção está intimamente ligada à ideia de simbolismo do âmbito penal. Isso porque, o Direito Penal simbólico é um fenômeno que decorre do sentimento de urgência legislativa face aos problemas apresentado na sociedade. É

⁷² Idem. Ibidem. p. 51-52.

⁷³ BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. In: **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 5, Editora Revista dos Tribunais, 1994. p. 10.

⁷⁴ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Ob. cit. p. 459.

o legislador das emergências, o “ ‘legislador bombeiro’, o ‘legislador simbólico’, para não dizer estelionatário ou enganador.”⁷⁵.

Antônio Carlos Santoro Filho traz explicação sobre este conceito demonstrando que o Direito Penal simbólico, demonstrando ser fruto de “uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos”. Assim, os políticos passam a encobrir que estes problemas sociais e econômicos são, na verdade, evidentemente entre outros, “os principais fatores que desencadeiam o aumento, não tão desenfreado e incontrolável quanto alarmeiam, da criminalidade.”⁷⁶

O simbolismo do Direito Penal, esta tutela que, em verdade nada tutela, esta impressão de segurança reveste este ramo do ordenamento com um caráter emergencial, transformando-o em uma panacéia, levando a sociedade a crer que, com a edição de leis penais, haverá cometimento de menor número de crimes.

Explica Alessandro Baratta que o Estado se transmuda em verdadeiro “Estado de Segurança”, e explica que esse Estado é “aquele em el que la producción normativa y os mecanismos decisionales también tienden a reorganizarse permanentemente, como respuesta a una situación de emergencia estructural.”⁷⁷

Fauzi Hassan Choukr⁷⁸ traz estudo sobre o fenômeno da edição de leis penais em caráter emergencial e explica o conceito da tutela de emergência: “emergência vai significar aquilo que foge dos padrões tradicionais de tratamento pelo sistema repressivo, constituindo um subsistema de derrogação dos cânones culturais empregados na normalidade.”. E, continua demonstrando que a “criminologia contemporânea dá guarida a esse subsistema, colocando-o na escala mais elevada

⁷⁵ José Carlos de Oliveira Robaldo tece duras críticas a esta espécie de legislação, enfatizando a época das eleições como sendo o período de maior edição de leis com caráter meramente simbólico. Exatamente com o intuito de ludibriar o eleitor, com a função de atendimento à necessidade psicológica de uma sanção penal para determinado comportamento. (**Direito Penal Simbólico**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060525202914116. Acesso em: 10 de janeiro de 2015.

⁷⁶ SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. Leme: Led, 2000.

⁷⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminología y Sistema Penal** (compilación in memoriam). Montevideo-Buenos Aires: editorial IBdeF Ltda, 2004. p. 70.

⁷⁸ CHOURK, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 5.

de gravidade criminosa”, conseguindo, com isso, justificar a “adoção de mecanismos excepcionais a combatê-la, embora sempre defenda o modelo de estado democrático de direito como limite máximo da atividade legiferante nessa seara.”

Conforme se poderá observar, a legislação penal econômica está exatamente incluída neste processo de legislação simbólica e emergencial, com a aparência de legitimadora do sistema e com cunho nitidamente seletivo às avessas: punir (poucas) pessoas da camada social mais elevada legitima a punição das massas.

Por fim, para além dessas (dis)funções acima expostas, o Direito Penal ainda cumpre uma função criminógena: a intervenção penal e a estigmatização acabam por conduzir à marginalização do indivíduo. Esta observação poderá ser feita em análise de casos concretos, ou até mesmo através dos estudos do *labelling approach*, que será visto no próximo capítulo.

2.2.2 A teoria negativa ou agnóstica da pena – por uma tomada de posição

Segundo Zaffaroni, todas as teorias legitimadoras – que o autor denomina teorias positivas da pena – se fundam sob uma mesma linha argumentativa: atribuem à pena uma manifesta função; atribuem ao Direito Penal a interpretação das leis que predisõem uma coerção ajustada a esta função. Em seguida, fazem uma correlação entre as funções e as coerções, demonstrando que as agências jurídicas, através de interpretações, decidem a respeito de cada caso. Porém, escapa a este conceito toda coerção que não for correspondente a uma função punitiva e, como a coerção lícita é uma função positiva do Direito Penal, o Estado passa a ter o direito e até o dever de estender esse controle, conforme entenda necessário. “Esta função atribuída, que se traduz num pretense *jus puniendi*, é empregada para indicar às

agências políticas até onde podem elas lançar mão dos elementos do estado de polícia”.⁷⁹

Tobias Barreto já havia ensaiado, aqui no Brasil, o que se denomina teoria agnóstica ou negativa da pena. Para ele, o conceito de pena não era um conceito jurídico, mas um conceito político: “quem procurar o fundamento jurídico da pena deve procurar também, se é que já não o encontrou, o fundamento jurídico da guerra”.⁸⁰

É exatamente o que propõe Zaffaroni quando trata das funções negativas. Entende o autor que, se não são conhecidas todas as funções atribuídas à pena – acima, tratou-se das funções não declaradas, de forma breve – se se sabe que aquelas atribuídas pelo Direito Penal, mediante as teorias legitimadoras, são falsas ou ao menos “não generalizáveis”, “urge concluir-se que o adequado seria procurar um conceito de pena delimitador do universo do Direito Penal por um caminho diverso de suas funções”. Assim, para Zaffaroni, não resta outro caminho do que encontrar o conceito de pena a partir de dados ônticos.⁸¹

Incorporando esses dados da realidade, Zaffaroni constrói o conceito de que a pena “é uma coerção, que impõe uma privação de direitos ou uma dor, mas não repara nem restitui, nem tampouco detém as lesões em curso ou neutraliza perigos iminentes”. O conceito, então, é feito por exclusão: “a pena é um exercício de poder, que não tem função reparadora ou restitutiva e nem é coerção administrativa direta.” O conceito da pena é negativo, portanto, por esses dois motivos: não se consegue atribuir uma função positiva à pena e seu conceito é extraído por exclusão. Ainda, é agnóstico quanto à função da pena, “pois confessa não conhecê-la.”⁸²

Segundo explica Daniel Alejandro de Marco, a opção por incorporar dados da realidade em uma construção da dogmática penal é um grande feito na história do saber penal e coloca os operadores do direito na posição de cheque, pois devem assumir a realidade “para ejercer el limitado pero único poder real a su alcance, o

⁷⁹ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, 2011, p. 97.

⁸⁰ Idem, ibidem, p. 109.

⁸¹ Idem, ibidem, p. 99.

⁸² Idem, ibidem, p. 99.

mantenerse en la falsa creencia de que el derecho penal inventa el mundo, para permanecer al servicio de un poder al que son ajenos, con el paradójico efecto de que así van erosionando su propio poder.”⁸³

Como a pena é um exercício de poder, cabe aos juristas conter e limitar este poder, embora se reconheça que não se poderá eliminá-lo. Uma teoria do Direito Penal deve tentar limitar e reduzir o poder punitivo, e o fará através das agências jurídicas, conforme se verificará, num estudo mais pormenorizado acerca da criminalização primária e secundária e acerca das agências de controle, a seguir elaborado.

2.3 OS PRESSUPOSTOS DA SELETIVIDADE NO DIREITO PENAL

Há um discurso, mais ou menos uniforme na doutrina, de que o Direito Penal é seletivo. É verdade. Mas, mais importante do que chegar a esta constatação, relevante é identificar o processo que corrobora esta seletividade. É por isto que, neste tópico, serão estudados os processos de criminalização e como, através desses processos, a seletividade se perpetua.

Primeiramente, será estudado o processo de criminalização primária, que é o momento da feitura das leis. Como o legislador pode, através de um processo que é geral e abstrato, atuar de forma seletiva? Este ponto será abarcado tanto neste tópico, quanto mais adiante, em que se estudará a doutrina da Culpabilidade explicada por Zaffaroni. Em seguida, serão traçados aspectos relevantes da criminalização secundária, e como as agências de controle exercem a seletividade.

⁸³ MARCO, Daniel Alejandro de. **La Culpabilidad por la Vulnerabilidad. El Esfuerzo Personal por Alcanzar la Situación Concreta de Vulnerabilidad como Vinculo Entre el Sujeto y el Derecho Penal Para la Formulación del Reproche Jurídico: ¿Retribucionismo En la Teoria Agnostica De La Pena?**. Disponível em <http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual>. Acesso em 18 de dezembro de 2014.

2.3.1 Criminalização primária e secundária

No processo de elaboração e aplicação do Direito Penal, é selecionada uma parcela de pessoas que se submeterão a imposição de uma pena. Esta seleção penalizante será doravante denominada – segundo melhor doutrina – como criminalização e este processo é feito por um conjunto de agências, usado aqui o termo tal qual designado por Zaffaroni, no sentido de “entes ativos” (do latim, agere, fazer).⁸⁴

O processo de criminalização se divide em pelo menos duas etapas: criminalização primária e secundária. O processo de criminalização primária consiste na elaboração das leis penais, desenvolvido por agências que atuam no sentido formal, meramente programático de prever condutas incriminadas. São agências políticas que exercem este processo de criminalização (Legislativo e Executivo).

Este programa previsto pela criminalização primária deve ser posto em prática por outras agências, diferentes das que formulam as leis: entra em cena o processo de criminalização secundária, em que policiais, promotores, juízes, advogados, agentes penitenciários devem exercer a atividade punitiva sob uma pessoa concreta.

Assim sendo, o processo de criminalização secundária consiste nesta ação punitiva, configurando uma atuação que vai desde o momento em que o sujeito tido como criminoso é investigado pela polícia, denunciado pelo Ministério Público, julgado pelo juiz, até ser encarcerado na penitenciária.

Por óbvio, a atividade de criminalização primária é abstratamente realizada sob uma perspectiva que não pretende se concretizar de maneira total, ou seja: sempre haverá um número infinitamente maior de crimes que ocorrem na realidade do que aqueles que são efetivamente levados para as agências de controle. Gera-se, assim, a cifra oculta da criminalidade, tema este que deverá ser abordado em tópico autônomo.

Lola Aniyar de Castro também explica este duplo viés do processo de criminalização, demonstrando que existe uma esfera normativa, que é aquela

⁸⁴ Idem, ibidem. p. 43.

estritamente legal, marcada pela edição de leis penais – que pode ser – e muitas vezes o é – meramente simbólica; e uma esfera fática, real, porque “o delito não é o que está nos Códigos Penais, mas, sim, aquilo que efetivamente se persegue e se castiga”⁸⁵.

E, prossegue explicando que o processo de criminalização pode ser dividido em criminalização *de jure* (criminalização de condutas) e *de facto* (criminalização de indivíduos e de comportamentos desviados). Apenas as duas últimas (criminalização denominada *de facto*) podem ser consideradas como criminalização real.⁸⁶

A criminalização primária, conforme se verá, pode até trazer situações que favoreçam certos tipos de agentes, ou criminalizar certas condutas que sejam, *per si*, seletivas, mas, pelo processo de abstração das normas, não é comum que isso ocorra, pois não se sabe exatamente quem se irá atingir. Especificamente em relação à Lavagem de Dinheiro, alguns pontos da criminalização primária serão questionados, como, por exemplo, a seleção do bem jurídico.

Exatamente por conta da grande quantidade de condutas penais tipificadas em lei – que não poderão ser totalmente realizáveis na prática – que a criminalização secundária (ou de fato) é a espécie de criminalização notadamente marcada por questões de orientação seletiva.

As agências operativas desta segunda espécie de criminalização não conseguiriam aplicar, em situações concretas, todas as leis penais existentes e, por isso, não só selecionam o criminalizado, como também selecionam a vítima a ser protegida.⁸⁷ A questão é de seletividade ou de inatividade, por incapacidade operacional de atuar sob todas as condutas abstratamente tipificadas e que se realizam na prática.

Porém, Lola Aniyar de Castro não exclui a seletividade no processo de formação das leis, indicando que, no âmbito legislativo, em que se atua de modo presumivelmente técnico e racional, não se pode definir concreta e corretamente quais os critérios

⁸⁵ ANIYAR DE CASTRO, Lola. Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo, *In: Revista de direito penal e criminologia*. vol. 1 nº 1. Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1971. Em Capítulo Criminológico, p. 69 e seguintes.

⁸⁶ Idem. *Ibidem*.

⁸⁷ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. *Ibidem*. p. 44

científicos orientadores para a tipificação e cominação de sanções penais a determinadas condutas. Também neste processo há, notadamente, traços de seletividade.⁸⁸

O legislador não assume com a seriedade necessária e exigível a tarefa de tipificar condutas, olvidando-se das funções e fins do Direito Penal (para os que defendem, como visto acima, as teorias legitimadoras), passando a criminalizar (primariamente) condutas somente para ceder a pressões públicas. A tipificação não se preocupa com a capacidade real de persecução e de aplicação de medidas previstas em lei, passando a ser a via mais célere de “solução de conflitos”.⁸⁹

O legislador tem, ainda, a tarefa (ou o poder) de elaborar normas jurídicas que definem o próprio Estado, e suas instituições de controle. Isso possibilita “o controle dos vários grupos sociais e seus componentes em todas as dimensões que interessem ao aparelho do Estado, como tradutor do *modus essendi* do grupo ou grupos no poder”.⁹⁰

Mas, pergunta-se: qual seria o critério para a seleção? Quem seria a população criminalizada? E, quem influencia neste processo de criminalização? As primeiras perguntas, acerca do sujeito criminalizado e critérios de seleção, terão suas respostas ao longo dos capítulos presente e seguintes.

Já em relação ao processo de influência na seleção da criminalização secundária, diversos são os fatores que contribuem para que apenas certa camada da sociedade seja atingida pelo Direito Penal. Além disso, no próprio processo de elaboração dos tipos penais, há uma seletividade intrínseca, escamoteada, deixando sempre questionamentos acerca de qual será a aplicabilidade prática de determinados tipos penais.

Veja-se, como explicitado acima, que até mesmo no processo de seleção de bens jurídicos que serão tutelados pelo Direito Penal, há uma certa valoração. Deste este

⁸⁸ ANIYAR DE CASTRO, Lola. El proceso de criminalizacion, em **Capítulo Criminológico**, n° 1, 1973, p. 69 e seguintes.

⁸⁹ HULSMAN, Louk. Descriminalização, **Revista de Direito Penal** – Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Candido Mendes, em Capítulo Criminológico, n° 9/10, janeiro a junho de 1973. Tradução Yolanda Catão.

⁹⁰ AGUIAR, Roberto A.R. de. Ob. cit. p. 27.

momento inicial, em caso de haver uma deturpação da noção de bem jurídico, já se pode iniciar o processo de vulnerabilidade ou seletividade, odiosos no Direito Penal. Adiante veremos como o legislador, em alguns casos, trata com desigualdade a proteção de bens jurídicos, apontando uma nítida tendência ou preferência por certos tipos de criminalização. Vejamos, portanto, quais são estes fatores de criminalização.

2.3.2 Fatores de criminalização

As ciências penais nunca se ocuparam em criar critérios objetivos para que uma conduta seja tida como criminosa. Na ausência desses critérios – explícitos ou implícitos – e na impossibilidade de a sociedade avaliar se esta escolha foi realmente feita de maneira racional, há uma tendência de se “aumentar o comportamento punível, sem que esta tendência possa ser justificada racionalmente”.⁹¹

Em verdade, alguns fatores jogam a favor de se estender o alcance do sistema penal e, tantos outros, impedem a sua retração. Sobre a oposição à redução do setor penal, pode-se indicar a capacidade restrita do legislativo em se adaptar às novas realidades sociais; hesitação dos juízes em realizar essas adaptações em suas sentenças, já que poderiam estes se utilizar, em suas decisões, de fatores de exculpação ou justificação de determinadas condutas; receio que a descriminalização aumente de maneira considerável a prática da conduta [plenamente aplicável ao caso brasileiro no uso de determinadas substâncias entorpecentes]; receio que a descriminalização abale a fé no sistema penal, uma vez que tal exclusão pode ser vista como “uma confissão que no passado este sistema teria sido usado sem justificação suficiente”.⁹²

⁹¹ HULSMAN, Louk. Descriminalização. Ob. Cit.p.13.

⁹² Idem, Ibidem.

Quanto aos fatores que terminam por estender a tutela penal há uma grande multiplicidade dos mesmos, podendo ser apontados os seguintes⁹³: primeiramente, não é feita uma avaliação realística dos “custos e benefícios” do sistema penal – o legislador e o juiz não possuem uma avaliação real das consequências sociais do sistema penal, e se baseiam muito mais em suposições do que na realidade social, no momento em que vai tipificar novas condutas ou condenar alguém ao cárcere.

Outro ponto que pode ser apontado é que a “criminalização permite adiar custos”. Isso porque, todas as novas medidas legislativas precisam indicar meios para financiá-las, restringindo, desta forma, a liberdade de ação do parlamento. Porém, esta exigência não se aplica ao ramo penal: quanto se tipifica nova conduta, não é necessário indicar quais os dispêndios que o Estado terá para tornar esta lei efetiva e aplicável na prática.⁹⁴

Para manter o foco na criminalidade da Lavagem de Dinheiro, com a tipificação dessas condutas, teve de ser criado o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, órgão consultivo vinculado ao Ministério da Fazenda, além de ampliar os métodos investigativos da Polícia e Ministério Público, a fim de que se acompanhe os avanços da criminalidade moderna.

Ainda, a existência de comportamentos que perturbam novos ordenamentos sociais também inflama a população a desejar novas tipificações. Silva Sánchez⁹⁵ indica, por exemplo, que o surgimento de crimes contra o meio ambiente é justificada pela passagem desse bem de tradicionalmente abundante, a um bem escasso na sociedade, atribuindo-se um valor diferenciado do que antigamente se assinalava.

Porém, é necessário verificar a real necessidade de criminalização dessas novas formas de ofensas, ou seja, é preciso verificar, nos dizeres de Silva Sánchez, se há uma expansão racional do Direito Penal.⁹⁶

⁹³ Idem, ibidem.

⁹⁴ Idem, ibidem.

⁹⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales.** 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2008.p. 11-12.

⁹⁶ Idem. Ibidem, p. 12.

Isso porque, com o surgimento dos “novos riscos”, a sociedade é influenciada e instigada a desejar mais tipos penais, mais Direito Penal; sente-se reconfortada com a adoção de novas condutas criminosas. Há um expansionismo da criminalização primária, como forma de “política criminal” de redução de crimes. Paralelo a isso, assiste-se a uma sociedade instada a desejar mais punições, penas mais severas, mais exposição de criminosos em veículos de comunicação. A criminalização secundária é vista como forma de aplacar os ânimos de uma sociedade insegura e vitimizada.

Assim, explica Hulsman⁹⁷, “a criminalização pode ser utilizada pelo legislador como solução aparente”. Como o legislador está diante de forte pressão pública – leia-se, pressão de certos grupos – para agir frente ao fenômeno novo que ora surge, e, como o legislador, em verdade, não dispõe de nenhum mecanismo eficaz de combate àquela nova situação, não sem um aumento de custos para o Estado, a condição de criminalizar uma conduta pode acalmar a opinião pública.

É o que se explicitou em tópico acima, como sendo umas das funções não declaradas do Direito Penal, qual seja, a função simbólica ou até a mesmo a função de acalmar os ânimos da sociedade, numa psicologia social em busca de sanções.

Por fim, diversas teorias criminológicas indicam um último – e extremamente forte e relevante – fator de criminalização de condutas: esta tipificação de condutas tidas como criminosas pode ser (e quase sempre o é) forma de dominação de certos grupos sobre outros. É forma de imposição de certo modo de vida de um grupo (os que criminalizam) sobre outro (aqueles sobre os quais recai a criminalização). Sobre o tema, Lola Aniyar de Castro explica que “o sistema penal é um instrumento do sistema de classes, assim como o são outras instituições que servem para neutralizar e submeter o conjunto de valores estabelecido (a família, a escola, a religião, os meios de comunicação, a literatura, a ciência).”⁹⁸

Seguindo esta concepção conflitiva, que será melhor abordada no tópico seguinte, pode-se perceber algumas características da sociedade, que acabam por influenciar

⁹⁷ HULSMAN, Louk. Descriminalização. Ob. Cit.

⁹⁸ ANIYAR DE CASTRO, Lola. El proceso de criminalizacion, em **Capítulo Criminológico**, n 1°, 1973, p. 69 e seguintes.

no processo de criminalização das condutas de maneira distinta. Isso porque, a sociedade está composta por diversos grupos sociais, com diferentes definições do “justo” e do “injusto”, do “bem” e do “mal”; essas diferentes definições refletem em interesses diversos e, segundo esta concepção, interesses diversos entram em situação de contínuo conflito. O conflito entre grupos sociais colocam em jogo, em verdade, um conflito por poder político, e este “conflicto representa siempre un desequilibrio de poder político entre quien lucha por mantenerlo y quien lucha por conquistarlo.” O interesse maior de quem detém o poder, portanto, é elaborar as leis, como forma de manutenção do *status quo*.⁹⁹

Assim, resta analisar quem são os agentes que influenciam neste processo de elaboração de leis. Mais adiante, estes fatores serão levados em conta novamente, como forma de averiguar qual parcela da população fica vulnerável à imposição das sanções penais.

2.3.3 Gestores da moral: agências de criminalização

O mal-estar político-social, a debilidade da autoridade do Estado¹⁰⁰, as altas cifras (aparentes) da criminalidade, a falta de uma política criminal adequada, o adiamento dos custos, e uma série de outros fatores já apontados levam a uma necessidade de criminalização de novas condutas.

Entretanto, é preciso averiguar quem estabelece esta necessidade e prioridades na tipificação de condutas e quais são aqueles que exercem influência – no sentido de

⁹⁹ PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Traducción de: Ignacio Muñagorn. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002. p. 138.

¹⁰⁰ Explicam RUSCHE, Georg e KIRCHHEIMER, Otto que “aunque no pueden existir dudas de que en un orden social en crisis la criminalidad tiende a aumentar y que, por el contrario, en situaciones de estabilidad político-social tiende a disminuir, la criminología prácticamente nunca se ha ocupado de problemas tales como la eficacia de los métodos destinados a suprimir o neutralizar a los oponentes políticos o sociales en una situación histórica concreta. La disciplina criminológica se ha circunscrito en forma predominante al análisis de los mecanismos formales de control social (tribunales, policía, etc.) bajo el supuesto de obediencia social a las regulaciones legales.” **Pena y Estructura Social**. Traducido por Emilio García Méndez. Bogotá: Temis, 1984. p. 239.

ver seus interesses tutelados – e quais são aqueles que são vulneráveis aos novos modelos de condutas incriminadas.

Apenas a um grupo seletivo de indivíduos caberá a decisão de selecionar bens jurídicos para elencá-los à categoria de bens jurídicos penais; já não se pode conceber a noção de bem jurídico como um dado ôntico e preexistente, que caberia ao legislador apenas reconhecer na sociedade – “a teoria do bem jurídico não pode nem quer disponibilizar um modelo atemporal e globalmente vinculante para decidir sobre a criminalização de condutas”.¹⁰¹ É assim, pois, que cabe ao legislador, orientando-se sempre pelo texto constitucional, eleger aqueles interesses mais relevantes para a convivência harmônica e pacífica da sociedade e, através de uma proteção subsidiária, tipificar condutas que consistam em violação a este interesse.

Mas, ainda assim, sem uma cientificidade necessária e sem critérios objetivos para averiguação de legitimidade da incriminação, apenas um grupo de pessoas poderá exercer este papel de seleção (ou reconhecimento no texto constitucional). Sobre o tema, Ana Lúcia Sabadell afirma que “estes grupos apresentam a proteção de seus interesses particulares como uma reação legítima de ‘toda a sociedade’ contra o ‘mal’ encarnado na figura do criminoso.” Prossegue a autora identificando que estes grupos possuem amplos poderes de definição dos comportamentos desviantes, “e conseguem, também, controlar a aplicação das normas jurídicas. Assim sendo, o direito penal protege os interesses dos mais fortes, que são apresentados, ideologicamente, como interesses gerais.”¹⁰²

Assim, para a concepção conflitiva, a lei representa não o interesse da maioria, mas os interesses de quem tenha o poder de produzi-la: o interesse maior é conservar ou aumentar o poder nas mãos daqueles que o detêm. Desta maneira é que, pode-se afirmar que a lei serve não só aos interesses de quem manda, mas também “al interés superior de conservar el poder para quien lo posee. Y el poder se conserva y

¹⁰¹ NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. *In Direito como Crítica da Pena*. Organizadores: Luís Greco e Antonio Martins. Madri-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 522.

¹⁰² SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 175.

se defienden los intereses de quien lo posee defendiendo como criminales o desviados aquellos comportamientos que entran en conflicto con estos intereses”.¹⁰³

Há grupos que estão nos pontos mais altos das relações, entendendo estas como níveis verticais. Assim, esses grupos detém o poder e passam a controlar outros, sobretudo porque possuem nas mãos o privilégio de legislar, de ditar normas para si e para os outros grupos que terão de aceitar essas normas, “ou porque elas guardam alguma compatibilidade com seus interesses”, ou porque os grupos subalternos “acreditam serem essas normas as melhores para a sociedade, ou ainda porque neles foi inculcada e internalizada a crença de que são incapazes de governar, ou por último simplesmente pela força”¹⁰⁴.

Ocorre que esta forma de seleção é apenas uma: realizada pela agência legislativa. Esta forma de seletividade se aplica sobre a criminalização primária – oportunidade de elaboração das leis. Porém, como já se viu que o processo de criminalização primária é demasiadamente extenso e que a capacidade operacional do sistema não consegue acompanhar eficazmente a aplicação da lei penal a todos os casos, há uma nova e enorme forma de seletividade, desta feita realizada no processo de criminalização secundária.

Zaffaroni identifica, assim, que a atividade de seleção na criminalização secundária se realiza pelas agências policiais, uma vez que as agências judiciais se limitam a resolver poucos casos, menos ainda do que aqueles que foram levados à polícia; e, muito menor ainda é o papel exercido pela agência penitenciária, última na cadeia da seletividade. “Na prática, a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualmente exercida.”¹⁰⁵

Há, assim, uma seleção policizante: esta seleção está relacionada à estrutura burocrática tentacular do Estado¹⁰⁶ e ao modo com esta está implicada no âmbito punitivo. Diz-se “policizante” não como uma referência em sentido estrito às

¹⁰³ PAVARINI, Massimo. Ob. Cit. p. 138.

¹⁰⁴ AGUIAR, Roberto A.R. de. Ob. cit. p. 23-24.

¹⁰⁵ ZAFFARONI et al., ob. cit. p. 51

¹⁰⁶ PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3º. ed. ver. atual. e amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal, 2003, p. 60

agências de controle policiais (polícia militar e civil), mas em sentido amplo, referenciando-se a todas as agências executivas no seu conjunto (policiais, judiciais e penitenciárias). Nesta estrutura de burocracia, coabita o Estado de Polícia e o Estado de Direito, mas a atuação policialesca não caminha segundo o seu critério exclusivo. Elas se valem das orientações estabelecidas pelo que o autor chama de “empresários morais” – agentes ideológicos que, através de uma atuação comunicativa, influenciam a opinião pública¹⁰⁷.

Especificamente em relação à Lei de lavagem, conforme se verá, há o COAF, já mencionado enquanto órgão consultivo, que recebe comunicações de operações suspeitas, e é responsável por realizar uma investigação preliminar, que aponta pela existência ou não de atividade criminosa. Percebe-se, assim, que esta é a linha de frente no combate à criminalidade, mas também é o órgão que mais poderá exercer esta seletividade.

As instancias institucionalizadas do sistema penal, portanto, geram seu próprio mecanismo de ‘retroalimentação’, “seleccionando y entrenando pacientemente a sus propios miembros, de una manera que, por lo general, también es deteriorante, particularmente en lo que hace a la identidad de las personas.” E, é importante assinalar, que a seleção de pessoas feitas pelas agências penitenciárias e policiais têm lugar dentro dos mesmos setores carentes a que vão pretencer tanto os criminalizados quanto os vitimizados. “De este modo, aumentan las contradicciones y antagonismos que el sistema penal introduce en esos sectores.”¹⁰⁸

Há, na sociedade, uma parcela da população que “precisa” ser selecionada, julgada, punida e aprisionada pelo sistema. São aqueles que Zaffaroni identifica como “vulneráveis” (periculosidade do poder punitivo em razão de *status*) é um fato que se traduz em certo grau de probabilidade, pois exercem pouca ou nenhuma influência nesses processos de criminalização e servem, ainda, para manutenção do sistema. É muito mais fácil, assim, selecionar pessoas que circulam pelos espaços públicos

¹⁰⁷ ZAFFARONI et al., ob. cit. p.44

¹⁰⁸ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina. in VARIOS AUTORES, **Criminología Crítica y Control Social I. El Poder Punitivo del Estado**, Argentina: Editorial Juris, 1993.

com o figurino social dos delinqüentes cometendo injustos de pequena ou média gravidade.

Este tema será abordado com a profundidade devida no Capítulo seguinte, como uma das vertentes criminológicas de estudo do criminoso e da sociedade que o circunda. Por ora, entretanto, necessário se estudar quem são esses empresários morais, que conseguem exercer influência nos processos de criminalização.

Zaffaroni aproveita-se desta expressão, “empresários morais”, cunhada por Bronislaw Malinowski¹⁰⁹, considerado um dos maiores expoentes da Antropologia criminal. Ao descrever as sociedades selvagens e forma de obediência aos costumes (sobretudo por ligações religiosas e morais), e ao separar os agentes da sociedade em estudo em grandes grupos: chefes, feiticeiros, agricultores (interior) e pescadores (litoral), Malinowski demonstra certo temor por parte de classes subalternas, que cumprem as normas, ainda que consuetudinárias.

Zaffaroni prossegue a explicação, “atualizando” o conceito de empresário moral, demonstrando que, na sociedade atual, este empresário é o gestor da comunicação. É aquele que tem acesso à massa da sociedade, podendo ser um jornalista, após uma audiência, comentando um crime, um político que busca admiradores, um grupo religioso buscando ganhar notoriedade em face de algum tema mais polêmico na sociedade, um chefe de polícia, buscando maior poder.¹¹⁰

Silva Sánchez¹¹¹ observa, ainda, uma mudança nesses “gestores da moral”, indicando que estes estavam, via de regra, em certas camadas da população, especificamente nos setores burgueses-conservadores: hoje, entretanto, este papel de influenciar no processo de criminalização adquire novos atores, como as associações ecológicas, feministas, os consumidores, vizinhos – contra algum tipo

¹⁰⁹ MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem**. Trad. Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003. Explica o autor que: “[...] a falta de cumprimento deixa um homem em posição intolerável e a tibieza em seu cumprimento cobre-o de opróbrio. O homem que persistentemente desobedece às regras da lei em seus tratos econômicos, logo se encontra fora da ordem econômica e social – e ele tem perfeita consciência disso.”p. 38.

¹¹⁰ ZAFFARONI et al., ob. cit. p. 45.

¹¹¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2008.p. 66-67.

de criminalidade, como o uso de drogas – pacifistas, associações antidiscriminatórias, etc.

E, aponta, que esta nova tendência acaba por gerar um expansionismo do Direito Penal, vez que há sempre interesses a serem tutelados, mesmo que estas tipificações não resultem adequadas, mesmo que traduzam uma legislação-álibe e até mesmo vulneradora de garantias fundamentais. Especificamente sobre o expansionismo do Direito Penal para o âmbito econômico, Silva Sánchez tece algumas críticas e questionamentos acerca da real aparição de novos riscos a serem tutelados ou da existência de um Direito Penal hipertrofiado, cujo expansionismo se mostra irracional.

Hulsmann¹¹² atribui à mídia uma parcela de influência sobre a seleção de determinados comportamentos, explicitando que os discursos simplistas reproduzidos por tais agências acabam por incutir na população um sentimento de que há uma separação entre delinquentes e não delinquentes, entre os bons e os maus:

As produções dramáticas tradicionais e parte da mídia tendem a perpetuar a ideia simples - e simplista - de que há os bons de um lado e os maus de outro. É certo que existe toda uma corrente cultural com um enfoque das pessoas e situações muito mais cheio de nuances. A arte, a literatura, o cinema contemporâneos esforçam-se por descobrir a complexidade dos seres, de suas relações, das experiências vividas, mostrando o irrealismo dos discursos em preto e branco.

No mesmo sentido, demonstrando a seletividade pela ótica da vitimização¹¹³, Zaffaroni¹¹⁴ indica haver uma seleção vitimizante, assumindo esta seleção dois níveis distintos: primária e a secundária. A seleção vitimizante primária diz respeito à

¹¹² HULSMANN, Louk. Celis, Jacqueline Beniat de. **Penas Perdidas. O sistema penal em questão.** tradução Maria Lúcia Karam. 1ª edição. Niterói-RJ: LUAM EDITORA LTDA, 1993.p. 56.

¹¹³ A Declaração da ONU sobre os princípios fundamentais de justiça para as vítimas de delitos e do abuso de poder de 1985, define como vítima: “pessoas que, individual ou coletivamente, sofreram dano, incluindo prejuízo físico ou mental, sofrimento emocional, perda econômica ou diminuição substancial de seus direitos fundamentais, como consequência de ações ou omissões que violem a legislação penal vigente nos Estados-membros, incluída a que condena o abuso de poder. Poderá considerar vítima uma pessoa, de acordo com a presente declaração, independentemente de que se identifique, apreenda, processe ou condene o perpetrador e independentemente da relação familiar entre perpetrador e vítima.” In BERISTAIN, Antonio. **Nova Criminologia à luz do direito penal e da vitimologia.** Brasília: Editora Universidade de Brasília, 2000. P. 127.

¹¹⁴ ZAFFARONI et al., ob. cit. p. 53.

eleição de certo recorte do conflito, no que ele demonina de “renormatização” – os mesmos crimes que já estavam no Código Penal, aparecem sob a alcunha de crimes hediondos, crimes da Lei Maria da Penha, crimes do Estatuto do Idoso, com o intuito de dar um tratamento mais severo às condutas já antes tipificadas como lesões, homicídios, crimes contra o patrimônio, mas sem uma solução aparente do problema da criminalidade.

Já a seleção vitimizante secundária consiste no processo de vitimização concreta, diante do caso. Prossegue o autor explicando que a vítima também se encontra em situação de vulnerabilidade, sendo as classes subalternas as mais vulneráveis, tanto do ponto de vista de serem enquadrados como autores do delito, quanto de serem vítimas de certos delitos. Indica que, em alguns casos extremos, certas áreas urbanas mais pobres¹¹⁵ são completamente carentes da atuação policial, e, nesses casos, agentes privados promovem certa aterrorização dos habitantes – exemplo, os grupos de extermínio, financiados por comerciantes da localidade.

Em relação a estes bairros periféricos, denominados guetos, Wacquant explica que a população aí residente sofre dois processos de mutação urbana e racial: o primeiro processo é o de descivilização, já que são núcleos segregados e que apresentam forte recuo do Estado em seus vários componentes e há uma consequente desintegração do espaço público; o segundo processo é a demonização do subproletariado (urbano e negro) no debate público, com extensos discursos sobre o que se denomina hoje como *underclass*.¹¹⁶

Para Zaffaroni¹¹⁷, as classes menos favorecidas – por todos os fatores acima apontados – são mais vitimizadas e, por este motivo, acabam apoiando as propostas de controle social mais autoritárias e irracionais. “Não é de se estranhar o grande número de adeptos da pena de morte que se encontram nesse segmentos sociais, o

¹¹⁵ Wacquant explicita que “um recente estudo epidemiológico conduzido pelo Centro de Doenças de Atlanta mostra que o homicídio se tornou a principal causa de mortalidade masculina entre a população negra. Da maré montante de estatísticas macabras publicadas sobre o tema em anos recentes, é possível lembrar que hoje os homens jovens do Harlem correm mais risco de sofrer uma morte violenta, simplesmente porque moram ali, do que correriam se estivessem no front no auge da Guerra do Vietnã.” WACQUANT, Loïc. **As Duas faces do Gueto**. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008. p. 36-37.

¹¹⁶ WACQUANT, Loïc. Ob. Cit.p. 33.

¹¹⁷ ZAFFARONI et al., ob. cit. p. 55.

que não se vincula nem à menor escolaridade nem a qualquer outra razão preconceituosa, mas à vivência cotidiana da vitimização”. E, conclui, que os operadores das agências do sistema penal acabam por influenciar nesse processo de reivindicação por medidas mais drásticas, incutindo, muitas vezes, o conceito do medo na população.

Segundo Zygmunt Bauman¹¹⁸, o medo é um sentimento inerente a todo ser vivo, gerando uma gama de reações quando apresentado imediatamente. O homem, contudo, conhece o medo em uma dimensão diferente, naquilo que o autor chama de medo de segundo grau, que é um medo em abstrato, no qual o indivíduo se enxerga constantemente em perigo, ainda que nada lhe ameace. É com base nesse medo que os empresários morais influenciam as agências de controle, e planejam sua atuação, de forma a trabalhar os aspectos mais vulneráveis da sociedade.

Neste tocante, explica Jock Young que “os meios de comunicação de massa desempenham um papel central na demonização: eles perseguem o desviante muito à frente da polícia, acusando-a frequentemente de lidar inadequadamente com o caso. O sistema de justiça criminal fica assim na defensiva, em vez de estar num papel empreendedor”.¹¹⁹

Dessa forma, percebe-se que as consequências de uma desigualdade de acesso à comunicação e/ou ao debate político, sobretudo na seleção de bens jurídicos a serem tutelados, nada mais são que condições de entrada no circuito punitivo, não a sua causa. A seletividade do poder punitivo “é estrutural e, por conseguinte, não há sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária em razão da vulnerabilidade do candidato”.¹²⁰

¹¹⁸ Sobre o medo de segundo grau, explica Baumann ser este “[...] uma espécie de medo de ‘segundo grau’, um medo, por assim dizer, social e culturalmente reciclado, ou (como chama Hughes Lagrange em seu fundamental estudo do medo) um ‘medo derivado’ que orienta seu comportamento (tendo primeiramente reformado sua percepção do mundo e as expectativas que guiam suas escolhas comportamentais) quer haja ou não uma ameaça imediatamente presente. O medo secundário pode ser visto como um rastro de uma experiência passada de enfrentamento da ameaça direta – um resquício que sobrevive ao encontro e se torna um fator importante na modelagem da conduta humana mesmo que não haja mais uma ameaça direta à vida ou integridade”. BAUMANN, Zygmund. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008. p. 9.

¹¹⁹ YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente**. Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Renavan, 2002. p. 182.

¹²⁰ ZAFFARONI et al., ob. cit. p. 50.

O processo de criminalização primária restou tão amplo, que o “funcionamento atual do sistema penal é, em grande parte, não controlado e incontrolável”¹²¹, gerando uma imensa gama de delitos que jamais chegarão às estatísticas oficiais. Este número de infrações que se “perde”, é o que se denomina cifra oculta.

2.4 AS CIFRAS OCULTAS (E DOURADAS) DA CRIMINALIDADE

Sabe-se que, pela quantidade de crimes praticados, nem todos eles chegarão ao conhecimento da polícia; nem todos eles, ainda, serão investigados pela polícia judiciária; ainda, nem todos aqueles Inquéritos Policiais relatados serão denunciados pelo Ministério Público; e mais, nem todas as denúncias chegarão à sentença penal condenatória transitada em julgado; nem todas as condenações serão executadas.

Existe o que Lola Anyiar de Castro denomina de “criminalidade legal”, no sentido de número de crimes conhecidos oficialmente; “criminalidade aparente”, que são os crimes que chegam ao conhecimento das autoridades, mas não são computados nas estatísticas, por exemplo, porque ainda não foram definitivamente sentenciados; e a “criminalidade real”, aquela efetivamente cometida em determinado período histórico.¹²²

Estes crimes que se “perdem” formam o que se denomina de cifra negra¹²³ ou *numerus obscurus* da criminalidade. Nesse sentido, o termo cifra negra (zona obscura, *dark number* ou *ciffre noir*) refere-se um significativo número de infrações penais que não chegam nem a ser levadas ao conhecimento da Justiça e à porcentagem de crimes não solucionados ou punidos. Significa dizer, em suma, que

¹²¹ HULSMAN, Louk. Ob. Cit.

¹²² ANYIAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. Tradução e Acréscimos de Ester Kosovski Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 62 e seguintes. E, no mesmo sentido: FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco**: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2002, p. 132.

¹²³ Esta nomenclatura remete à leitura da citada obra de Lola Anyiar de Castro, quem primeiramente tratou da matéria.

o número de crimes que ocorre na prática não corresponde aos dados oficiais em seu combate.

Assim, é possível afirmar que o “filtro” mais importante está nos primeiros níveis, como o descobrimento do fato, a atitude de denunciar da vítima e a atitude policial. É neste ponto que se perdem os maiores números de delitos cometidos.¹²⁴ Sobre estes dados, indica Sutherland¹²⁵:

Isto quer dizer que as estatísticas policiais são mais fidedignas para este fim que as estatísticas dos tribunais, e que as estatísticas dos tribunais são mais fidedignas que as estatísticas das prisões, porque quanto mais afastado do crime estiver o índice, tanto maior é o número possível de procedimentos que podem afetar o crime.

Hassemer¹²⁶ indica que existem alguns fatores que podem levar a esta cifra negra da criminalidade: nem todo fato punível cometido é percebido (tome-se como base os furtos de carteiras ocorridos em um ônibus, que são tomados, muitas vezes, como simples perdas, ou os crimes ditos sem vítimas, como o uso de substância entorpecente); nem todo fato punível chega ao conhecimento das autoridades (este filtro tem é largamente influenciado pelo comportamento da vítima ou de terceiros que tomam conhecimento da ocorrência do crime, cabendo a elas levar estes fatos delituosos ao conhecimento das autoridades¹²⁷); nem todo fato conhecido é esclarecido pelas autoridades policiais investigativas; nem todo fato punível esclarecido pela polícia é efetivamente denunciado pelo Ministério Público [ou formalizado pela vítima sob a forma de queixa-crime, nas ações penais privadas]; nem todo fato punível acusado é efetivamente julgado num processo principal [pode-se apontar, aqui, diversos fatores, como a possibilidade de suspensão condicional

¹²⁴ ANYIAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. P. 69.

¹²⁵ SUTHERLAND, Edwin H. **Princípios de Criminologia**. São Paulo : Livraria Martins, 1949, p. 40.

¹²⁶ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª Ed. Alemã, rev. e ampl. Por Pablo Robrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 96 e seg.

¹²⁷ “Aproximadamente 95% dos fatos puníveis registrados chegam às autoridades investigadoras por denúncia da população. Estima-se que aproximadamente metade de todos os fatos puníveis cometidos não é denunciada. Neste caso, a tendência a denunciar varia sempre de acordo com o tipo de delito e a situação da conduta. Relevantes para as hipóteses de denúncia são especialmente a proporção do dano; existência de um contrato de seguro que a vítima como segurada em caso de dano se obriga a notificar; a confiança na efetividade da persecução penal; uma relação próxima entre autor e vítima (furto dentro da família); medo da vítima diante de outros danos derivados de um processo penal (estupro); a existência de uma prática formalizada de denúncia por parte da vítima 9º preenchimento regular do formulário de furtos no estabelecimento) ou de alguns mecanismos de execução (funcionamento da justiça).” HASSEMER, Winfried. Ob. Cit. p. 97.

do processo, a possibilidade de o processo ser atingido por uma das causas extintivas da punibilidade, como a prescrição]; nem todo julgamento de um fato punível conduzirá, necessariamente, a uma condenação; e, acrescentando-se às ideias do autor, a possibilidade de uma condenação com trânsito em julgado não ser efetivamente executada, como no caso em que se opera a prescrição da pretensão executória.

Lola Aniyar de Castro¹²⁸ indica que a delinquência oculta ou cifra negra gera quatro interrogações, que devem ser observadas pela Criminologia: a proporção da delinquência oculta é invariável em relação à delinquência aparente [crimes que chegam ao conhecimento das autoridades], durante todo o tempo, em certos locais ou em certas regiões do país? O percentual de crimes conhecidos vai variar de acordo com o delito? Quantos crimes são efetivamente cometidos e é possível estabelecer uma proporção entre os conhecidos e os não conhecidos? Quem são os criminosos, e como eles se diferenciam dos criminosos não conhecidos?

Mais adiante, será questionado o esforço da Criminologia tradicional em separar características do delinquente; em verdade, como já se pode notar, as cifras ocultas demonstram que a separação entre o delinquente (assim chamado, pois faz parte daqueles descobertos pelas instâncias de controle) e o não delinquente é apenas uma questão de seletividade do sistema, com as mais variadas causas para que isto se opere.

Ainda sobre o tema da criminalidade oculta, em se tratando especificamente da criminalidade de classes tidas como “privilegiadas”, a nomenclatura que se dá ao número de crimes não conhecidos ou não apurados oficialmente é “cifra dourada”. Envolve não a criminalidade ordinária, como furtos e roubos, mas infrações contra o meio ambiente, contra a ordem tributária, o sistema financeiro, entre outros.

Até neste ponto, percebe-se um tratamento diferenciado da criminalidade dos poderosos. Ensina Carlos Versele Séverin¹²⁹ que “além da cifra negra de delinqüentes que escapam a toda investigação oficial, existe uma cifra dourada de

¹²⁸ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. p. 72.

¹²⁹ SÉVERIN, Carlos Versele. A cifra dourada da delinquência. **Revista de Direito Penal**, n. 27, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 5.

criminosos que têm o poder político e o exercem impunemente, [...] ou que dispõem de um poder econômico que se desenvolve em detrimento da sociedade.”

Em relação aos fatores que levam a este abismo entre objetivos do sistema penal, o funcionamento pressuposto na doutrina penal e a realidade social deste funcionamento, Hulsman¹³⁰ indica que há uma enorme desproporção entre a capacidade do sistema e as tarefas que lhe são atribuídas. E, o que potencializa a gestão da seletividade é que o controle do funcionamento do sistema pode até ser feito pelo Legislativo (enquanto elaborador das leis penais) ou Judiciário (enquanto órgão que limita a criminalização quando interpreta as disposições legais), mas, este desnível entre a “competência do sistema”, no sentido de totalidade de comportamentos puníveis e a sua capacidade se efetua especialmente na atuação policial, que está na linha de frente do combate ao crime.¹³¹

Entretanto, no tocante à criminalidade econômica, as cifras douradas são atribuídas, fundamentalmente, a alguns fatores de ordem social e de natureza jurídico-formal. Quanto aos fatores de ordem social, pode-se indicar o prestígio que gozam os autores destes crimes no seio social, insignificante efeito estigmatizante das condenações, ausência de estereótipo que oriente os órgãos oficiais nas investigações. Quanto aos fatores jurídico-formais, pode-se apontar a competência de comissões especiais (como *exempli gratia* é hoje o COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras), pressões exercidas sobre os denunciadores, recursos a advogados de renomado prestígio, manipulação processual.¹³²

A sociedade está acostumada a ver estes criminosos de colarinho branco somente como homens de negócios, grandes empresários, inclusive nutrindo por eles certa admiração e respeito, não se concebendo que estes indivíduos possam causar malefícios à sociedade.

Por mais que se queira um distanciamento, os delegados, magistrados e membros do Ministério Público e até mesmo os membros do Legislativo fazem parte do

¹³⁰ HULSMAN, Louk. Ob. Cit.

¹³¹ No mesmo sentido, ZAFFARONI et. al, ob. Cit. p. 45.

¹³² BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 102.

mesmo ciclo social que estes criminosos, visto se tratar de pessoas com nível sócio-econômico elevado. Os “gestores da moral” se identificam, muitas vezes, com estas pessoas, diferente do que ocorre com outras formas de criminalidade.

Os dados estatísticos e informações distorcidas acabam por criar na sociedade, uma espécie de senso comum ou de aceitação, identificando a criminalidade como sendo aquela tradicional, excluindo desse rol os crimes econômicos. Até mesmo porque a criminalidade que afeta diretamente a população é a criminalidade comum. A econômica acaba por ser absorvida como risco inerente às atividades financeiras, conforme se demonstrará adiante, quando do tratamento da Lei de Lavagem.

Sobre a temática, explica Lola Aniyar de Castro que “as pessoas comuns não captam a essência danosa de atos cometidos a um nível tão elevado, entre pessoas de uma categoria tão alta, nem se dão conta até que ponto o dano econômico os afeta de forma direta”. E, arremata a autora, que a sociedade não entende ser aquele agente um criminoso, “não o segrega, não o deprecia nem o desvaloriza”.¹³³

Desta forma, pode-se dizer que, paralelo ao problema da legitimidade do Direito Penal valorar condutas tidas como desviantes, há o problema social em discriminar (ou não) tais condutas, separando o que se considera em conformidade com o seio social e o que se considera desviado. Neste sentido, surgem as teorias da reação social, ou *labeling approach*, no âmbito da Sociologia Criminal, todas estudadas em tópicos mais aprofundados, a seguir.

Assim, estudar a criminalidade implica, necessariamente, o estudo da ação do sistema penal que reage contra ela. O sistema penal exerce uma função constitutiva sob o conceito de delinqüente¹³⁴. É que este conceito só se constrói a partir da reação das instâncias oficiais contra a criminalidade, seja através de edição de normas abstratas, seja através de ações concretas da polícia, dos magistrados, das

¹³³ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. p. 79.

¹³⁴ Sobre estes conceitos, ensina Schecaria: “observe-se, desde logo, que os autores do *labelling* tentam evitar a tradicional terminologia (crime, criminosos, delinqüentes, bandidos, etc.) por entenderem que a forte carga valorativa – e pejorativa – é negativa e adere àquele que se envolveu com a justiça criminal. Assim, o primeiro problema é construir um conceito de *desviante* que não perpetue o desvalor do rótulo que se agrega a alguém. A primeira grande perspectiva é, sem dúvida, a estatística. É *desviante* aquele que varia muito da média das pessoas, que difere do comum.” (SCHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 289).

penitenciárias. Delinquente, em suma, é aquele que sofre a ação das instâncias oficiais. Mesmo aquele que pratica conduta idêntica, mas que não é alcançado por estas, não será considerado pela sociedade como delinquente.¹³⁵

Desta forma, justifica-se a nomenclatura *labeling approach*, que significa teoria da rotulação ou da etiquetagem.¹³⁶ O conceito de criminoso é deslocado da ação para a reação. Não mais se questiona porque o sujeito delinuiu, e sim “por que é que algumas pessoas são tratadas como criminosas, quais as consequências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade?”¹³⁷

Tem-se um papel extremamente discriminatório e seletivo¹³⁸ do Direito Penal, que trabalha apenas com parte dos criminosos, promovendo a “seleção de certas pessoas e condutas etiquetadas como delitivas.” Desta maneira, percebe-se que “a desviação não é uma qualidade intrínseca da conduta, senão uma qualidade que lhe é atribuída por meio de complexos processos de interação social, processos estes altamente seletivos e discriminatórios.”¹³⁹

Algumas mudanças¹⁴⁰ foram introduzidas no ordenamento brasileiro, influenciadas pelas idéias americanas do *labeling*. Primeiramente, o entendimento do Direito penal enquanto *ultima ratio*, mas, como já se viu, esta concepção tem perdido espaço face à criação de novos tipos penais, baseados em tantos outros bens jurídicos tidos como “relevantes”; as alterações advindas com a Reforma Penal de 1984 seguem as idéias do *labeling*, no sentido de oportunizar a progressão de regime, evitando o

¹³⁵ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2.ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 86.

¹³⁶ SCHECARIA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 287.

¹³⁷ Ibidem, p. 291.

¹³⁸ “É obvio que do sistema penal não podem ser excluídos os legisladores nem o público. Os primeiros são os que dão os padrões de configuração, embora freqüentemente eles mesmos ignorem o que realmente criam, pois superestimam seu poder seletivo. Na realidade tem maior poder seletivo dentro do sistema penal a polícia do que o legislador, pois esta opera mais diretamente sobre o processo de “filtração” do sistema.” (ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**: Parte Geral. 7. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007, v.1, p. 67.

¹³⁹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos**: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 385.

¹⁴⁰ SCHECARIA, Sérgio Salomão, op.cit., p. 309.

choque cultural da reinserção; ainda, com a Reforma, as penas de natureza alternativa passam a ter maior aplicabilidade, evitando a estigmatização do cárcere.

Este tema será devidamente aprofundado no próximo capítulo, em que se buscará os conceitos históricos e criminológicos do delinquente.

3. OBSERVAÇÕES CRIMINOLÓGICAS SOBRE A SELETIVIDADE NO DIREITO PENAL: QUEM É CRIMINOSO?

Sempre se buscou um fundamento para punir. Legitimar a pena é, sem dúvidas, e como mencionado alhures, legitimar o próprio Direito Penal. Ocorre que, atualmente, mais do que se perguntar o porquê do punir, pergunta-se quem punir. Não é preciso muito esforço de pensamento para perceber que nem todos que cometem delitos são alcançados pelo Direito Penal.

O questionamento, portanto, além de ser voltado ao porquê punir e quem punir, deve alcançar também as motivações acerca dessa “escolha” punitiva. Por que o Estado pune de forma seletiva? Por que tantas cifras ocultas na criminalidade? Quais as consequências dessa seletividade na oportunidade da dosimetria da pena?

Nesse sentido, o presente capítulo tem por escopo fazer uma análise criminológica do crime e do criminoso, demonstrando as diferentes correntes de pensamento e os multifatores que são atribuídos às causas da criminalidade – será feito um regresso a um passado recente, em que fatores físicos determinavam a propensão ao cometimento de crimes, e, este será o ponto de partida para este estudo mais aprofundado.

Em seguida, algumas correntes da criminologia serão estudadas - Criminologia tradicional ou Etiológica, A Criminologia da Reação Social, como uma mudança de paradigmas, a Criminologia Crítica - como forma de demonstrar a necessidade constante de se apontar uma causa para o crime e o criminoso.

Posteriormente, confronta-se esse conceito de crime e de criminoso – extremamente seletivo – com as modernas correntes de Criminologia, delimitando-se como estes questionamentos podem influenciar na dogmática penal, sobretudo no juízo de culpabilidade. É assim que se construirá conceitos como o da coculpabilidade e a teoria da culpabilidade por vulnerabilidade, capitaneada pelo criminólogo argentino Eugênio Raúl Zaffaroni. Nesse sentido, apresenta-se a seletividade como figura

central na relação dialética existente entre a “culpabilidade de autor” e a “culpabilidade de ato”.

Vejamos, por ora, de que se ocupa a Criminologia e como esse ramo do saber será fundamental para que se desvende a seletividade ou vulnerabilidade ao sistema penal.

3.1 CRIMINOLOGIA: CONCEITO, CARACTERÍSTICAS, FUNÇÕES

Diversos autores poderiam ser aqui citados para definir o que entendem por Criminologia, traçando, paralelo ao conceito, as principais características trazidas por esta ciência. Porém, a primeira observação que se pretende fazer é o ponto de partida é a noção que Criminologia é mesmo ciência, apesar de doutrina em contrário.¹⁴¹

Partindo-se desta premissa, e somente a título exemplificativo, Roberto Lyra entende que Criminologia é a “ciência que estuda as causas, as concausas da criminalidade e a periculosidade preparatória da criminalidade”, além disso, prossegue o autor, a Criminologia “estuda também as manifestações, os efeitos da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade, a etiologia da criminalidade e da periculosidade preparatória da criminalidade, suas manifestações e seus efeitos.”¹⁴²

García-Pablos de Molina indica ser a Criminologia uma ciência “empírica e interdisciplinar”, que estuda não só o crime, mas estuda também o infrator, a vítima e o “[...] controle social do comportamento delitivo, e que trata de subministrar uma informação válida, contrastada, sobre a gênese, dinâmica e variáveis principais do crime”. Assim, o crime será “contemplado [...] como problema individual e como problema social” e serão estudados “programas de prevenção eficaz do mesmo e

¹⁴¹ Pelo entendimento que Criminologia não é ciência, TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. **La Nueva Criminología. Contribución a una teoría social de La conducta desviada.** Traducción Adolfo Crosa. Primera edición en castellano, 1977; primera reimpressão, 1990; segunda reimpressão, 1997. Buenos Aires: Amorrortu editores.

¹⁴² LYRA, Roberto. **Criminologia.** Imprenta: Rio de Janeiro, Forense, 1964. p. 39.

técnicas de intervenção positiva no homem delinquente e nos diversos sistemas de resposta ao delito”.¹⁴³

Já para Schecaira, Criminologia é o “estudo e a explicação da infração legal; os meios formais e informais de que a sociedade se utiliza para lidar com o crime e com os atos desviantes”. O autor também inclui nos estudos de Criminologia uma pesquisa sobre “a natureza das posturas com que as vítimas desses crimes são atendidas pela sociedade; e, por derradeiro, o enfoque sobre o autor desses fatos desviantes”.¹⁴⁴

Assim, algumas características podem ser deduzidas a partir desse conceito de Criminologia: primeiramente, trata-se de uma ciência empírica, ou seja, deve-se compreender que esta ciência parte da análise e observações da realidade, buscando conhecer melhor esta realidade, e tentar explicá-la.

Roberto Bergalli¹⁴⁵ observa que cada autor que disserta sobre a Criminologia vai trazer um conceito próprio, adotado em suas obras. Entretanto, mesmo com conceitos distintos, a Criminologia guarda traços em comum, seja qual for o posicionamento teórico adotado pelos autores. Assim, apresenta três traços comuns a todos os conceitos: a presença do estudo do homem (o delinquente), da conduta (delituosa) e a organização social concreta em que se dão.

Então, pode-se afirmar em relação ao objeto de estudo desta ciência criminológica, que ela se ocupa do delito, do delinquente, da vítima. Observe-se que o referido campo de estudo não é exclusivo da Criminologia, podendo ser estudado por psiquiatras, psicólogos, sociólogos; antropólogos, além do próprio jurista, especialmente no que tange à análise do sujeito criminoso e dos chamados distúrbios antissociais de personalidade.¹⁴⁶

¹⁴³ MOLINA, Antonio García-Pablos de; GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia**. 4. Ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 39.

¹⁴⁴ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 35.

¹⁴⁵ BERGALLI, Roberto. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. MIRALLES, Teresa. **El Pensamiento Crimonológico**. Temis: Bogotá, 1983. p. 19.

¹⁴⁶ Idem. Ibidem. p. 35.

Os próprios conceitos de Criminologia trazidos acima demonstram a inexistência de objeto próprio de estudo, uma vez que tais elementos também são estudados por outras ciências, tais como a política criminal e o próprio Direito Penal.

A principal diferença de abordagem estaria no método utilizado para a explicação de tais elementos, uma vez que a Criminologia se utiliza, notadamente, de método diverso daquele verificado na dogmática penal. Um estudo completo do crime, todavia, perpassa uma análise ampla, em que a utilização de mais de uma forma de abordagem pode trazer resultados úteis de investigação.

Assim, o primeiro objeto de pesquisa, o delito, deve ser estudado em suas origens imediatas e últimas, deve ser compreendido enquanto fenômeno que é fruto de criação histórico-cultural, cuja aparição se dá em dado contexto sócio-político-econômico.

Perceptível, portanto, que o conceito de delito objeto de estudo da Criminologia difere do conceito penal, porquanto para a Criminologia o delito se apresenta primeiramente como um problema de ordem prática, analisado sob as óticas social e comunitária, enquanto para o Direito Penal o conceito de delito é formal, tipificado em lei.

Indica Shecaira¹⁴⁷ que um dos primeiros autores a se ocupar do problema do conceito de delito como sendo um conceito pré-penal foi Raffaele Garófalo, que tentou elaborar um conceito de “delito natural”, que poderia sobreviver às transformações temporais e espaciais. Porém, ao tentar elaborar esse critério atemporal de crime, Garófalo indicou que este conceito seria dado “segundo os padrões médios das raças humanas superiores”, o que, por si só, foi suficiente para demonstrar que nada havia de atemporalidade havia nesse conceito.

Assim, surge o questionamento na doutrina, se a Criminologia estuda tão somente o delito, ou se estuda toda conduta humana desviante, em sentido amplo.

Há posicionamento divergente na doutrina neste sentido, mas prevalece o entendimento de que a Criminologia não pode ser uma ciência restrita. Afinal, por

¹⁴⁷ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Ob. cit. p.49.

ser o conceito de delito – para efeitos penais – algo criado pela lei, e não uma “categoria social autêntica”, algo que represente o interesse de alguns, consistente na imposição de uma cultura dominante, e por ser este conceito um conceito mutável, histórico e cultural, não se pode limitar o trabalho do cientista social.¹⁴⁸

Assim, alguns fenômenos sociais que lesam bens protegidos pelos Direitos Humanos, ainda que não tipificados em lei, devem ser estudados pela Criminologia: sexismo, ataques à liberdade, prostituição, alcoolismo, ou seja, toda e qualquer conduta considerada antissocial.

A crítica que se faz a esta concepção ampla de Criminologia é que a definição de comportamento desviante, de comportamento antissocial, é, assim como a escolha de condutas que sofrerão a criminalização primária, uma definição valorativa. Pergunta-se: quem fará esta valoração? E, esta valoração será baseada em quais critérios?

Roberto Aguiar¹⁴⁹ indica que este objeto de estudo no campo da Criminologia é “fluido e volátil”, e explica a motivação de sua afirmação: “o que é o crime senão o conjunto de atos que o poder exorciza por ofender a ideologia e os costumes dominantes?” Isso se explica porque cada sociedade, cada grupo dominante, vai definir o que entende por condutas que mereçam ser apenadas, a depender de seus interesses primordiais.

Entretanto, se houver uma limitação ao cientista social, de estudar somente aquelas condutas descritas por lei, corre-se o risco de se perder grande parte do seu objeto de estudo. Isso porque, nem todas as condutas são tipificadas em todos os países da mesma maneira (o que é crime no Brasil, não necessariamente se apresenta como crime em países europeus); há possibilidade de abolição de determinadas condutas antes consideradas como criminosas (instituto da *abolitio criminis*); ou a criação de certos tipos penais antes não considerados como delituosos. Enfim, explica Lola Aniyar de Castro que limitar o âmbito de estudos da Criminologia seria

¹⁴⁸ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. p. 56-57.

¹⁴⁹ AGUIAR, Roberto A.R. de. Ob. cit. p. 131.

desqualificar sua liberdade de investigação e imposição de objeto de estudo que não lhe tem significado algum enquanto ciência.¹⁵⁰

Assim, explica Lola Aniyar de Castro que “o tipo de organização social determina quais os tipos de comportamento que serão considerados desviantes e o que será considerado delito em determinado momento e lugar.” Conclui a autora que, “tal como a moralidade, o delito é uma entidade variável no tempo e no espaço”¹⁵¹.

Porém, Cerezo Mir adverte que estender o objeto de estudo da Criminologia a todas as formas de condutas desviadas, que não correspondam às normas sociais de conduta de uma sociedade determinada – característica da Criminologia norteamericana, segundo o autor – é bastante discutível. Para Cerezo Mir, portanto, o objeto da Criminologia seria demasiadamente ampliado, carecendo de limites definidos e, em alguns casos, as investigações criminológicas poderiam perder relevância na luta contra o delito.¹⁵²

O segundo ponto unânime entre os criminólogos é indicar o delinquente como sendo um dos objetos da Criminologia. Conforme será visto em tópico oportuno, o delinquente alcança seu máximo de protagonismo na Criminologia durante a etapa positiva. Para a Criminologia tradicional, o delinquente deriva de uma realidade biopsicopatológica, o que o converteu em “centro quase exclusivo da atenção científica”.¹⁵³

Na moderna Criminologia, entretanto, o delinquente, embora continue a ser estudado, passa a um segundo plano, “como consequência do giro sociológico experimentado por ela e da necessária superação dos enfoques individualistas em atenção aos objetivos político-criminais”. Assim, o ponto central de estudos passa a ser a própria conduta delitiva, a vítima e o controle social.¹⁵⁴

¹⁵⁰ ANYIAR DE CASTRO, Lola. Ob. cit. p. 57.

¹⁵¹ Idem. Ibidem. p. 63.

¹⁵² CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal: Parte General**. Motevideo - Buenos Aires: editorial IBdeF, 2008. p. 64.

¹⁵³ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002. p. 74.

¹⁵⁴ Idem. Ibidem. p. 74.

Assim, haverá estudo aprofundado sobre as correntes criminológicas que estudaram e estudam o fenômeno da delinquência, buscando suas causas e fatores.

Porém, é importante destacar o terceiro objeto de estudos da Criminologia: a vítima. Esta vítima faz parte de uma subdivisão do ramo da Criminologia, qual seja, a Vitimologia, e, por esta razão, merecerá destaque e realce neste trabalho.

3.1.1 Vitimologia e vitimodogmática

Quanto à vítima, pode-se identificar três momentos históricos referentes ao seu tratamento, tanto na ciência criminológica, quanto no Direito Penal: protagonismo total, neutralização e redescobrimto.

Assim, a vítima desfrutou do máximo protagonismo na época da justiça privada, sendo drasticamente neutralizada pelo sistema legal moderno. Isso porque, a experiência histórica demonstrou que não era possível deixar nas mãos da vítima ou de seus familiares a resposta ao agressor. Entendeu-se “que a resposta ao crime deve ser uma resposta distante, imparcial, pública, desapaixonada.”¹⁵⁵

Na segunda fase histórica, portanto, tem-se uma neutralização do poder da vítima. Ela deixa de ter o poder de reação ao fato delituoso, que é assumido pelos poderes públicos. A pena passa a ser uma garantia de ordem coletiva e não vitimária (principalmente a partir do Código Penal francês e com as ideias dominantes do liberalismo moderno). A partir do momento em que o Estado monopoliza a reação penal, quer dizer, desde que proíbe as vítimas castigar as lesões de seus interesses, seu papel vai diminuindo, até quase desaparecer.¹⁵⁶

As novas tendências criminológicas, sobretudo após a Segunda Guerra Mundial, finalmente, a redescobrem, e, em muitos países, são adotadas legislações de

¹⁵⁵ Idem. Ibidem. p. 79.

¹⁵⁶ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Ob. cit. p. 51.

proteções às vítimas¹⁵⁷, como forma de melhoramento de sua situação perante o Direito Penal material e processual. Entretanto, como indica Hassemer, três observações merecem ser feitas: esta proteção às vítimas “está somente na superfície de um objetivo aprovado e de valor reduzido; não significa o mesmo na ciência e na legislação; a tendência de neutralização da vítima não foi rompida”.¹⁵⁸

Atualmente, dois movimentos (quase antagônicos) fazem parte desta crescente redescoberta da vítima: Vitimologia e a Vitimodogmática.¹⁵⁹ A Vitimologia é um ramo da Criminologia que estuda especificamente a vítima e os processos de vitimização.

A Vitimologia, tal como conhecida atualmente, adveio do processo de macrovitimização do povo judeu, com o fim da II Guerra, ajudados com a reparação positiva por parte do povo alemão. Porém, o seu nascimento oficial enquanto ciência de alcance mundial se dá em 1979, por oportunidade da realização do Terceiro Simpósio de Vitimologia, ocorrido na Alemanha, em Münster, quando é fundada a Sociedade Mundial de Vitimologia.¹⁶⁰

A primeira observação que se deve fazer é uma advertência, para que não se confundam os conceitos de vítima e de sujeito passivo do delito. Vítima, para a doutrina vitimológica moderna, tem conceito mais amplo do que o de simples sujeito passivo do delito: é um conceito que inclui o sujeito passivo enquanto vítima, mas também suplanta esta única ideia. Vítima, portanto, “são todas as pessoas naturais ou jurídicas que, direta ou indiretamente sofrem um dano notável [...] como consequência da infração.”¹⁶¹

¹⁵⁷ No Brasil, Lei 9807/1999, que “estabelece normas para a organização e a manutenção de programas especiais de proteção a vítimas e a testemunhas ameaçadas, institui o Programa Federal de Assistência a Vítimas e a Testemunhas Ameaçadas e dispõe sobre a proteção de acusados ou condenados que tenham voluntariamente prestado efetiva colaboração à investigação policial e ao processo criminal.”

¹⁵⁸ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª Ed. Alemã, rev. e ampl. Por Pablo Robrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 96

¹⁵⁹ BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹⁶⁰ BERISTAIN, Antonio. **A Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia**. tradução Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000. p. 83.

¹⁶¹ Idem, *Ibidem*. p. 191.

Para a Vitimologia, ainda, vítima não se restringe àquela que sofre danos com um delito, havendo outras fontes de vitimização além do delito. Aponta, portanto, para os processos de vitimização primária, secundária e terciária¹⁶².

A vitimização primária é aquela própria provocada pelo cometimento do crime, em que algum objeto jurídico pertencente à vítima é violado. Perde-se a vida, o patrimônio, tem-se a honra menoscabada, e a integridade física violada.

Porém, ao ser vítima de um crime, a pessoa precisa (em tese) procurar as instâncias formais de controle: polícia, Ministério Público, juiz. Sobre o contato inicial entre polícia e vítima, pode-se notar que já há um novo processo de vitimização: demora de atendimento, menoscabo pelo crime sofrido, falta de pessoas para realização das oitivas, e isso de dá “em virtude da falta de preparo das autoridades em lidar com a vítima, que já se encontra fragilizada com a situação vitimizadora, ou, mesmo, da própria estrutura do inquérito e da polícia, assim como das questões estruturais que se denotam da contingência brasileira”.¹⁶³ Este é o fenômeno da vitimização secundária ou revitimização¹⁶⁴.

Por fim, há, ainda, o processo de vitimização terciária, fruto do contato da vítima com a sociedade. Especificamente em relação a determinados crimes – exemplo, os sexuais – a vítima, ao retornar para a comunidade e a família, será alvo de certos comentários desagradáveis, certo ar de pena, que em nada contribuem para seu processo de recuperação.

¹⁶² BUSTOS RAMIREZ, Juan; LARRAURI PIJOAN, Helena. **Victimología: Presente y Futuro de La Victimología**. Barcelona: PPU, 1993. p. 41.

¹⁶³ BARROS, Flaviane de Magalhães. Ob. cit. p. 77.

¹⁶⁴ “Mesmo depois de ocorrer o evento vitimizador (vitimização primária), a vítima precisa continuar a se relacionar com outras pessoas, colegas, vizinhos, profissionais da área dos serviços sanitários, tais como enfermeiros, médicos, psicólogos e assistentes sociais, e profissionais da área dos serviços judiciais e administrativos, funcionários de instâncias burocráticas, policiais, advogados, promotores de justiça e juízes, podendo ainda se defrontar com o próprio agente agressor ou violador, em procedimentos de reconhecimento, depoimentos ou audiências. Essas situações, se não forem bem conduzidas, podem levar ao processo de vitimização secundária, no qual a vítima, por assim dizer, ao relatar o acontecimento traumático, revive-o com alguma intensidade, reexperenciando sentimentos de medo, raiva, ansiedade, vergonha e estigma. Devido a essa possibilidade, as agências de cuidados sanitários e judiciais devem estar adequadamente aparelhadas, tanto do ponto de vista material, quanto do ponto de vista humano, para evitar a revitimização-hetero-secundária, ou pelo menos, para minimizá-la.” TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 158.

García-Pablos de Molina, contudo, explica que, além desses processos acima apontados, a vítima ainda pode vir a sofrer “um severo impacto "psicológico" que se acrescenta ao dano material ou físico provocado pelo delito. A vivência criminal se atualiza, revive e perpetua.” Desde o momento em que a infração é praticada, à necessidade de enfrentar as esferas de controle (polícia, judiciário), “a impotência frente ao mal e ao temor de que se repita produz ansiedade, angústia, depressões, processos neuróticos etc.”. Além disso, se “acrescentam, não poucas vezes, outras reações psicológicas, produto da necessidade de explicar o fato traumático: a própria atribuição da responsabilidade ou autoculpabilização, os complexos etc.”¹⁶⁵

Em verdade, para coibir esse processo de vitimização, é imperioso que se desenvolvam políticas públicas que podem ser consubstanciadas por serviços de atenção às vítimas de crimes, bem como informações para se prevenir a situação de vítima de delitos, notadamente com ações específicas em grupos de riscos, como, por exemplo, mulheres, prostitutas, menores, homossexuais, dentre outros, atentando-se, sempre, para não incidir, ainda mais em uma estigmatização, ao invés de informação com fins de prevenção.

Este é um dos centros de atenção da Vitimologia, se adotada a moderna Criminologia, que pode ter destacados três pontos principais de interesses, quando se trata da temática atinente à vítima: além de descrever o fenômeno da delinquência, cabe à Vitimologia explicar a interação entre delinquente vítima, com suas variáveis; trabalhar com a prevenção do delito também sobre o enfoque vitimário, entendendo que o fenômeno da seletividade também se estende às vítimas; estudar a vitimização como forma de chegar aos números reais de criminalidade, através de pesquisas de vitimização, demonstrando certas falhas nos números oficiais, que não consideram as cifras ocultas.¹⁶⁶

Por outro lado, o movimento denominado Vitimodogmática, redescobre, também, a vítima no processo penal. Porém, a abordagem que se faz é diferente: nesta oportunidade, é estudado o comportamento da vítima como forma de influenciar a dogmática penal. Assim, é importante salientar que uma das perspectivas da

¹⁶⁵ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Antonio. GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit. p. 93.

¹⁶⁶ Idem, Ibidem. p. 93 – 97.

doutrina da vitimodogmática é valorar a incidência do comportamento da vítima para a prática do delito, podendo ser usada como fator de redução de pena ou até mesmo de exclusão do crime. Trata-se do princípio da autorresponsabilidade, ou corresponsabilidade da vítima.

Contudo, todos os conceitos aqui tratados servem apenas para a denominada criminalidade comum. A chamada criminalidade econômica atinge bens jurídicos difusos, em que não se pode identificar uma vítima ou grupo de vítimas específicas. É a denominada vitimização difusa.

3.1.2 A vitimização difusa nos crimes econômicos

Com a criminalidade econômica, em que pese não haver o problema do contato direto entre infrator e vítima, nem os problemas posteriores do contato entre a vítima e as instâncias de controle e a sociedade, ocorre um outro processo de vitimização, denominado vitimização difusa. Esta vitimização difusa pode ser definida como “capacidade de determinado delito causar, prejudicar um número de vítimas elevado, ou seja, são delitos que atingem a coletividade, tornando assim muito difícil ou impossível a determinação das vítimas”.¹⁶⁷

Silva Sánchez atribui esta “nova” forma de legislar, essa criação de tipos penais que tutelam interesses difusos, interesses de toda uma classe à transformação social em sociedade do bem-estar em sociedade de classes passivas: pensionistas, desempregados, destinatários de prestações públicas educativas, sanitárias, pessoas ou entidades subvencionadas, ou seja, pessoas que são beneficiários da transferência de riquezas e que se convertem rapidamente em cidadãos, pois são eleitores em potencial.¹⁶⁸

¹⁶⁷ ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **O acordo de leniência no Direito Penal**. Disponível em http://ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9724#_ftnref5, acesso em 18 de janeiro de 2015.

¹⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2008. p. 33.

Demonstra, ainda, historicamente, uma verdadeira transição da sociedade de riscos para aquela em que a característica marcante é a restrição progressiva das esferas de atuação arriscada. Neste momento atual, a ponderação entre risco permitido e risco desaprovado abre espaço para, cada vez mais, a presença da ingerência. Somado a isso, Silva Sánchez ainda aponta uma característica social que acaba por ampliar esta noção de ingerência, que é a resistência psicológica da vítima, que não aceita explicações com base no caso fortuito ou na simples produção de dano por azar (fruto de algumas situações de risco inerentes à sociedade).¹⁶⁹

Assim, a fim de evitar condutas arriscadas que possam lesionar um sem-número de vítimas, é exigida uma tipificação capaz de estabelecer uma barreira ou um campo de proteção antecipada no contexto de uma sociedade de risco, adotando-se, em várias legislações extracódigo, a figura do tipo penal de perigo.

Pierpaolo Cruz Bottini define o tipo penal de perigo (abstrato) como sendo fruto de uma técnica utilizada pelo legislador para criar condutas criminosas sem que haja resultado externo. “Trata-se de prescrição normativa cuja completude se restringe à ação, ao comportamento descrito no tipo, sem nenhuma referência aos efeitos exteriores do ato, ao contrário do que ocorre com os delitos de lesão ou de perigo concreto”.¹⁷⁰

Na sociedade intolerante ao risco, estes tipos penais são bastante usuais, já que é “difícil e problemática [...] a tarefa de garantir segurança, vindo o mecanismo do perigo abstrato a apresentar um *input* em relação aos tipos delitivos que exigem a entrada de uma ofensa de dano/violação”¹⁷¹.

Ocorre que, nos delitos contra a ordem econômica, de uma forma geral, mais um problema pode ser identificado em relação à vítima e à vitimização difusa: o grande público, que é vítima desta espécie de delinquência, não consegue enxergar nas atividades econômicas do sujeito de colarinho branco a potencialidade lesiva. Até mesmo porque, como gozam de certo prestígio que lhes confere a situação social e

¹⁶⁹ Idem, ibidem, *passim*.

¹⁷⁰ BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 2007, p. 111.

¹⁷¹ CÂMARA, Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima do crime**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008. p. 120.

econômica, encontram sempre portas abertas à exploração de prestígio, ao tráfico de influência e à própria corrupção do sistema, facilitando, assim a circulação de seus lucros no mercado.

Manoel Pedro Pimentel¹⁷² dá conta de reportagem publicada no jornal “O Estado de São Paulo” em 1944! em que se comentava a facilidade de trânsito destes sujeitos pelo domínio econômico e a constante impunidade destas condutas. Escrevia Alípio Ferreira em sua reportagem, que os Estados Unidos do pós-guerra assistia ao crescimento de uma criminalidade perigosa, e que, quase nunca, ia para a cadeia. E, tece uma comparação: “se um criminoso vulgar arrombar o cofre de uma companhia e retirar 20 mil dólares, terá uma longa pena de prisão.” Já com relação a esta nova onda de criminalidade, “se incorporadores inescrupulosos organizarem uma *holding company*, que passe a sugar anualmente um milhão de dólares de salários incautos, [...] eles, quase na certa, ficarão impunes”.

Em verdade, Hassemer e Muñoz Conde esclarecem que, na moderna legislação penal, há uma tendência a atenuar o contraste entre delinquente e vítima, como é o caso da legislação sobre o tráfico de drogas, criminalidade econômica ou proteção do meio ambiente. Nestas novas legislações, a tendência é criminalizar condutas “sem vítimas” ou com “vítimas difusas”, com a característica de afastar a vítima do Direito Penal material; há, ainda, uma forte tendência à substituição da provocação de um dano por apenas a colocação do bem jurídico em condição de perigo. Duas consequências podem ser extraídas dessa nova forma de legislar: o “dualismo entre delinciente y víctima cada vez ofrezca mayor dificultad para ser explicado por el Derecho penal” e, ainda, “que la Administración de Justicia penal, tradicional y cotidianamente experimentada como una institución para el castigo de las más graves lesiones de intereses entre individuos, tienda cada vez más a convertirse en instrumento conductor de finalidades políticas.”¹⁷³

¹⁷² PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**: Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 27.

¹⁷³ CONDE, Francisco Muñoz. HASSEMER, Winfried. **Introducción a Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989. p. 31.

3.2 O GRANDE PROTAGONISTA: O DELINQUENTE. DOS FATORES ANTROPOMÓRFICOS AO CRIMINOSO DE COLARINHO BRANCO.

A História do Direito Penal consiste na análise do conteúdo repressivo da civilização humana, sobretudo, através de um quesito fundamental para toda a convivência social: quem pode ser considerado criminoso?¹⁷⁴

Constatar-se-á, nesse diapasão, que de fatores biológicos-antropométricos até perspectivas mais econômicas, a sociedade sempre buscou (ou precisou buscar) explicações para definir e rotular os criminosos. Num “ideal de pureza”, como definiu Bauman¹⁷⁵, cada sociedade “tem sua própria sujeira que precisa ver varrida”.

Obviamente, e de acordo com esse ideal buscado incessantemente pela sociedade, este fator socioeconômico não foi o único vetor de produção de criminalidade. Se se acreditasse nessa única hipótese, teríamos um determinismo quase que darwiniano acerca do homem criminoso. E, assim esquecer-se-ia do denominado “criminoso de colarinho branco”.¹⁷⁶

A criminalidade econômica surge, como adiante se verá, como uma “nova vertente” no cometimento de crimes, afastando os estudiosos do velho paradigma das anormalidades ou da conjuntura sócio-econômica-cultural.

Porém, o que se há de observar é que, mesmo com a incriminação de condutas ligadas a este “novo” tipo de criminalidade – econômica, financeira, tributária – a grande parcela dos selecionados pelo Direito Penal pertence a uma camada social inferior, sem o devido acesso aos direitos fundamentais mínimos, o que pode ser um fator para condutas criminosas desviantes.

¹⁷⁴ LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. Trad.: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 102.

¹⁷⁵ BAUMAN, Zygmunt. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama; Claudia Martinelli Gama. Revisão técnica: Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor. p. 20.

¹⁷⁶ Esta expressão *white collar crime* foi adotada no discurso de posse de Edwin Sutherland na presidência da American Sociological Association (ASA), em 1939, e será melhor estudada em capítulo autônomo.

Assim, após definirmos quem são os criminosos – seja de colarinho branco ou seja aquele de colarinho azul¹⁷⁷, segundo uma evolução histórica da doutrina penalista, cabe aqui a seguinte indagação: todos os criminosos são punidos pela prática de seus crimes ou o sistema penal seleciona apenas uma parte mais “vulnerável” para ser punida?

Nessa linha de pensamento, Hannah Arendt¹⁷⁸ trata das diferenças e demonstra este é um dos grandes desafios da modernidade e também representa um de seus perigos: o homem se confronta com seu semelhante, privado de condições pessoais que o tornava diferenciado. “É pelo fato de a igualdade exigir que eu reconheça que todo e qualquer indivíduo é igual a mim que os conflitos entre grupos diferentes, que por motivos próprios relutam em reconhecer no outro essa igualdade básica, assumem formas tão terrivelmente cruéis.”

Ora, se o crime é igual para todos, composto dos mesmos elementos formais (fato típico, ilícito e culpável), descrito pela mesma lei penal geral e abstrata, por que apenas uma parcela faz parte da denominada a clientela do Direito Penal?

Diante desta realidade, Lola Aniyar de Castro explica que a definição do crime e do criminoso fazem parte de um processo seletivo de criminalização, e esta seleção se dá em três esferas distintas: primeiro, criminalizam-se condutas que pertencem às condições de vida de pessoas marginalizadas; em segundo lugar, criminalizam-se indivíduos que pertencem a grupos subculturais e são desprovidos de poder e influência; por fim, a última forma de seleção se dá através do tipo de sanção aplicável ao caso (sanções estigmatizantes e não estigmatizantes, como as sanções com conteúdo pecuniário, por exemplo).¹⁷⁹

Desta forma, como se passará a estudar, o Direito Penal sempre foi e ainda é seletivo: seja em relação à camada social menos favorecida, seja em relação aos criminosos de colarinho branco, não há verdadeiro interesse em se punir a todos aqueles que cometem delitos. Para todos os tipos de crime, só são punidos os

¹⁷⁷ Sutherland cria a expressão “crime de colarinho branco” exatamente para diferenciar esse tipo de criminoso daqueles trabalhadores braçais, que praticam crimes patrimoniais nos grandes centros urbanos.

¹⁷⁸ ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia da Letras, 1989. p. 77

¹⁷⁹ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. p. 103.

“clientes” do sistema repressivo. São os sujeitos que Zaffaroni denominou de vulneráveis ao sistema punitivo.

Os primeiros movimentos de estudo criminológico dos fatores do crime se deram com a Criminologia Etiológica, que pode ser definida como sendo a ciência oficial de explicação do crime e do comportamento criminoso, cujos programas de política criminal consistem em indicações técnicas de mudanças da legislação penal para corrigir disfunções identificadas por critérios de eficiência ou de efetividade do controle do crime e da criminalidade, o que teve, como se verá adiante, desastrosos resultados práticos.

A Criminologia tradicional é também denominada etiológica “porque vincula el concepto de conducta desviada con las causas y factores de la desviación”¹⁸⁰ e tem por objeto de estudo o criminoso e a criminalidade, concebidos como realidades preexistentes ao sistema de justiça criminal e explicados pelo método positivista de causas biológicas, psicológicas e ambientais.

É uma ciência que procura explicação causal do delito como obra de um autor determinado. “La creencia en la posibilidad empírica de explicar las causas del delito sea por la configuración antropológica o biológica del autor o por el medio social en que vivía, generó un cambio en la concepción teórica fundamental del derecho penal de fines del siglo pasado”. A pena deixou de ser apenas considerada como forma de repressão do crime, mas também passou a ser forma de impedir a reincidência. Assim, o Direito Penal passou a “aprovechar los resultados de las investigaciones criminológicas para, mediante sus instrumentos (la pena y las medidas), remover las causas que habían llevado al delincuente al delito, es decir, obrando sobre su peculiar personalidad para que no reincida.”¹⁸¹

Segundo Hassemer e Muñoz Conde, é possível identificar quatro direções investigativas distintas na Criminologia tradicional – tudo dependerá do fator ciminógeno que se atribui à conduta desviada: teorias biológicas, ou do indivíduo

¹⁸⁰ CONDE, Francisco Muñoz. HASSEMER, Winfried. Ob. cit. p. 51.

¹⁸¹ BACIGALUPO, Enrique. **Manual De Derecho Penal**. Parte general. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela. 3ª reimpressão. Santa Fé de Bogotá- Colômbia: editorial Temis S.A., 1996. p. 20.

defeituoso; teoria dos defeitos na socialização; teorias das ações sociais defeituosas e as teorias multifatoriais.¹⁸²

Veja-se, por oportuno, as principais correntes criminológicas que tentaram (tentam) explicar o criminoso e o fenômeno da criminalidade.

3.2.1. Escola Positiva

Malgrado as diversas concepções de crime e de criminoso existentes desde os primórdios, foi somente a partir do final do século XIX, com o advento da denominada Escola Positiva, que a doutrina penalista passou a estudar, com maior ênfase, a figura do criminoso. Antes disso, esse estudo era realizado unicamente por médicos, que, por sua formação profissional, se ocupavam dos fatores individuais do crime¹⁸³.

Assim, podemos identificar o primeiro movimento criminológico de busca por fatores da criminalidade: as teorias do indivíduo defeituoso¹⁸⁴. Esta Criminologia positivista foi fortemente inspirada na filosofia e na psicologia do positivismo naturalista e tinha como novidade a maneira de enfrentar o problema da criminalidade e da resposta penal, visto que pretensamente apresentava uma possibilidade de “individualizar ‘sinais’ antropológicos da criminalidade e de observar os indivíduos assim ‘assinalados’ em zonas rigidamente circunscritas dentro do ambiente social (as instituições totais, ou seja, o cárcere e o manicômio judiciário).”¹⁸⁵.

Bitencourt¹⁸⁶ indica que a denominada Escola Positiva teve, em verdade, três fases distintas: fase antropológica, caracterizada pelas ideias de Cesare Lombroso; fase

¹⁸² Idem, *Ibidem*. p. 54

¹⁸³ LOSANO, Mario G. O. cit. p. 110.

¹⁸⁴ HASSEMER, Winfried. Ob. Cit. p. 60 e seguintes.

¹⁸⁵ HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª Ed. Alemã, rev. e ampl. Por Pablo Robrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005. p. 29.

¹⁸⁶ BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de Direito Penal**. vol. 01 – Parte Geral. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012. p. 113-116.

sociológica, indicada pela sociologia criminal de Enrico Ferri; fase jurídica, apresentada por Rafael Garofalo.

Com relação à fase antropológica, o médico italiano Cesare Lombroso, considerado o pai da criminologia moderna¹⁸⁷, através de estudos antropométricos e psicológicos de 5.907 criminosos, percebeu que existiam características físicas e psicológicas que supostamente impeliam o indivíduo à prática criminosa. Com esse conjunto de “causas” biológicas (tais como assimetria de rosto, dentição anormal, orelhas grandes, olhos defeituosos, irregularidades nos dedos e nos mamilos) o indivíduo encaixar-se-ia no estereótipo do “criminoso nato”. Lombroso, assim, baseado numa criminologia etiológica¹⁸⁸, afirmava que, por uma questão darwiniana¹⁸⁹ de evolução, os criminosos estavam atrasados em relação ao resto da população. Ademais, o próprio Lombroso, ao decorrer de sua teoria antropomórfica, amplia seu pensamento para acrescentar outras causas para criminalidade, indicando cinco espécies de criminoso: nato; passional; louco; ocasional e epiléptico.¹⁹⁰

Em síntese, temos inicialmente um criminoso analisado sob a ótica das ciências naturais. “Lombroso imaginou ter encontrado, no criminoso, em sentido natural-científico, uma variedade especial do *homo sapiens*, que seria caracterizada por sinais (*stigmata*) físicos e psíquicos.” Pregoava que o “criminoso nato” possuía muitas características atávicas, que repetiam traços dos homens mais primitivos.¹⁹¹

Por sua vez, na fase sociológica, Enrico Ferri inaugura, então, a denominada Sociologia Criminal, analisando a fundo todos os fatores sociais que podem influenciar na prática de um delito, desde o alcoolismo até a opinião pública e

¹⁸⁷ Ob. Cit. p. 110.

¹⁸⁸ Pensou-se que estudando e erradicando a causa, seria eliminaria o efeito.

¹⁸⁹ Perceba-se que as ideias de Darwin também são utilizadas para justificar o surgimento dos direitos humanos, uma vez que “o curso do processo de evolução vital foi substancialmente influenciado pela aparição da espécie humana. A partir de então, surge em cena um ser capaz de agir sobre o mundo físico, sobre o conjunto das espécies vivas e sobre si próprio, enquanto elemento integrante da biosfera. O homem passa a alterar o meio ambiente e, ao final, com a descoberta das leis da genética, adquire os instrumentos hábeis a interferir no processo generativo e de sobrevivência de todas as espécies vivas, inclusive a sua própria.” COMPARATO, Fábio Konder. **A Evolução Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 4a. edição, 2005. p.18

¹⁹⁰ PRADO, Luiz Regis. BITENCOURT, Cezar. **Elementos de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais. 1995. p. 32.

¹⁹¹ FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995. p. 74.

determina que os fatores individuais estão ligados a fatores sociais que impelem o sujeito ao cometimento do crime.¹⁹² Um criminoso marcado por um determinismo social.¹⁹³

Ferri, destarte, deu relevância não só a fatores biológicos, mas “também aos fatores mesológicos (relação entre ambiente e seres) e sociológicos, além dos físicos, na etiologia delinquencial. Salientou, ele, a existência do trinômio causal do delito, composto por fatores antropológicos, sociais e físicos”.¹⁹⁴

Sob o título ‘quem pode ser criminoso’, Enrico Ferri explica que, “sob o ponto de vista natural, não pode ser delinquente senão quem seja um anormal.” Desenvolve conceito, explicitando que esta anormalidade pode ser “por condições congênitas ou adquiridas, permanentes ou transitórias, por anormalidade morfológica ou biopsíquica, ou por doença, mas sempre, mais ou menos, anormal.” E, assim, conclui que “se o homem normal é o homem adaptado à vida social, quem na vida social reagir aos estímulos externos com uma ação delituosa, não pode ser senão um anormal”¹⁹⁵.

Rafael Garófalo, por sua vez, criou o termo Criminologia. Imaginou que esta ciência deveria ter uma tríplice preocupação: antropológica, sociológica e jurídica. “Segundo ele, a Criminologia é a ciência da criminalidade, do delito e da pena”. Seu ponto de partida foi a concepção de um ‘delito natural’ – partindo das ideias de Lombroso, que havia um criminoso nato, entendeu que também haveria um delito natural, que transcendesse a qualquer civilização, que fossem considerados ilícitos não importando a época ou o lugar.¹⁹⁶

¹⁹² LOSANO, Mario G. ob cit. p. 112.

¹⁹³ Segundo Nina Rodrigues [1894?], fiel seguidor dos ensinamentos de Ferri, a igualdade perante a lei proposta no Brasil era inviável do ponto de vista criminal, porquanto, em sendo a regra os conflitos entre os civilizados-brancos e as demais raças inferiores – consideradas, por ele, moral e fisicamente desiguais –, não haveria lugar para uma igualdade política. Segundo o médico e antropólogo, era necessário dividir-se a legislação penal por regiões geográficas, dada a “[...] accentuada diferença da sua climatologia, pela conformação e aspecto physico do paiz, pela diversidade ethnica da sua população, já tão pronunciada e que ameaça mais accentuar-se ainda”.

¹⁹⁴ FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. Ob. cit. p. 82 – 83.

¹⁹⁵ FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal. O criminoso e o Crime.** tradução Luiz de Lemos D’Oliveira. 3ª edição. Campinas-SP: Russell editores, 2009. p. 188.

¹⁹⁶ FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. Ob. cit. p. 86.

Com Garófalo, tem-se a fase jurídica da Escola Positiva. Para ele, existiam duas espécies de delitos, os legais e os naturais. Por delito natural, entendia ser aquele que ofendia “os sentimentos altruístas fundamentais de piedade e probidade, na conformidade do que assim se consideraria a média de uma determinada coletividade ou agrupamento social”. Já os delitos legais, eram aqueles variáveis de país para país, não ofendendo o senso moral e não eram provenientes de anomalias de seus autores.¹⁹⁷

Por fim, conseguiu o mérito de dar uma sistematização jurídica à Escola Positiva, estabelecendo certos princípios, tais como a periculosidade como fator de responsabilização do delinquente e a função da pena como uma prevenção exercida sobre o próprio sujeito delinquente. Garófalo era ceticista em relação à reabilitação de parte dos criminosos, que deveriam ser eliminados, pois não possuíam piedade e nem probidade. Criminosos irrecuperáveis.

Hassemer indica que o grave problema das teorias biológicas é que elas buscavam negar o pensamento tradicional do Direito Penal fundado em reprovação da culpabilidade. Elas não são capazes de auxiliar o Direito Penal orientando-o politicamente: não trazem qualquer “perspectiva de modificação, de progresso, de orientação pelas consequências.”¹⁹⁸

Vale destacar que as diversas concepções de criminosos a partir da Escola Positiva são sintetizadas em quatro grandes perspectivas: a) a clássica, em que o criminoso era um pecador que optou (através do seu livre-arbítrio) pelo mal, embora pudesse e devesse respeitar a lei (decorrente do contrato social rousseauiano aceito pela sociedade); b) a positivista, que considera o criminoso um escravo de sua patologia criminosa (determinismo biológico) ou de processos causais alheios (determinismo social); c) a correcionalista, que entendia o criminoso como um ser inferior, deficiente, débil, incapaz de dirigir por si mesmo sua vida e d) a marxista¹⁹⁹, que vê o

¹⁹⁷ Idem, ibidem. p. 88.

¹⁹⁸ HASSEMER, Winfried. Ob. cit. p. 64.

¹⁹⁹ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 52-54

criminoso como uma vítima inocente do determinismo econômico e social da sociedade capitalista²⁰⁰.

3.2.2 Teorias da socialização defeituosa

Abandonando as teorias do indivíduo defeituoso, pode-se apontar para uma tendência das teorias criminológicas a encontrar fatores para o crime na socialização do autor. São as teorias da socialização defeituosa. As causas da criminalidade passam a considerar também os fatores de caráter social, externos ao indivíduo, entendendo que os defeitos no processo de socialização podem gerar o cometimento de delitos.

“A conduta criminosa é aprendida, é conduta socializada”. A família, a escola, os vizinhos, o trabalho, os amigos, todas essas instâncias contribuem para o processo de socialização do indivíduo, contribuindo para a adoção de um padrão em sua conduta social, sua mentalidade e obediência às normas.²⁰¹

Explica Hassemer que “esta vinculação dos momentos psicológicos, individuais e sociais com modelos explicativos sócio-estruturais, é o mais importante fundamento do elevado grau de aceitação das teorias da socialização.”²⁰² Isto torna essas teorias abertas aos novos desenvolvimento das ciências sobre o homem e a sociedade, conseguindo integrar descobertas da sociologia e da psicanálise.

Investigações empíricas forneceram provas das relações entre os defeitos da socialização e a conduta criminosa. Assim, podem-se identificar diversos desdobramentos dos estudos em campos concretos, e, conseqüentemente, em subteorias. As principais são as escolas ecológicas, ou da desorganização social;

²⁰⁰ Sobre esse tema, confira-se a lição de Fábio Konder Comparato, que afirma que o capital é, por assim dizer, personificado com o advento do capitalismo, e elevado à dignidade de sujeito de direito, o trabalhador é aviltado à condição de mercadoria, de mero insumo no processo de produção, para ser ultimamente, na fase de fastígio do capitalismo financeiro, dispensado e relegado ao lixo social como objeto descartável. Ob. cit. p. 37.

²⁰¹ HASSEMER, Winfried. Ob. cit. p. 67.

²⁰² HASSEMER, Winfried. Ob. cit. p. 67.

teoria do *broken homes*; teoria do contato diferencial; teoria da subcultura e neutralização.

Assim, num estudo sobre as teorias ecológicas, o meio urbano (daí o nome de ecológico) era estudado como um organismo dividido em zonas, de trabalho, de residência, público e privado, etc, e que poderia ser subdividido, ainda, em relação à quantidade de condutas desviadas que ocorriam em cada um desses ambientes.

A primeira manifestação acerca do problema dos centros urbanos foi dada por Robert E. Park, sociólogo da Escola de Chicago, que em um trabalho publicado em 1915 no *American Journal of Sociology* destacou a influência do entorno urbano na conduta humana. Posteriormente, com Burgess y McKenzie, foi possível formular um modelo de crescimento típico de cidades americanas, nas quais o centro da cidade é destinado à zona burocrática, financeira e profissional e, próximo a esta zona, estão residências de camadas mais pobres. As zonas periféricas, diferentemente do que ocorre no Brasil, são destinadas a camadas sociais mais elevadas.²⁰³

Assim, através de investigações empíricas, foi possível demonstrar que comportamentos denominados 'predelitivos' "tienden a concentrarse en las llamadas «delinquency Areas», las cuales se determinan en las cercanías de comercios y tiendas de mercancías, sobre todo en los complejos de viviendas de los cascos urbanos", ao passo que as zonas habitadas mais distantes do centro estavam livre de semelhantes aparições.²⁰⁴

O grande problema que pode ser identificado nessas teorias é que a criminalidade era analisada conforme a determinada zona da cidade de Chicago, delimitando o contexto sociológico-geográfico-urbano. Assim, fixava-se a atenção em partes da população já deterioradas, marginalizadas. Além disso, o método puramente descritivo, positivista, das teorias ecológicas, não conseguia explicar as causas da criminalidade, propondo apenas medidas pontuais nos pontos de maior criminalidade.

²⁰³ BERGALLI, Roberto. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. MIRALLES, Teresa. Ob. cit. p. 114 e 115.

²⁰⁴ Idem, ibidem. p. 116.

Por fim, em nada esta teoria contribui para a explicação ou até mesmo identificação da criminalidade econômica.

Ainda no âmbito na socialização defeituosa, há a teoria dos lares defeituos, denominada *broken homes*. Em 1939, Eleanor y Sheldon Glueck, ambos criminólogos e pesquisadores de Harvard Law School, iniciaram uma pesquisa com numerosos estudos, e, alcançaram até 1970 importantes conclusões a respeito dos efeitos criminógenos dos lares defeituos.²⁰⁵

A investigação do casal Glueck incluía 500 jovens de 7 a 17 anos, que foram acompanhados durante o período da pesquisa, no tocante ao desvio da norma. Alguns fatores foram apontados como sendo o fator criminógeno (os 'lares defeituos'): famílias incompletas, com mudanças rápidas nas pessoas que a formavam; alteração em relação a alguns dos pais, de técnicas educativas diferentes por parte de cada um deles, e, por último, de dependência da família de serviços assistenciais.²⁰⁶

Em que pese todas as críticas que devem ser feitas à tese dos *broken homes*, deve-se ter em consideração que estas pesquisas conduziram a uma mudança de perspectiva na Criminologia: a delinquência não pode ser vista somente como o resultado de fatos e processo no interior indivíduo desviante, "mas como o resultado de uma interação, de relações recíprocas dos homens uns com os outros"²⁰⁷.

Uma segunda subteoria que pode ser estudada no estudo das teorias da socialização defeituosa é a teoria da subcultura delinquente. A ideia de subcultura foi consagrada nos estudos de Albert Cohen, *Delinquence Boys. The Culture of the gang*. Em verdade, não são conceitos exclusivos do Direito Penal, também podendo ser usado em outras áreas, como a Antropologia e Sociologia.²⁰⁸

Para esta teoria, é verificável a união de grupos delinquentes "espacial, social e normativamente e afastam-se da classe média e dos padrões de conduta; eles valores e normas subculturais". Assim, através dessas subculturas, não só se

²⁰⁵ HASSEMER, Winfried. Ob. cit. p. 67.

²⁰⁶ Idem, ibidem. p. 67.

²⁰⁷ Idem, ibidem. p. 68 – 69.

²⁰⁸ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Ob. cit. p. 242.

afastam das normas da cultura dominante (negativamente), como também se contrapõem a estas normas (positivamente) e as substituem por uma consciência social e normativa própria.²⁰⁹

A constituição dessas subculturas criminais representam, desta forma “la reacción necesaria de algunas minorias altamente desfavorecidas ante la exigencia de sobrevivir, de orientarse dentro de una estructura social, a pesar de las limitadísimas posibilidades legítimas de actuar”.²¹⁰

Schecaira ainda adverte que é preciso separar o que é a subcultura do que é a contracultura, pois, no primeiro caso, os grupos subculturais se retiram da sociedade convencional, aceitando regras próprias entre seus integrantes, como a supervalorização da lealdade, aceitação de jogos de azar, algazarras nas ruas, vandalismo. Exemplos de grupos subculturais são os skinheads, os anarcopunks, as gangues de periferia. Já a contracultura é representada por grupos contestadores e confrontadores, como foi o caso dos hippies.²¹¹

Por razões evidentes, não se pode associar o problema da criminalidade econômica ao fator subcultural. Ao contrário: esses criminosos são pessoas bem quistas na sociedade, e que, muitas vezes, desenvolvem as atividades criminosas no âmbito de sua atuação profissional. Era necessário mais alguma explicação para o fenômeno da criminalidade de colarinho branco.

No âmbito da Criminologia interacionista, portanto, como uma das subteorias da socialização defeituosa, está um dos mais importantes trabalhos para o Direito Penal Econômico, que é a teoria da associação diferencial, proposta por Edwin Sutherland.

Sutherland teve contato com as ideias da Universidade de Chicago, onde obteve o título de PhD no departamento de Sociologia. Em 1924, já pela Universidade de Illinois, publicou a primeira edição da sua obra *Criminology*. No entanto, a teoria da

²⁰⁹ HASSEMER, Winfried. Ob. cit. p. 72 -73.

²¹⁰ PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Traducción de: Ignacio Muñagor. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002. p.111.

²¹¹ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Ob. cit. p. 246.

associação diferencial só iria aparecer na terceira edição do livro, que ocorreu em 1939.²¹²

Inspirou sua teoria nas ideias de Gabriel Tarde, que estudava as teorias da aprendizagem. Em verdade, essas teorias não se interessavam pela aprendizagem formal, ou aprendizagem do saber escolar, mas representavam a aprendizagem do comportamento humano em sua totalidade, ou seja, são teorias sobre o desenvolvimento psicológico. Assim, havia enorme contribuição para a conformação externa do comportamento individual.²¹³

A interpretação dada por Sutherland afirma que os contatos que têm lugar em determinados grupos sociais chegam a conformar-se de acordo com um processo de aprendizagem. Assim, se conformam os modelos de condutas e a orientação dos valores e formas de reação. Como em uma sociedade existe uma grande variedade de grupos e diferentes estruturas de normas e valores, cada grupo adotará o modelo que se conformará com a orientação de valores conforme a idade, sexo, status socioeconômico de seus componentes.²¹⁴

Assim, como explica o próprio Sutherland, a associação diferencial delimita que a “conducta delictiva se aprende en asociación con aquellos que definen esa conducta favorablemente y en aislamiento de aquellos que la definen desfavorablemente”, demonstrando que uma pessoa “en una situación apropiada participa de esa conducta delictiva cuando, y sólo cuando, el peso de las definiciones favorables es superior al de las definiciones desfavorables”.²¹⁵

Esta foi a forma de Sutherland explicar a criminalidade econômica, denominada criminalidade de colarinho branco. E, em que pese estar ainda arraigada a uma ideia de criminoso com algumas características diferenciadas, representou um grande salto em relação às teorias anteriores. No que diz respeito à criminalidade, o pensamento positivista havia proposto um modelo explicativo que esclarecia o

²¹² NEVES, Eduardo Viana Portela. A Atualidade Edwin H. Sutherland. *In Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas*. Organizador Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília-DF: ESMUP, 2011. p. 45 e seguintes.

²¹³ BERGALLI, Roberto. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. MIRALLES, Teresa. Ob. cit. p. 117.

²¹⁴ BERGALLI, Roberto. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. MIRALLES, Teresa. Ob. cit. p. 118.

²¹⁵ SUTHERLAND, Edwin. *El Delito de Cuello Blanco*. tradução Rosa del Olmo. Edição e prólogo de Fernando Alvarez-Uria. Madrid: La Piqueta, 1999. p. 277.

violador das leis por um método patológico; as teorias da subcultura inverteram a definição de patologia do criminoso para a sociedade. Já a teoria da associação diferencial, pelo contrário, “rechazando la noción según la cual la sociedad se funda sobre el consenso y afirmando que ésta se estructura sobre un pluralismo normativo, se contrapone a las teorías de la desviación fundadas sobre la patología individual o social.”²¹⁶

Exatamente pela importância e pertinência temática em relação à criminalidade econômica, esta teoria será aprofundada no capítulo seguinte, que trata dos aspectos criminológicos desses crimes de colarinho branco, e tem em Sutherland seus primeiros estudos.

3.2.3 Teorias da estrutura social defeituosa: anomia

Esta teoria foi desenvolvida por Robert K. Merton, porém com forte apoio nas ideias de Emile Durkheim, sobretudo nas obras ‘Da divisão do trabalho social’ (1893); ‘As regras do método sociológico’ (1895) e ‘O Suicídio’ (1897).²¹⁷ Estas obras demonstravam total oposição ao positivismo criminológico, procurando explicar a criminalidade a partir de outras premissas que não as de cunho *bioantropológico*.

Na primeira obra citada, Durkheim destaca anomia na divisão do trabalho social, consistente numa ausência de função social, facilmente detectada nas crises industriais e comerciais e no conflito entre capital e trabalho. Já na obra ‘O Suicídio’, Durkheim destaca que a anomia como fator de incremento das taxas de suicídio²¹⁸.

Explica-se que a ideia de anomia não está necessariamente ligada à ausência de normas, mas também “se ocupa de las condiciones en que se origina dicha ausencia

²¹⁶ PAVARINI, Massimo. Ob. cit. p.121.

²¹⁷ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Ob. cit. p. 214 – 215.

²¹⁸ Idem, Ibidem. p. 215.

normativa, mejor dicho, de los procesos de cambios estructurales condicionados por la pérdida del poder de mando de dichas normas”.²¹⁹

A partir destas concepções, Robert Merton desenvolve a teoria estrutural funcionalista, afastando, de uma vez por todas a Criminologia do enfoque individual e isolado para encarar a análise da criminalidade a partir de uma visão macrossociológica. O delinquente deixa de ser visto como se fosse alguém anormal, portador de uma patologia. Baratta explica: “o delito faz parte, enquanto elemento funcional, da fisiologia e não da patologia social”.²²⁰

E, continua explicando que a teoria da anomia sobre a criminalidade, que as causas do desvio não podem ser explicadas nem em fatores bioantropológicos, nem em fatores naturais (clima, raça), nem em uma situação de patologia da estrutura social; que é necessário compreender o desvio como um fenômeno natural em toda sociedade; e que, somente quando ultrapassados certos limites, o fenômeno do desvio é negativo para a existência e o desenvolvimento da sociedade, passando para uma situação de desorganização tal, que as regras de conduta perdem valor.²²¹

Assim, pode-se dizer que a teoria da anomia parte de duas concepções: a estrutura cultural e a estrutura social. Estrutura cultural é o conjunto de finalidades e objetivos históricos que conduzem o modo de vida dos sujeitos socializados em dada sociedade, e que vai pautar, de um modo geral, o comportamento dos indivíduos. Estrutura social é o conjunto de meios legítimos que se encontram à disposição dos sujeitos para a obtenção desses fins, como o trabalho, por exemplo. Considera-se harmônica uma sociedade em que os meios estão disponíveis igualmente a todos os indivíduos para a consecução dos fins; e anômica será a sociedade em que a estrutura social atua de forma a obstruir a realização das expectativas sociais, demonstrando uma discrepância entre essas estruturas.²²²

²¹⁹ BERGALLI, Roberto. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. MIRALLES, Teresa. Ob. cit. p. 133 – 134.

²²⁰ BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2. ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999, p. 60.

²²¹ Idem, ibidem. p. 59 – 60.

²²² HASSEMER, Winfried. Ob. cit. p. 79 e seguintes.

Em suma, a origem do delito repousa na ausência de meios legítimos para o atingimento das estruturas culturais, uma vez que há uma distribuição seletiva e escassa de meios para a ascensão. Isso justificaria e estimularia “que alguns procurem alcançar os objetivos culturais comuns ambicionados pelos meios que não valem como legítimos (roubos, sonegação de impostos).”²²³

Assim, explica-se que a teoria da anomia repousa na ideia de quem não tem na sociedade o provimento de meios legais – oportunidades – para alcançar o bem-estar, “se verán presionados mucho antes que los demás a la comisión de actos reprochable para lograr dicho fin (en general, delitos contra la propiedad)”.²²⁴

A partir desta concepção, Merton consegue explicar porque os índices maiores de criminalidade estão nas camadas mais baixas da sociedade; e, ainda, consegue explicar a criminalidade econômica, que será retratada com detalhamento no capítulo seguinte.

3.3. A MUDANÇA DE PARADIGMAS: CRIMINOLOGIA DA REAÇÃO SOCIAL E A TEORIA DO LABELLING APPROACH

Até o advento da Criminologia da reação social, as teorias anteriores apontavam quatro motivos para a concepção crítica entre delinquência e valores (atinentes ao movimento da Defesa Social): primeiramente, expõem os defeitos da socialização, justificando porque alguns sujeitos se tornam delinquentes; em seguida, explicam como esta exposição depende menos da disponibilidade dos indivíduos do que da diferenciação dos contatos sociais e participação em subculturas; em terceiro lugar, o processo de socialização depende da valoração social (positiva ou negativa) dos fenômenos de estratificação social, conflitualidade, desorganização ligados à estrutura social; e demonstram, em certa medida, a adesão a valores, normas,

²²³ Idem, *ibidem*. p. 81.

²²⁴ BERGALLI, Roberto. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. MIRALLES, Teresa. Ob. cit. p. 134.

definições e uso de técnicas que motivam e tornam possível um comportamento criminoso.²²⁵

Assim, mais do que estudar a legitimidade da valoração que determina, no sistema penal, o que é o comportamento adequado, surge a necessidade de se estudar também o problema da definição do delito e as implicações político-sociais que esta definição revela. É aí que surge a Criminologia da Reação Social: não se poderia estudar o fenômeno da criminalidade, sem se estudar a ação do sistema penal, que vai definir o que é delito e vai combatê-lo.²²⁶

A Criminologia da Reação Social contribui para que se entenda o crime enquanto a “criminalização do comportamento desviante e para a perpetuação do comportamento delitivo, mediante a aposição de rótulos e amplificação do desvio.” Esta Criminologia da Reação Social compreende tanto a teoria da rotulação (*labelling approach*), quanto as teorias do estigma e do estereotipo.²²⁷

Os principais expoentes da teoria da rotulação são Becker, Lemert, Kitsuse, Tanenbaum, Schur, Erikson e Gusfield. Lola Aniyar de Castro indica que Becker explica o fenômeno da criminalidade e a figura do criminoso não como sendo uma patologia ou como fruto de um fator social: as pessoas são classificadas como delinquentes somente porque alguns grupos sociais criam regras cuja violação constitui o desvio. “Deste ponto de vista, o desvio não é uma qualidade do ato que a pessoa realiza, mas sim uma consequência de que outros apliquem regras e sanções a um transgressor. O desviante é alguém a quem foi aplicado este rotulo com êxito.”²²⁸

E, este criminólogo exemplifica que o ato de injetar heroína em uma veia não é desviado em si mesmo. Se está sendo feito por uma enfermeira, que administra a droga a um paciente cumprindo ordens médicas, tudo está perfeitamente em ordem. “El acto se convierte en desviado cuando se hace en una forma que, públicamente,

²²⁵ BARATTA, Alessandro. Ob. cit. p. 85.

²²⁶ Idem, ibidem. p. 86.

²²⁷ ANYIAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. Tradução e Acréscimos de Ester Kosovski Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 96.

²²⁸ ANYIAR DE CASTRO, Lola. Ob. cit. p. 99.

se considera indebida. El carácter desviado de un acto radica en la forma en que lo define la mentalidad pública”.²²⁹

É a partir do *labelling approach* que a pergunta feita no âmbito de estudos dos criminólogos passa a mudar. Não se questiona mais o porquê são cometidos os crimes. O enfoque passa a ser o questionamento acerca dos motivos de algumas pessoas serem tratadas como criminosas, e qual a legitimidade desta definição.²³⁰

Assim, não se pode compreender o crime fora de uma perspectiva interacionista, pois o processo social de definição ou seleção de certas pessoas que serão etiquetadas como delinquentes é fruto de uma reação social. “A desviação não é uma qualidade intrínseca da conduta, senão uma qualidade que lhe é atribuída por meio de complexos processos de interação social, processos esses altamente seletivos e discriminatórios.”²³¹

Ainda segundo Becker, citado por Lola Aniyar de Castro, a criação das normas penais é uma imposição de certas regras, que são feitas por uma questão de poder político e econômico, são imposições de grupos que detém armas e poder e conseguem impor seus pontos de vista. Porém, só a criação da regra não significa automaticamente que ela será imposta e obedecida – daí o nome da teoria, como sendo reação social: o apontamento ou etiquetamento só se realizará sobre aqueles a quem a reação social seleciona.²³²

Roberto Bergalli explica que, através das etapas do etiquetamento se concretiza a ideia de desviação: o momento de criação do desvio coincide com a própria criação das normas; já no momento da aplicação do sistema normativo tem efeito a seleção, que termina por ser um princípio unitário entre as duas etapas. “Asimismo, la actividad de creación y aplicación de normas da motivo al otro efecto del labelling: la definición del comportamiento como desviado.”²³³

²²⁹ TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. Ob. cit. p. 156.

²³⁰ SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Ob. cit. p. 291.

²³¹ GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Antonio. GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit. p. 385.

²³² ANYIAR DE CASTRO, Lola. Ob. cit. p. 101.

²³³ BERGALLI, Roberto. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. MIRALLES, Teresa. Ob. cit. p. 151.

Hassemer explica a nomenclatura *labelling*, que significa rotulação, ampliando o conceito para outras esferas do dia-a-dia, indicando que o etiquetamento não é só realizado pelas instâncias formais de controle social (como vistos, os agentes da criminalização secundária, a polícia, o Ministério Público e os tribunais penais): os processos de ‘interação simbólica’²³⁴ indicam que as famílias apontam prematuramente a ovelha negra entre os irmãos, os alunos e professores elegem o estranho da sala... E, assim, estigmatizam com “sinais do fracasso social aqueles que mais tarde serão percebidos e aprofundados por outras instâncias de controle social e assumirão esta marca como parte de suas biografias, como papel impingido e arrastado”.²³⁵

Lola Aniyar de Castro, citando William Payne em sua obra ‘Etiquetas Negativas, Pasadizos y Prisiones em Estigmatizacion y Conducta Desviada’ explica que as etiquetas podem ser tanto positivas (homem trabalhador, inteligente, esforçado) como negativas (ex-presidiário, homossexual), e, podem ser corretas, mas também falsas, baseadas simplesmente em má informação ou em preconceitos e estereótipos. Como essas qualificações são feitas normalmente aprioristicamente, acabam por induzir um comportamento de acordo com a mesma. Para Payne, essas etiquetas acabam por transferir para a pessoa uma procissão ou um papel a desempenhar. Assim, aquele rotulado pelo sistema penal, mesmo após ter mudado o seu comportamento, ainda será visto como tal.²³⁶

Desta forma, os atributos da etiqueta podem ser definidos da seguinte maneira: são o principal elemento de identificação do indivíduo, tornando-o, nos dizeres de Lola Aniyar de Castro, tanto visível, uma vez que a etiqueta o torna diferente, quanto invisível, pois sua verdadeira identidade se perde; as etiquetas criam autoetiquetas, pois o indivíduo começa a se enxergar da mesma forma que os demais o rotularam, passando a agir como tal – quanto mais ele percorre esse caminho desempenhando

²³⁴ “A expressão ‘interação simbólica’ foi concebida por Herbert Blumer em 1937. Indica um ramo da sociologia e da psicologia social que se concentra em processos de interação. Tal visão parte da idéia segundo a qual as relações sociais em que as pessoas estão inseridas as condicionam reciprocamente. As relações sociais, então, não surgem como determinadas de uma vez por todas, mas como abertas e dependendo de constante aprovação em comum.” SCHECAIRA, Sérgio Salomão. Ob. cit. p. 286.

²³⁵ HASSEMER, Winfried. Ob. cit. p. 102.

²³⁶ ANYIAR DE CASTRO, Lola. Ob. cit. p. 104.

um novo papel, mais difícil se torna a sua reabilitação; as etiquetas criam expectativas, pois a sociedade espera que aquele que recebeu a etiqueta reaja da maneira que lhe foi rotulada; as etiquetas acabam por gerar o comportamento que se tinha expectativa – a etiqueta negativa gera uma expectativa negativa, que resulta em uma autoetiqueta negativa, que culmina num comportamento condizente com as expectativas; as etiquetas negativas acabam por gerar um desvio secundário, sendo que as próprias forças desviantes extraem seu substrato das agências de controle criadas para combatê-las.²³⁷

Pode-se afirmar que foi a integração dos processos subjetivos da construção social da criminalidade, estudados pela teoria do etiquetamento, juntamente com os processos objetivos estruturais e ideológicos das relações sociais de produção da vida material (distribuição de riquezas), definidos pela teoria marxista, que lançou as bases para a formação da Criminologia Crítica.²³⁸

No Capítulo seguinte, a Criminologia da Reação Social será utilizada para explicar, em certa medida, a questão das cifras ocultas em relação à criminalidade econômica, já que esta espécie de sujeito ativo não é visto, socialmente, enquanto delinquente.

3.4. CRIMINOLOGIA CRÍTICA OU RADICAL: A NOVA CRIMINOLOGIA

Nessa trilha de raciocínio, com o avanço científico da Criminologia, chega-se à chamada Criminologia Crítica. Merece destaque, nesse contexto, uma das vertentes desta corrente, chamada Criminologia radical, pois a partir dela o fenômeno da

²³⁷ “Estudos feitos demonstram que as forças policiais concentram as suas atenções e suas atividades de prevenção e de repressão sobre certos grupos que foram anteriormente identificados por meio de etiquetas. (A folha de antecedentes policiais e penais representa aqui um importante papel) Isto cria ressentimentos e hostilidade nas pessoas, que estarão ainda menos dispostas a prestar a sua cooperação aos agentes de controle social e ao próprio grupo. Este comportamento, por seu lado, intensifica a reação social e aglutina e solidifica como consequência uma conduta que será cada vez mais desviante.” ²³⁷ ANYIAR DE CASTRO, Lola. Ob. cit. p. 105.

²³⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Criminologia e Política. in **Criminologia no Século XXI**. Coordenação Walter Barbosa Bittar. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007. p. 111.

criminalidade começou a ser associado aos miseráveis sociais, marginalizados, excluídos pela classe econômica dominante.

Lola Aniyar de Castro demonstra que esta Nova Criminologia, como costuma ser designada, inaugura uma ideologia do conflito. Pelas ideologias marxistas, percebe-se que a formação do Estado é uma formação de sociedade de classes. Neste contexto, exatamente porque existe uma classe dominante e o proletariado, as leis penais não podem ser vistas como um consenso, mas como um conflito e uma imposição de ideologia visto que “a sociedade não tem os mesmos valores: é plural”. Uma Criminologia que parte desse pressuposto, não pode considerar o criminoso como um anormal, que deve ser castigado, melhorado e readaptado: A Criminologia deve se libertar dos conceitos unicamente (e unilateralmente) trazidos nos códigos penais e passar a ter liberdade em seu objeto de estudo.²³⁹

Nesta visão, o crime deriva da luta de classes, da situação de miserabilidade social que se impõe a alguns em detrimento de uma minoria. É baseada em doutrina marxista, e tece duras críticas ao ordenamento da sociedade capitalista, fazendo uma análise do ponto de vista da classe trabalhadora, criticando a própria lei, por ser esta, instrumento da classe dominante e trazendo subsídios importantes para uma nova política criminal.²⁴⁰

Juarez Cirino dos Santos acentua, nesse sentido, ao comentar a obra *Vigiar e Punir*, de Michel de Foucault, que "o objeto real mais geral do sistema de Justiça criminal (além da aparência ideológica e da consciência honesta de seus agentes) é a moralização da classe trabalhadora, através da incultação de uma 'legalidade de base': o aprendizado das regras de propriedade, a disciplina no trabalho produtivo, a estabilidade no emprego, na família etc".²⁴¹

Por sua vez, indica Gacia-Pablos de Molina que “a Criminologia, por seu turno, deve contemplar o delito não só como comportamento individual, mas, sobretudo, como problema social e comunitário, entendendo esta categoria refletida nas ciências

²³⁹ ANIYAR DE CASTRO, Lola. A Evolução da e Avaliação de Teoria Criminológica Seu Estado Atual. tradução Eliane Junqueira. In: **Revista de direito penal e criminologia**. vol. 1 nº 1. Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1971.

²⁴⁰ SANTOS, Juarez Cirino dos. **Criminologia Radical**. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2008. p. 97

²⁴¹ Idem, *Ibidem*.

sociais de acordo com sua acepção original, com toda sua carga de enigma e relativismo”²⁴²

Passou-se, a partir de então, a associar o fenômeno da criminalidade àquelas pessoas que não estavam adaptadas socialmente, é dizer, que estavam à margem da sociedade, justificando muito do comportamento criminoso por esta exclusão no processo de detenção dos meios de produção.

Nesse sentido, Zaffaroni arremata que “há décadas é conhecida a tendência da seleção criminalizante a exercer-se de acordo com estereótipos e a recair sobre a criminalidade grosseira, praticada por pessoas das classes subalternas, carentes de treinamento para condutas mais sofisticadas ou mais dificilmente captáveis pelo sistema penal.” Essa afirmação conduz à conclusão que a grande maioria dos criminalizados não são considerados como tal somente em razão do conteúdo ilícito do injusto cometido, mas pela forma grosseira deste (“obra tosca”, nos dizeres de Zaffaroni) e pelas características estereotípicas do agente, que o colocam sob a mira do sistema penal.”²⁴³

Assim, a Criminologia na América Latina, dado aos números alarmantes de violência que se está diante, não pode ‘dar-se ao luxo’ de buscar um único marco teórico, perdendo tempo ao encontrar e aperfeiçoar esses marcos. Tampouco pode se limitar a ter um horizonte de projeção determinado e limitado. Ao contrário: deve se comportar como uma espécie de “columna vertebral a la que se van prendiendo todos los conocimientos que son necesarios para disminuir el nivel de violencia con que opera el sistema penal”.²⁴⁴

A Criminologia precisa ser crítica! Isso porque “lo contrario sería convertirse en discurso legitimante de una realidad genocida.” Outra razão pela qual não se pode evitar o caráter crítico da Criminologia é o compromisso do discurso criminológico “con nuestra propia supervivencia como comunidad nacional, gravemente

²⁴² GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit. p. 320

²⁴³ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade.** in Revista Discursos Sediociosos n. 14. Tradução: Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. Rio de Janeiro: Revan, 2004. p. 12

²⁴⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina. in VARIOS AUTORES, **Criminología Crítica y Control Social I. El Poder Punitivo del Estado**, Argentina: Editorial Juris, 1993.

amenazada por la disolución comunitaria que viene provocando el paulatino pero incesante carácter represivo del sistema penal”. Isso quer dizer que a orden ‘disciplinadora militarizada vertical’ do modo corporativo da sociedade ameaça a própria constituição a sociedade. “No le bastará, pues, ser "crítica", sino que también deberá ser "aplicada", o mejor dicho, no tendrá sentido quedarse en el nivel de mero discurso de crítica teórica.”²⁴⁵

3.5. A CULPABILIDADE POR VULNERABILIDADE: ASPECTOS DA CRIMINOLOGIA INFLUENCIANDO NA REPROVAÇÃO DA CONDUTA

A teoria da culpabilidade por vulnerabilidade foi capitaneada pelo criminólogo argentino Eugênio Raúl Zaffaroni. Como explorado no capítulo anterior, Zaffaroni explica que o processo de seletividade do sistema penal pode ser observado em duas etapas distintas: primeiramente, ocorre com a criminalização primária, que é o ato de sancionar uma lei penal que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. Já o processo de criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas em concreto, que acontece quando as agências de controle detectam alguém que se supõe tenha praticado certo ato criminalizado.²⁴⁶

Nesse diapasão, percebe-se que há um processo seletivo em dois momentos: num primeiro momento, são selecionados certos tipos de comportamentos que merecerão a tutela penal. As agências políticas – Poder Legislativo e Executivo – exercerão a influência nesse processo de tipificação de condutas. Fica claro, pois, que os tipos penais descrevem condutas, mas os tipos de ato habilitam um espaço de arbitrariedade para a seleção de pessoas.

²⁴⁵ Idem, ibidem.

²⁴⁶ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal**. Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, 2011. p. 43 e seguintes.

Como o programa de criminalização primária é imenso e, portanto, impossível de ser realizado completamente, apenas algumas condutas serão elevadas à categoria de crime. Esta variação dependerá, em tese, dos anseios sociais.

Num segundo momento, a seletividade virá do processo de criminalização secundária. Esta espécie de criminalização é realizada pelas chamadas agências policiais: polícia, promotores, advogados, juízes, agentes penitenciários. Como a capacidade operacional das agências de criminalização secundária é infinitamente menor do que a capacidade de criar tipos penais, essa disparidade leva à necessidade de uma seleção que garantirá um cumprimento mínimo do programa.

Zaffaroni identifica, assim, que a atividade de seleção se realiza principalmente pelas agências policiais, mas não segundo o seu critério exclusivo. Elas se valem das orientações estabelecidas pelo que o autor chama de “empresários morais” – agentes ideológicos que, através de uma atuação comunicativa, influenciam a opinião pública.²⁴⁷

Há, na sociedade, uma parcela da população que “precisa” ser selecionada, julgada, punida e aprisionada pelo sistema. São aqueles que Zaffaroni identifica como “vulneráveis” (periculosidade do poder punitivo em razão de status) é um fato que se traduz em certo grau de probabilidade, pois exercem pouca ou nenhuma influência nesses processos de criminalização e servem, ainda, para manutenção do sistema. É muito mais fácil, assim, selecionar pessoas que circulam pelos espaços públicos com o figurino social dos delinquentes cometendo injustos de pequena ou média gravidade.

Nesse diapasão, para o autor, são vulneráveis ao sistema três espécie de pessoas: a) pessoas cujo estereótipo está incluindo como de criminoso (criminalização pelos valores negativos associados ao estereótipo); b) pessoas que, mesmo sem se enquadrarem no estereótipo, por uma atitude ou crime grotesco tornam-se alvo de fácil detecção pelas agências de controle (autores de homicídios intrafamiliares, ou roubos neuróticos); c) pessoas que, de modo muito excepcional, ocupavam posição

²⁴⁷ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. p. 51 e seguintes.

de invulnerabilidade ao sistema, mas que saem do processo de cobertura política, para demonstração da atuação do sistema para todos.²⁴⁸

Sobre esta última forma de vulnerabilidade, que muito se aproxima do tema central deste trabalho, Zaffaroni atribui esta neosseletividade ao fenômeno da administrativização do Direito Penal, “que se caracteriza pelo uso indiscriminado do poder punitivo para reforçar o cumprimento de certas obrigações públicas”.²⁴⁹ Desta maneira, resta banalizado o uso do Direito Penal, sendo este utilizado como instrumento do Estado para reforçar obrigações de cunho fiscal, societário, previdenciário, o que acaba por atingir uma parcela da população antes não criminalizada.

Tal situação serve para alimentar a ideia de que o sistema penal pode atingir a todos igualmente, no que Zaffaroni denomina ‘mobilidade social vertical’, demonstrando que qualquer pessoa pode ascender verticalmente, “até a cúspide social a partir da própria base da pirâmide”. Desta forma, resta mais encoberta a ideia de seletividade do sistema penal.

O que se percebe, em verdade, é que as consequências de uma desigualdade de acesso à comunicação e/ou ao debate político, sobretudo na seleção de bens jurídicos a serem tutelados, nada mais são que condições de entrada no circuito punitivo, não a sua causa. A seletividade do poder punitivo é e sempre será estrutural e, por conseguinte, não há nenhum sistema penal no mundo cuja regra geral não seja a criminalização secundária – feita por agências formais de controle - em razão da vulnerabilidade do candidato. “Assim, vulneráveis são aquelas pessoas as quais foram selecionadas pelo poder punitivo dada a sua própria natureza e por sua distância do poder.”²⁵⁰

Nesta senda, através de uma análise criminológica do sistema penal, Zaffaroni formula seu conceito de culpabilidade por vulnerabilidade, que é uma forma desta seletividade influenciar na reprovação e conseqüente dosagem da pena. Porém,

²⁴⁸ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. p. 49.

²⁴⁹ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. p. 50.

²⁵⁰ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A Culpabilidade no Direito Penal Contemporâneo** - São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 187.

antes disso, reconhece no processo de criminalização primária um certo “privilégio” concedido a determinadas situações, como forma puramente simbólica de tipificação penal, favorecendo uma classe seleta da população, quando, ao contrário, a camada menos favorecida deveria ter alguma forma de compensação pela ausência de acesso a bens essenciais.

3.5.1 Um ponto de partida: a coculpabilidade e a coculpabilidade às avessas

A ideia da coculpabilidade, idealizada por Marat e Magnaud e, por muito tempo preconizada por Zaffaroni, parte do pressuposto que todo indivíduo age com autodeterminação. Porém, o âmbito de autodeterminação pode ser maior ou menor, a depender da gama de oportunidades que a sociedade oferece ao indivíduo. Os indivíduos que não são contemplados com as melhores oportunidades sociais, por consequência, atuam com menor âmbito de autodeterminação e não podem ser sobrecarregados com estas causas sociais no momento da reprovação de sua culpabilidade. “Costuma-se de dizer que há, aqui, uma ‘coculpabilidade’ com a qual a própria sociedade deve arcar.”²⁵¹

Zaffaroni atribui como antecedente lógico à teoria da coculpabilidade as ideias do Direito Penal Socialista, mas vê no pensamento do médico Jean Paul Marat (1743-1793), revolucionário francês, seu primórdio enquanto método de enxergar um menor desvalor na conduta criminoso. Marat desenvolveu um “Plano de legislação criminal” no qual apresentou duras críticas de cunho socialista e revolucionário ao pensamento talional kantiano, explicando que a pena mais justa seria mesmo a baseada nas leis de *talis*, mas isso somente se a sociedade contratualista fosse igualitária e justa.²⁵²

Prossegue Zaffaroni, expondo as ideias de Marat, que os homens se reuniram em sociedade para que vissem garantidos seus direitos, mas a primitiva noção de

²⁵¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: Parte Geral – 7a ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p. 527.

²⁵² Idem, *ibidem*. p. 234.

igualdade social foi desfeita através da violência que exerceram uns sobre os outros. Percebe-se através dos tempos um enriquecimento de uns poucos em detrimento de outros tantos, sem que houvesse qualquer freio ao aumento das fortunas e ao despojamento dos bens da maioria. A partir desse ponto, sustentava então, que os indivíduos que não obtinham da sociedade mais do que desvantagens não estariam obrigados a respeitar as leis, afirmando que “se a sociedade os abandona, retornam ao estado da natureza e recobram pela força”.²⁵³

Indica o criminólogo argentino que o Estado é deveras omissivo em relação às garantias fundamentais do cidadão e cumprimento dos direitos humanos, exemplificando a omissão da seguinte forma: o maior número de mortes na América Latina é produzido pelas mesmas agências estatais que deveriam combater o crime a trazer a paz social, seja porque atuam comissivamente ou omissivamente. A violência policial direta se traduz em um sem número de mortos por ano, “sea por ejecuciones sin proceso, sea por las policías o por grupos de exterminio no directamente políticos, a los que cabe agregar las ‘muertes anunciadas’, las ‘ejemplarizadoras’”. É notável, neste aspecto, a omissão do Estado e do sistema penal. Agrega, ainda, a esta omissão estatal, aquela referente à falta de “provisión de alimentación o atención médica elemental en los primeros meses o años de vida [...] a lo que cabe agregar un número aproximadamente igual o mayor de personas que jamás alcanzarán el completo desarrollo psicofísico, por secuelas de las mismas carencias.”²⁵⁴

Tomando esta omissão estatal como base, e entendendo que ‘juízos paritários’ de reprovação individual pelo ato criminoso só seriam possíveis se houvesse, por parte do Estado “satisfação mínima de seus direitos fundamentais (direitos de liberdade e direitos sociais, econômicos e culturais)”²⁵⁵, é necessário repensar a pura culpabilidade do ato, acrescentado a esta noção alguns aspectos da vida social do indivíduo.

²⁵³ Idem, *ibidem*. p. 234.

²⁵⁴ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina. *in* VARIOS AUTORES, **Criminología Crítica y Control Social I. El Poder Punitivo del Estado**, Argentina: Editorial Juris, 1993.

²⁵⁵ CARVALHO, Amílton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 71.

Aplicar a noção da coculpabilidade decorre do reconhecimento da exclusão social inequívoca por parte do Estado, corresponsabilizando-o indiretamente por esse fato. O limite que se deve ter é para que não se transforme o criminoso em vítima e o Estado em criminoso, invertendo erroneamente as posições jurídicas de ambos.²⁵⁶

Ainda assim, deve haver alguma forma de compensação da desigualdade da capacidade de autodeterminação do agente. Do contrário, a aplicação igualitária da lei penal e da consequente dosimetria da pena conduziria a uma “desigualdade material”, visto o tratamento ‘igualitário de desiguais’, ou seja, apesar de gerar uma situação de ‘igualdade formal’, substancialmente estaria descaracterizado o princípio da isonomia”.²⁵⁷

No Brasil, é plenamente possível a aplicação prática do princípio da coculpabilidade, com influência sobre a dosimetria da pena, uma que o art. 66 do Código Penal traz uma denominada atenuante genérica, que consiste na possibilidade de o legislador atenuar a pena do agente em função de circunstância relevante, ainda que não prevista em lei.

Aplicar a coculpabilidade como forma de atenuação de pena é uma maneira de se colocar em prática o princípio da dignidade da pessoa humana. Principalmente, quando entendemos a dignidade da pessoa humana como um princípio ético-jurídico, que é capaz de orientar o reconhecimento, a partir de uma interpretação teleológica da Constituição, de direitos fundamentais expressos e implícitos tanto no texto constitucional quanto em normas infraconstitucionais, como é o Código Repressor.²⁵⁸

Assim, trazendo o enfoque constitucional, pode-se definir a coculpabilidade como sendo “um princípio constitucional implícito que reconhece a corresponsabilidade do Estado no cometimento de determinados delitos, praticados por cidadãos que

²⁵⁶ MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 38.

²⁵⁷ CARVALHO, Amílton Bueno de. CARVALHO, Salo de. Ob. cit. p. 71.

²⁵⁸ SOARES, Ricardo Mauricio Freire: **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo Saraiva, 2010, p.136-137. Em sentido similar, ensina George Sarmento que “o conceito de dignidade humana é apriorístico: precede a experiência jurídica. É exigência ética mínima inalienável e irrenunciável, essencial à própria condição humana.” SARMENTO, George. Tutela da Intimidade. In: CHAGAS CRUZ, Ariele; SARMENTO, George; SEIXAS, Taysa Matos (Org.) **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2014.

possuem menor âmbito de autodeterminação diante das circunstâncias do caso concreto”. Este compartilhamento de responsabilidade se dá, “principalmente no que se refere às condições sociais e econômicas do agente, o que enseja menor reprovação social, gerando conseqüências práticas não só na aplicação e execução da pena, mas também no processo penal”.²⁵⁹

Entretanto, Zaffaroni apresenta dois problemas na ideia de coculpabilidade: as premissas nem sempre verdadeiras sobre as quais se fundam esta noção e a possibilidade de o legislador deturpar esta noção, o que ficou consagrado como coculpabilidade às avessas.

Esta coculpabilidade às avessas aparece quando o legislador, que faz parte da maioria dominante, como visto, e age em interesse dela em detrimento da maioria criminalizada, se utiliza da lei penal para tratar de benefícios para as classes influentes e incriminar condutas que dizem respeito somente às classes subalternas. Nesse sentido, sobre a seleção criminalizante, Zaffaroni explica que “la decisión criminalizante de la agencia judicial siempre es "mala", pero menos "mala" que la libre arbitrariedad del poder de las restantes agencias”.²⁶⁰

Assim, mais do que se falar em uma construção teórica contrária à tese da coculpabilidade, quando se trata da coculpabilidade às avessas, deve-se ter em conta a prática do legislador penal, aliada à jurisprudência pátria. Assim, percebe-se que, ao revés de aplicar a atenuante em casos de extrema miserabilidade do delinquente, impelido à prática criminosa (e, há aqui quem defenda, inclusive, que deveria ser uma exculpante supralegal da inexigibilidade de conduta diversa), vê-se na legislação pátria uma série de tipificações atinentes às classes desprivilegiadas.

Nesta senda, pode-se verificar a coculpabilidade às avessas quando há “a tipificação de condutas dirigidas a pessoas marginalizadas, ou aplicando penas mais brandas aos detentores do poder econômicos, ou ainda como fator de diminuição e também aumento da reprovação social e penal”.²⁶¹

²⁵⁹ MOURA, Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 36 -37.

²⁶⁰ ZAFFARONI, E. Raul. **Em Busca das Penas Perdidas**. 4ª edição. tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1992. p. 252.

²⁶¹ MOURA, Grégore. Ob. cit. p. 44.

Na legislação brasileira, pode-se apontar como um dos casos mais gritantes da coculpabilidade às avessas a tipificação, na Lei de Contravenções Penais (Decreto Lei nº 3.688/41) de condutas tais como a mendicância (art. 60 da LCP, finalmente revogado pela Lei 11.983/2009), a vadiagem (art. 59 da LCP) ou a posse de chaves falsas ou instrumentos utilizados para furtos, se o sujeito se encontra na situação de mendigo ou vadio (art. 25 da LCP).

A tipificação de tais contravenções demonstra de forma que a nossa legislação é rendida à coculpabilidade às avessas, tendo em conta que se dirige a um público alvo, qual seja, justamente os marginalizados e excluídos do convívio em sociedade. E, para além disso, percebe-se em outras legislações uma nítida intenção de privilegiar a classe dominante, como é o caso da legislação tributária e previdenciária. Nestas espécies de crimes, há a extinção da punibilidade quando o autor do delito promove o seu pagamento, fato este que não ocorre nos crimes patrimoniais comuns.

Isso não impede, entretanto, que em algumas outras legislações consideradas atinentes à criminalidade econômica, o legislador resova promover uma verdadeira caça às bruxas, aplicando uma das funções não declaradas do sistema, em que o Direito Penal acaba por ser aplicado como uma forma de demonstrar à sociedade a punição de uma camada de nível social elevado.

Já quanto às premissas sobre as quais se fundam a noção de coculpabilidade, Zaffaroni explica que este conceito de coculpabilidade acaba por estar arraigado a correntes criminológicas que mantinham a noção de que o crime era efeito da pobreza, o que já demonstrou não ser verdade; ainda, subestimava-se ou se tinha como irrelevante a seletividade criminalizante – já estudada no Capítulo anterior – sem que se possa pressupor um funcionamento igualitário do sistema penal.²⁶²

Assim, com o intuito de corrigir a noção de coculpabilidade, Zaffaroni desenvolve o conceito de culpabilidade por vulnerabilidade, explicitado no tópico a seguir. A situação de vulnerabilidade surgirá quando alguém é selecionado pelo sistema penal e o sistema utiliza está sujeito como justificativa para seu próprio exercício de poder.

²⁶² ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. p. 626-627.

3.5.2 A noção de vulnerabilidade aplicável à culpabilidade

Primeiramente, é preciso pontuar que a denominada culpabilidade por vulnerabilidade é uma forma de trazer conceitos criminológicos à dogmática penal e esta realidade existe, pois o Direito não pode se furtar à integração em formações sociais. Assim, Márcia Dometila Lima de Carvalho²⁶³ afirma que o ‘dogma’ da culpabilidade não pode deixar de ter em conta determinados fatores sociais, como por exemplo, o fato de o sujeito fazer parte de uma subcultura, com seu sistema próprio de valores, diferentes daqueles eleitos constitucionalmente, e isso não pode “ser-lhe imputado, porque resultante das carências dos direitos sociais, necessários à socialização, na conformidade das normas jurídicas impositivas”.

Fábio Guedes de Paula Machado, explicando a culpabilidade por vulnerabilidade, indica que o conceito de seletividade do sistema penal vai ser abarcado pela noção dogmática de culpabilidade. Assim, explicitando as ideias de Zaffaroni, indica que os “componentes da culpabilidade são o espaço de autodeterminação e culpabilidade do ato, a possibilidade exigível de compreensão da criminalidade e a possibilidade exigível de compreensão da antijuridicidade.”²⁶⁴

Para Zaffaroni, portanto, a culpabilidade, é a vinculação do delito com sua conseqüência (a pena) que indica a dosimetria e individualização da pena – é o que ele chama da conexão punitiva. “Nesse sentido, nenhuma teoria do direito penal pode prescindir de uma conexão punitiva, ou seja, não pode pretender que o conteúdo do antijurídico de um ilícito indique diretamente a quantidade da pena”, e isso se daria, explica o autor, “porque pressuporia a falta de humanidade, ou seja, a

²⁶³ CARVALHO, MÁRCIA DOMETILA LIMA DE. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 72.

²⁶⁴ MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A Culpabilidade no Direito Penal Contemporâneo** - São Paulo: Quartier Latin, 2010. p. 188.

igualdade e imutabilidade de todos os seres humanos. Por isso, todas se valem de uma conexão punitiva”²⁶⁵.

Zaffaroni demonstra que, em verdade, toda a discussão se funda em saber se o injusto é um conceito objetivo (predominantemente) ou se se funda em subjetividade (sendo um injusto ‘complexo’), demonstrando a dicotomia entre “una opción entre ‘desvalor del resultado’ y ‘desvalor Del acto’, asociándose también a la disputa entre ‘concepto jurídico-penal’ y ‘concepto óntico-ontológico’ de acción humana en el discurso juridico-penal”.²⁶⁶ Diante das diversas concepções de culpabilidade, o doutrinador argentino destaca que a culpabilidade penal (conexão punitiva, ao seu dizer) é a síntese entre a relação dialética da culpabilidade de autor (tese) e a culpabilidade de ato (antítese).

A culpabilidade de autor é aquela que reprova muito mais do que o ilícito, passando a desvalorizar normativamente toda a existência, a conduta de vida ou diretamente a personalidade do agente. Essa culpabilidade de autor se vale de presunções de maior culpabilidade, fundada nas valorações do julgador ou do grupo dominante, “em que não se proíbe o ato em si, mas o ato como uma manifestação de uma ‘forma de ser’ do autor, esta sim considerada verdadeiramente delitiva”²⁶⁷.

Com essa apelação à condução da vida, o ato delitivo passa a ter valor de sintoma da personalidade; o proibido e o reprovável seria a personalidade e não o ato. O problema apontado por Zaffaroni, aqui, é que o conceito de culpabilidade pode, como qualquer outro, sofrer adulterações e acabar se convertendo em um engendro

²⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade**. in Revista Discursos Sediociosos n. 14. Tradução: Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

²⁶⁶ ZAFFARONI, E. Raul. **Em Busca das Penas Perdidas**. 4ª edição. tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1992. p. 257.

²⁶⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: Parte Geral – 7a ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p. 107.

perigoso para as garantias individuais. E, umas das adulterações²⁶⁸ mais comum é esquecer que a culpabilidade é uma reprovação do ato e não do autor.²⁶⁹

Por este motivo, identifica-se que o sistema penal apresenta diferentes graus de periculosidade para os habitantes, “segundo seu status social e suas características pessoais”. Desta forma, “a sobre-representação de algumas minorias na prisionização, de maior número de imigrantes, em ocasiões de minorias sexuais, em todo caso a maior incidência em homens jovens, desempregados, habitantes de bairros marginais, etc., são todos dados verificáveis”. Conclui o autor, então, que “a periculosidade do sistema penal se reparte segundo a vulnerabilidade das pessoas, como se fosse uma epidemia.”²⁷⁰

Entretanto, adverte Zaffaroni que o mero status ou ‘estado de vulnerabilidade’ não determina a criminalização. A seleção de uma pessoa não se dá só pelo puro estado de vulnerabilidade, senão porque se encontra em uma situação concreta de vulnerabilidade. Assim, a seleção criminalizante parte do estado de vulnerabilidade, mas deve concorrer um esforço pessoal do agente para alcançar a situação concreta em que se materializa a periculosidade do poder punitivo. “O esforço pela vulnerabilidade é sua contribuição pessoal às pretensões legitimantes do poder punitivo e, portanto, contrário ao esforço redutor e pacificador do direito penal”²⁷¹.

Assim, explica Zaffaroni, *in verbis*:

En la práctica, el grado de esfuerzo que una persona realiza para colocarse en situación de vulnerabilidad es directamente proporcional al aporte fortalecedor de la ilusión que del sistema penal "inventan" sus aparatos de propaganda y sus discursos de justificación. De este modo, cuanto mayor es el esfuerzo y el consiguiente aporte al fortalecimiento del sistema que la persona ha hecho para colocarse en situación de vulnerabilidad a su poder, menor es el espacio de que

²⁶⁸ Sobre a possibilidade de adulteração do conceito de culpabilidade, explicam Salo de Carvalho e Amílton Bueno de Carvalho que “a ideia de otimizar a estrutura garantista do direito penal impõe, ao jurista comprometido com o modelo político-criminal minimalista, reduzir ao máximo os espaços de discricionariedade e a violência institucional. Desta forma, como as demais categorias do direito e do processo penal, a culpabilidade deve servir como um mecanismo de contenção da pena.” O. cit. p. 47.

²⁶⁹ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. p. 641 - 642.

²⁷⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade.** in Revista Discursos Sediociosos n. 14. Tradução: Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

²⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Culpabilidade por vulnerabilidade.** in Revista Discursos Sediociosos n. 14. Tradução: Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

dispone la agencia judicial para obstaculizar una respuesta criminalizante o pura disminuir la intensidad de la respuesta.

A culpabilidade de ato, por sua vez, reprova o ilícito praticado pelo agente em função da sua personalidade e das circunstâncias. Em síntese, reprova-se o autor pelo que ele fez. Afirma Zaffaroni que “según la culpabilidad de acto, al autor se le reprocha su injusto, es decir, su acto típico y antijurídico; (...) como su acto es manifestación de su personalidad, el reproche se extiende a su personalidad.”

Entretanto, uma culpabilidade de ato não legitima o exercício do poder punitivo e também não possui conteúdo ético, porque esbarra no dado de seletividade do poder punitivo. Não obstante, faz-se necessário empregá-la como um “limite de irracionalidade a conter: seria intolerável pretender habilitar poder punitivo além do limite que assinala a culpabilidade pelo ato”²⁷².

Desta maneira, a culpabilidade de ato somente deve indicar um limite máximo, mas “não pode resultar dela a quantidade de poder punitivo que em cada caso se habilite, sem tomar em conta o dado de seletividade”. Isso porque, não seria “ético nem racional propor que as agências jurídicas ignorem por completo a falha ética mais notória da culpabilidade”. Não se pode sancionar os indivíduos somente por aquilo que eles são²⁷³.

A culpabilidade no estado democrático de direito de direito não pode ser a somente culpabilidade pelo ato: é algo que deve surgir da síntese desta (como limite máximo da reprovabilidade) e de outro conceito de culpabilidade que incorpore o dado real da seletividade. Zaffaroni entende que a resposta mais completa e adequada é proporcionada por um conceito que respeita a culpabilidade pelo ato e, ao mesmo tempo, encarrega-se do dado mais deslegitimante do exercício do poder punitivo, como é a seletividade pela vulnerabilidade social e pessoal.

Assim, propõe uma síntese dialética para distribuir e, ao mesmo tempo conter e reduzir o poder da seletividade exercido pelas agências jurídicas de controle, consistente numa síntese entre a culpabilidade do ato e do autor:

²⁷² Idem, ibidem.

²⁷³ Idem, ibidem.

Em síntese: “a construção dialética da culpabilidade, como critério racional de seleção para a distribuição eqüitativa do poder de contenção e redução das agências jurídicas, resultante da síntese da tese da culpabilidade do ato com a antítese da culpabilidade do esforço pessoal por alcançar a situação concreta de vulnerabilidade”, consta de fatos que são valorados nos dois momentos, de modo que a síntese resultante tem uma base real (de dados do mundo) valorada juridicamente, ou seja, que é um conceito valorativo, como todos os que se enunciaram para construir a conexão punitiva, embora não reconheçam esse sentido.²⁷⁴

Isso significa que, seria culpado por um crime, aquele que praticou um ato típico, ilícito e culpável (culpabilidade do ato), levando em consideração toda a seletividade do estado de vulnerabilidade e o esforço que o mesmo fez para corresponder a esse estado e cometer o crime.

Estabelecidos, assim, os eixos centrais da culpabilidade por vulnerabilidade decorrente da seletividade do Direito penal, indaga-se como estes conceitos se aplicam ao Direito Penal econômico e, especialmente, à criminalidade atinente à lavagem de dinheiro. A ideia de vulnerabilidade também está arraigada a esta espécie de criminalidade, e também, há, em alguns casos, a reprovação do autor, mais do que a reprovação do ato em si, demonstrando que a função do Direito Penal pode ser deturpada, gerando a famigerada “caça às bruxas”, para confirmação do discurso do sistema penal igualitário, que atinge a todas as camadas sociais.

²⁷⁴ Idem, ibidem.

4. ASPECTOS HISTÓRICOS E CRIMINOLÓGICOS DO CRIME DE COLARINHO BRANCO

Como se estudou no Capítulo anterior, as principais correntes criminológicas associavam o fenômeno da criminalidade àquelas pessoas que não estavam adaptadas socialmente, que estavam à margem da sociedade. Forte corrente criminológica – Criminologia Marxista - associa o cometimento de crimes ao problema da miséria social. O Código Penal brasileiro²⁷⁵, datado de 1940, sobretudo, com forte influência e copiando dispositivos do Código Penal Italiano de Arturo Rocco, denominado alhures como “Código Penal Fascista” (por ter sido elaborado nos idos de 1930), está amplamente voltado à vertente patrimonial.

Veja-se, por exemplo, que a maior das penas do atual (e, por que não dizer defasado) Código brasileiro foi cominada a um delito de natureza patrimonial – o artigo 159, em seu parágrafo 3º (extorsão mediante seqüestro, com resultado morte). De certo, trata-se de crime pluriofensivo, em que o bem jurídico vida aparece, secundariamente, ao lado da extorsão e da privação de liberdade. Porém, não se trata de crime contra a vida, por exemplo, e sim de crime com natureza patrimonial.

A própria Lei de Crimes Hediondos, a Lei 8072/90, desta feita inspirada na ideias americanas e no movimento da Lei e Ordem²⁷⁶, em sua redação original, trouxe diversos tipos penais ao patamar de “hediondos”, com tratamento mais severo e penas mais duras. Mas, somente após o ano de 1994, e sobre forte influência midiática por conta da morte de artista de televisão ocorrido à época, o homicídio qualificado foi elevado a esta categoria.

Inclusive, os próprios movimentos de Criminologia, a exemplo da Criminologia Crítica, indicam o choque entre trabalhadores assalariados e os detentores do

²⁷⁵ O autor do projeto do Código Penal - Decreto-Lei nº 2.848, de 7.12.40 - foi Alcântara Machado, passando por Comissão Revisora composta pelos magistrados Nélson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e por Roberto Lyra, representante do Ministério Público.

²⁷⁶ O movimento de "Lei e ordem", altamente repressivo, preconiza a edição de um maior número de leis penais com o fito de reduzir a criminalidade. Faz parte do Direito Penal Simbólico, que incute na população uma idéia de segurança somente através do endurecimento do sistema repressivo.

capital como ponto nevrálgico da criminalidade atual. Indicam uma posição de “negatividade social”²⁷⁷, com rompimento das estruturas básicas do convívio social, uma vez que as necessidades básicas de grande parcela da população não são atendidas. Esta negatividade social é, no entender da Criminologia, ponto instigador no cometimento de crimes.

Indica Gacía-Pablos de Molina²⁷⁸ que “a Criminologia, por seu turno, deve contemplar o delito não só como comportamento individual, mas, sobretudo, como *problema social e comunitário*, entendendo esta categoria refletida nas ciências sociais de acordo com sua acepção original, com toda sua carga de enigma e relativismo”.

O estudo da criminalidade, desta forma, esteve, por muito tempo, voltado a estas camadas sociais menos favorecidas. A criminalidade econômica surge, então, como uma “nova vertente” no cometimento de crimes, afastando os estudiosos do velho paradigma sócio-econômico-cultural. Mais adiante, será visto que não se trata de uma nova espécie de criminalidade, mas de um novo enfoque da política criminal em perseguir esta espécie de crime.

O desenvolvimento desta linha punitiva se inspira, primariamente, no estudo e definição de uma criminalidade denominada de “colarinho branco” proposta por Edwin Sutherland, que designou esta criminalidade como sendo relativa às “infrações lesivas à ordem econômica cometidas por pessoas de alto nível socioeconômico no desenvolvimento de sua atividade profissional.”²⁷⁹. Esta

²⁷⁷ “O conceito de *negatividade social* definido pela *Criminologia crítica* com base na perspectiva da classe trabalhadora e dos assalariados em geral, tem por objeto principal a *violência estrutural* das relações de produção capitalistas, que excluem ou reduzem a satisfação de *necessidades reais* de assalariados e de marginalizados do mercado de trabalho, destacando a contradição entre condições reais *desumanas* e condições potenciais *humanas* de existência, avaliadas conforme o nível de desenvolvimento tecnológico das forças produtivas.” CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 69.

²⁷⁸ GARCÍA, Olga Lucia Gaitán. Direito Penal Contemporâneo: da Tutela Penal a uma Lesão à Proteção de Riscos. **Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade**. a. 7, n. 12, 2º semestre de 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002, p. 71.

²⁷⁹ SUTHERLAND, Edwin H., *White Collar Crime*. In: MANNHEIM, Hermann (org.). **Criminologia Comparada, vol. II**, Tradução Faria Costa e Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

expressão *white collar crime* foi adotada em seu discurso de posse na presidência da *American Sociological Association (ASA)*²⁸⁰, em 1939.

A dissertação *The White-Collar Criminal* de Sutherland significou uma quebra de paradigmas, uma vez que desmistificou algumas correntes criminológicas até o século XX, que apontavam as mais diversificadas causas da criminalidade: a presença de características atávicas²⁸¹ (fator antropológico), ou sócio-patológicas e, fatores ligados à miséria social²⁸². Trouxe, Roberto Gullo, cinco características desta nova criminalidade: ser crime; ser cometido por pessoa respeitável; esta pessoa deve pertencer a uma camada social alta; estar no exercício de seu trabalho e, por fim, constituir uma violação de confiança.²⁸³

Márcia Dometila Lima de Carvalho²⁸⁴ tece importante observação acerca do perfil desta espécie de crimes, indicando que a sua prática por indivíduos de elevada posição social, “mostra a faceta mais perigosa deste tipo de criminalidade, em face da tendência reveladora de uma sub-cultura de elite, consistente na aprovação dos infratores bens sucedidos, pelos demais integrantes daquele grupo social elitizado, em uma verdadeira degeneração ética.”

²⁸⁰ Sobre a Associação Americana de Sociologia, há *homepage* oficial, explicitando seu histórico, membros que ocuparam a presidência, objetivos e principais missões. Confira-se em <http://www.asanet.org/>.

²⁸¹ O estudo feito pelo médico italiano Cesare Lombroso neste sentido é amplo. O início da sua obra é dedicado à análise da criminologia no mundo animal, com uma demonstração de que até mesmo as plantas (as carnívoras, em especial) têm uma propensão à violência. Realmente, práticas como o canibalismo (entre algumas espécies de insetos, os mais fracos ou doentes são eliminados pelos mais saudáveis; algumas aranhas fêmeas devoram o macho após o ato sexual) e a associação de alguns animais para a prática de atos “criminosos” (como os castores, que entram em acordo para armar uma armadilha para um quarto, matá-lo e apoderar-se de suas reservas alimentares) revelam uma ligação entre o ser primitivo e a delinquência. O salto que Lombroso dá, contudo, é grande: ele estabelece uma relação entre esse animal e o homem, desvinculando este da racionalidade e livre-arbítrio pregados pela Escola Clássica e pelo Iluminismo de uma forma geral.

Nesse contexto, para Lombroso, o criminoso é, no mais das vezes, um ser primitivo, alguém que nasce com uma predisposição biológica para a delinquência (pouco se diferenciando, portanto, dos animais acima citados). DARMON, Pierre. **Médicos e assassinos na Belle Époque**. Trad. Regina Grisse de Agostino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991, p.36

²⁸² Segundo Roberto Santiago Ferreira Gullo “o delito não é consequência de fatores exclusivamente exógenos ou exclusivamente endógenos, senão um fenômeno natural e social, resultante de um complexo de combinações naturais ou físicas, mas também individuais, donde o aprendizado, quando se espera, é somente uma pequena parte influente no atuar humano reativo. Os diversos estilos delitivos são prova categórica dos patrimônios psíquicos e biológicos da pessoa”. (**Direito Penal Econômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. p. 12).

²⁸³ GULLO, Roberto Santiago Ferreira, op. cit, p. 16.

²⁸⁴ **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 109.

Esta nova concepção, bem como esta nova designação dos sujeitos ativos de crimes (criminosos de colarinho branco) fazia alusão às vestimentas utilizadas por pessoas da alta classe social: camisas sociais, com golas e punhos brancos, em oposição aos “blue-collar”, trabalhadores braçais, em alusão aos macacões utilizados nas indústrias. A nomenclatura passou a ser amplamente adotada por diversos países, a saber: crime de colarinho branco (Brasil e Portugal); *delincuencia de cuello blanco* (Espanha), *criminalità en colleti bianch o inquantiglialli* (Itália), *criminalité en col blanc* (França), *weissekragen-kriminalität* (Alemanha).

Vejamos, portanto, como essa “nova” espécie de criminalidade se desenvolveu, e como se deu o seu processo de “reconhecimento” ou de descobrimento pela sociedade, passando a tipificar essas novas condutas como criminosas, tutelando novos bens jurídicos e expandindo o Direito Penal.

4.1 OS CRIMES DOS “PODEROSOS” SOB UMA PERSPECTIVA HISTÓRICA

Somente para que se esclareça o que se entende, neste tópico, pela expressão “poderosos”, é importante um breve destaque às ideias de Adam Smith²⁸⁵, que indica fatores de subordinação de uma pessoa a outra. Segundo Smith, são quatro as formas de tornar alguém submisso a outrem: “superioridade das qualificações pessoais, da força, da beleza e da agilidade corporal, da sabedoria, da virtude, da prudência, da justiça, da fortaleza e da prudência de espíritos; superioridade da idade; superioridade de fortuna; superioridade de nascimento.”

Exatamente o que se pretende extrair no presente tópico é demonstrar que aqueles que estão na posição de subjugadores, de dominadores, também cometem crimes. Porém, sempre gozaram de certos privilégios na persecução penal.

Primeiramente, portanto, é importante que se faça um estudo histórico – ainda que de forma simplificada – acerca da criminalidade dos chamados “poderosos”. Em

²⁸⁵ SMITH, Adam. **Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações**. Tradução Luiz João Baraúna. 3ª Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. VIII. p 16.

seguida, haverá uma tentativa de definir quando a criminalidade dos poderosos passou a uma vertente econômica.

Desde as sociedades primitivas, era possível se observar certa diferenciação entre os indivíduos: havia a separação entre homens livres e servos; entre os comuns e aqueles privilegiados – embora não se possa precisar com clareza se esta separação se dava em função da linhagem, da riqueza, do poderio militar. Exatamente por força da escassez de regulamentação, Mário Júlio Almeida da Costa indica que é possível que, neste período, esta classe dominante aplicasse rudes sanções criminais, a pretexto de exercício de poder.²⁸⁶

Já nos tempos da República, cabia aos magistrados superiores o exercício da ação penal. Caso o suspeito fosse um cidadão romano, o processo seria público e o magistrado estava sujeito ao controle da assembleia do povo – qualquer pessoa poderia, durante os debates acerca da responsabilidade do acusado, tomar a palavra em sua defesa. Em caso de condenação, havia a possibilidade de interposição de um recurso, a *provocatio*, junta a uma das assembleias do povo, que poderia manter ou revogar a decisão. Se, por outro lado, o investigado não fosse cidadão romano, o magistrado possuía uma *coercitio* ilimitada, podendo decidir sozinho, num processo mais abreviado.²⁸⁷

Ainda no período romano, surge o instituto da *indulgentia*, figura largamente utilizada durante o Império. Este benefício era utilizado para afastar a condenação e seus efeitos, mas apenas para aquelas pessoas “favoritas” do Imperador, restituindo o agraciado à mesma situação que se encontrava antes da condenação, com todos os seus bens e honrarias. “Descobre-se, assim, mais um instrumento com enorme aptidão para o benefício de apenas alguns privilegiados”.²⁸⁸

Com a queda do Império Romano, houve o enfraquecimento do poder central, e a Alta Idade Média foi marcada pela aplicação da justiça pelos senhores feudais, que

²⁸⁶ ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. **História do Direito Português**. 6ª ed. Lisboa: Almedina, 1996. p. 67.

²⁸⁷ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O Crimes de Colarinho Branco – da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**. Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 20.

²⁸⁸ Idem. Ibidem. p. 21

atuavam a “seu bel prazer”, deixando de respeitar regras acusatórias. Quando era de seu interesse, atuavam de ofício, acusando, investigando e julgando, sem que houvesse qualquer manifestação do ofendido.

No século XIII, há notícias de crimes praticados pela então classe emergente – burguesia – desejosa de aumentar seu poderio econômico e modificar, com isso, seu *status* social. E, também a nobreza empobrecida praticava atos censuráveis, como os cavaleiros que atuavam a mando de alguém, cujos interesses tivessem sido ofendidos, nos conhecidos desafios, recebendo por este serviço prestado.²⁸⁹

Com o fim do período medieval, pretendeu-se um fortalecimento do poder do monarca, ressurgindo a ideia de Estado. Houve uma progressiva transição do poder de punir das mãos dos senhores feudais para as mãos dos monarcas, que se ocuparam em limitar as formas de autodefesa, tão praticadas anteriormente.²⁹⁰ Um fato marcante deste período foi o aparecimento de um corpo “organizado e hierarquizado de funcionários reais a quem cabia representar o interesse de toda a coletividade na perseguição e punição dos agentes de infrações”. É o aparecimento do Ministério Público, que foi retirando dos particulares a disponibilidade de ação penal.²⁹¹

Entretanto, a desigualdade das penas continua a ser marcante também neste período: as penas corporais eram aplicáveis apenas para as classes mais desfavorecidas, enquanto a pena pecuniária era aplicável para as classes superiores e, mesmo que não pagas, não havia possibilidade de conversão em castigos corporais.²⁹²

Porém, foi com o Iluminismo que se começou a pregar as ideias de igualdade, também perante a justiça criminal. Os debates e as preocupações humanitárias passaram a refletir em mudanças. A ideia era de igualdade perante a lei: uma mesma regulamentação para todos, havendo submissão de quem quer que fosse às

²⁸⁹ CORREIA, Eduardo. Evolução Histórica das Penas, in **Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra**. Comissão redatora: Teixeira Ribeiro, Almedino da Costa, Ehrhardt Soares, Castanheira Neves. vol LIII, 1977.

²⁹⁰ Idem. Ibidem.

²⁹¹ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Ob. cit. p. 29.

²⁹² ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. Ob. cit. p. 72.

regras gerais e abstratas. Também foi um período marcado pela laicização do Direito Penal, considerando-se indesejáveis as sanções impostas a meras ofensas religiosas e contra a moral.²⁹³

Um dos maiores expoentes neste pensamento pela igualdade das leis, pela separação entre Direito e religião, pela separação das funções de legislar e julgar, foi Cesare Beccaria.²⁹⁴ Além disso, em sua obra *Dos Delitos e Das Penas*, Beccaria denuncia e repudia as crueldades das penas aflitivas, as torturas para obtenção de provas, as penas desproporcionais aos delitos, as práticas de confisco dos bens do condenado e a extrema desigualdade de tratamento quando os criminosos pertenciam a classes sociais subalternas.

Rusche e Kirchheimer²⁹⁵ indicam que a questão da natureza diferenciada das penas era uma discussão que pertencia às classes inferiores. Porém, o problema de ter uma definição mais precisa do direito material e aperfeiçoamento dos métodos de processo penal foram pontos de debate trazidos pela burguesia, que “buscava garantias legais para su propia seguridad”.

Cláudia Maria Cruz Santos indica que o marco para eliminar [ou tentar eliminar] essa desigualdade de tratamento foi a Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão de 1789, advinda com a Revolução francesa, cujo conteúdo rejeitava inequivocamente a existência de arbítrios e privilégios.²⁹⁶ Segundo Fábio Konder Comparato, os revolucionários buscavam a universalização dos seus ideais de igualdade, julgando-

²⁹³ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Ob. cit. p. 35.

²⁹⁴ “A consequência desses princípios é que só as leis podem fixar as penas de cada delito e que o direito de fazer leis penais não pode residir senão na pessoa do legislador, que representa toda a sociedade unida por um contrato social. Ora, o magistrado, que também faz parte da sociedade, não pode com justiça infligir a outro membro dessa sociedade uma pena que não seja estatuída pela lei; e, do momento em que o juiz é mais severo do que a lei, ele é injusto, pois acrescenta um castigo novo ao que já está determinado. Segue-se que nenhum magistrado pode, mesmo sob o pretexto do bem público, aumentar a pena pronunciada contra o crime de um cidadão. A segunda consequência é que o soberano, que representa a própria sociedade, só pode fazer leis gerais, às quais todos devem submeter-se; não lhe compete, porém, julgar se alguém violou essas leis. Com efeito, no caso de um delito, há duas partes: o soberano, que afirma que o contrato social foi violado, e o acusado, que nega essa violação. É preciso, pois, que haja entre ambos um terceiro que decida a contestação. Esse terceiro é o magistrado, cujas sentenças devem ser sem apelo e que deve simplesmente pronunciar se há um delito ou se não há.” **Dos Delitos e das Penas**. tradução Flório de Angelis. Bauru-SP: Edipro, 1992. p. 18-19.

²⁹⁵ RUSCHE, Georg. KIRSCHHEIMER, Otto. **Pena y Estructura Social**. tradução Emilio Garcis Méndes. Bogotá, Colômbia: Editorial Temis Librería, 1984. p. 86.

²⁹⁶ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Ob. cit. p. 36-37.

se “apóstolos de um novo mundo, a ser anunciado a todos os povos e em tempos vindouros”.²⁹⁷ Daí a importância desse documento, quando comparado com outros de natureza humanitária e até mesmo anteriores, como a *Bill of Rights* americana.

Entretanto, como bem se pode perceber através dos estudos da Criminologia da Reação Social, sobretudo do *labeling approach*, o reconhecimento do crime e do criminoso é fruto da reação da sociedade, é fruto de uma definição imposta como sendo um comportamento desviante. Um grande mérito desta concepção é perceber que a criminalidade se espalha por toda a sociedade, mas que apenas alguns tipos de delito sofrem o efeito estigmatizante da reação da opinião pública e alarme social.

Assim, acaba havendo uma “definição corrente de criminalidade como sendo um fenômeno concentrado, principalmente, nos estratos inferiores, e pouco representada nos estratos superiores”, dando a impressão de que o crime está sempre relacionado a fatores pessoais e sociais, como pobreza. Cria-se, segundo Baratta²⁹⁸, um “estereótipo da criminalidade”, que vai influenciar também a atuação dos órgãos oficiais – como visto nos processos de criminalização secundária e seletividade policizante.

Porém, são as cifras ocultas que acabam por trazer esta falsa sensação de criminalidade setorial – como a criminalidade econômica tem limitada persecução e relativa escassez de aplicação de sanções, a criminalidade cotidiana (furtos, roubos, homicídios) acaba tomando conta dos noticiários e permeiam o imaginário da população.

Assim, passar-se-á a demonstrar que a criminalidade econômica há muito permeia as legislações, ainda os delinquentes que a praticam nem sempre sejam perseguidos pelas instâncias de controle – muitas vezes por força do prestígio econômico de que gozam os autores desse tipo de infração.

²⁹⁷ COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. VII edição. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 146.

²⁹⁸ BARATTA, Alessandro. **Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. tradução Juarez Cirino dos Santos – 2ª Ed. Rio de Janeiro: Freitas Barros – Instituto Carioca de Criminologia, 1999. p. 102 e 103.

4.1.1 O Surgimento dos Crimes Econômicos

Questão, agora, a ser discutida é o aparecimento do Direito Econômico – ou, mais especificadamente, do Direito Penal Econômico. Joyce Roysen²⁹⁹ não admite a existência de um marco inicial para o aparecimento dos crimes econômicos. Pelo contrário, adverte que a criminalidade voltada à área econômica, se esta expressão for entendida em sentido amplo, “existe desde que o homem vive em sociedade”. Porém, em sua concepção, o que se conhece atualmente sob a designação “Direito Penal Econômico” só aparece no contexto internacional após as grandes guerras.

Em verdade, como salienta João Carlos Catellar³⁰⁰ citando E. Buzon, desde o tempo do Código de Hamurabi “há expressas referências à proteção da ordem econômica então vigente, visto que, neste corpo legal [...] está nitidamente exposta a preocupação do legislador em evitar a cobrança de juros extorsivos.”

Já Roberto Lyra dá conta que desde os primórdios do cristianismo, já havia nos sermões um cunho econômico-financeiro, citando como exemplos o Eclesiásticos, XXXIV, Capítulo 24, versículo 27, que determina que “[...] aquele que derrama o sangue e o que defrauda o jornaleiro são irmãos”. Já no Sermão da Montanha, há o preceito que determinava “não acumulei para vós os tesouros da terra”. E, finalmente, Santo Tomás de Aquino pregava que “receber lucro pelo dinheiro emprestado é injusto em si mesmo, porque é vender o que não existe. Isto implica, a toda evidência, a desigualdade contrária à justiça”.³⁰¹

Entretanto, cumpre esclarecer que, assim como na legislação brasileira, o tema “criminalidade econômica” - como hoje se estuda e se conceitua - foi permeando a legislação de diversos países de forma gradual e pari passu. Inclusive, o próprio Direito Econômico (e não a ramificação penal) surge, como explicitado, com o pós-guerra, a partir da necessidade em se proteger e blindar a economia dos dois

²⁹⁹ Histórico da Criminalidade Econômica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 192

³⁰⁰ CASTELLAR, João Carlos. **Insider trading e os novos crimes corporativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

³⁰¹ LYRA, Roberto. **Criminalidade Econômico Financeira: introdução**. Rio de Janeiro, Forense, 1978.

modelos de atuação econômica: capitalismo e socialismo. O Direito Penal Econômico, então, é um ramo qualificado do próprio Direito Econômico.

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade³⁰² indicam o surgimento do Direito Penal Econômico em um momento anterior: na I Guerra. Indicam os autores que foi neste momento que o Estado passa a perceber a necessidade de reunir e mobilizar esforços para a guerra, obrigando-o a esquecer o modelo liberal. Não abandonam, entretanto, a importância das crises seguintes a este período. Trazem o exemplo alemão, onde foram editadas algumas leis, a pretexto de tomar medidas consideradas necessárias em matéria econômica, autorizando, desta feita, o Estado a interferir no domínio econômico.

Segundo os citados autores, “seguiu-se a proliferação quase incontrolada de normas administrativas de direção da vida econômica e recorriam (abusivamente, por vezes) às sanções penais como garantia de eficácia e de prevenção.”. Indicam que, tentando evitar as armas especulativas, “foram publicadas mais de quarenta mil disposições penais que depois vieram a sua vigência prolongada para além do termo da guerra na forma de leis reguladoras dos preços.”³⁰³

Percebe-se, claramente, que a tutela jurídica da ordem econômica decorre, sobretudo, de uma necessidade de ordem prática. Como se viu, o modo de produção liberalista, associado à promessa de auto-regulação dos mercados, não se mostrou capaz de concretizar os tão propagados ideais de liberdade, igualdade e fraternidade, reclamando do Estado a assunção de uma nova função³⁰⁴.

Neste contexto, já não bastava um papel omissivo do Estado, pautado na não intervenção nas mais diversas relações sociais, impondo-se, então, o efetivo exercício de sua soberania, sobretudo voltada à regulação da economia, direcionada a corrigir as imperfeições reveladas pelo liberalismo. Era evidente a inviabilidade do capitalismo liberal, visto que “o Estado, cuja penetração na esfera econômica já se

³⁰² FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

³⁰³ Idem. Ibidem.

³⁰⁴ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15

manifestara na instituição do monopólio estatal da emissão de moeda – *poder emissor* –, na consagração do *poder de polícia* e, após, nas *codificações*, bem assim na ampliação do escopo dos serviços públicos, assume o papel de agente regulador da economia”³⁰⁵.

Assim, ampliou-se, gradativamente, a esfera de proteção estatal, fator este que repercute na elaboração de uma Lei Maior eclética, resultante do “embate ideológico existente quando da elaboração do texto constitucional”³⁰⁶, e não da proposta de atendimento a uma ideologia única, como se via nas Constituições ortodoxas.

Dirley da Cunha Júnior³⁰⁷ indica, para além disso, o surgimento dos direitos sociais como nova contingência e as constituições não poderia se furtar a tutelá-los. Assim, os paradigmas desta tutela indicados pelo autor são a Constituição Mexicana (1917) e a de Weimar (1919).

Com isso, desenvolve-se um sistema de proteção da ordem econômica, preceituando o atendimento tanto da livre iniciativa quanto da valorização do trabalho, consagrando os princípios da propriedade privada e da livre concorrência (art. 170 da Constituição Federal, *caput*, e incisos II e IV).

Coube ao Estado, então, a difícil tarefa de equalizar os interesses contrapostos consubstanciados nas diretrizes fundamentais que se propôs a cumprir, uma vez que o modelo descentralizado, caracterizado essencialmente pela livre iniciativa e pela livre concorrência, possibilita a formação de trustes, cartéis e da concorrência desleal.

A concretização da mencionada missão, todavia, torna-se tão mais distante quanto mais elevado passa a ser o nível de complexidade das relações travadas sob o modelo capitalista. Em outras palavras, a necessidade de adaptação da sociedade moderna aos moldes que delinham o mercado contemporâneo tem como custo a

³⁰⁵ Ibidem, p. 19

³⁰⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p 37

³⁰⁷ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 1042

submissão do indivíduo aos interesses do capitalismo, conforme a lição trazida por Max Weber³⁰⁸:

Assim, o capitalismo atual, que passou a dominar a vida econômica, educa e escolhe os indivíduos de que tiver necessidade por um processo de sobrevivência econômica do mais apto. Aqui, podem ser percebidas as limitações do conceito de “seleção” como um meio de explanação histórica. Para que um modo de vida tão bem adaptado às peculiaridades do capitalismo pudesse ter sido selecionado, isto é, pudesse vir a dominar os outros, ele teve de se originar em alguma parte e não em indivíduos isolados, mas como um modo de vida comum a grupos inteiros de homens.

Ainda assim, porém, não pôde o Estado se afastar do constante processo de adaptação às novas realidades sociais, cabendo-lhe o regramento da ordem econômica sob uma dúplici perspectiva, resguardando, pois, tanto os direitos sociais quanto os individuais.

A preocupação com este novo bem jurídico, entretanto, não teve a sua sistematização com a Revolução Técnica³⁰⁹ européia, uma vez que “as unidades empresariais, na primeira fase do período industrial, estavam espalhadas e desorganizadas”. Assim, o surgimento do Direito Econômico, consoante ressalta Manoel Jorge e Silva Neto, apenas ocorre com o “redirecionamento dos propósitos econômicos no sentido de estabelecer uma fusão ou união de empresas”. Isto porque, ainda seguindo os ensinamentos do mencionado autor, apenas com a expansão da atividade empresarial que se “produziu a transformação do sistema capitalista, movido pela impostergável necessidade de sobrevivência das empresas ou da ampliação do espectro dos negócios da unidade.”

Assim, “quer por via do comezinho instinto de sobrevivência, quer ainda como forma de ampliar o alcance da atividade empresarial, tornou-se imprescindível a formação

³⁰⁸ WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 2. ed. Trad. M. Irene de Q. F. Szmrecsányi, Tamás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Cengage Learning, 2008. p. 29

³⁰⁹ Neste sentido, assevera Manoel Jorge e Silva Neto ser preferível o uso da referida expressão ao conhecido termo “Revolução Industrial”, uma vez que “este não está apto para desvendar a dimensão do fenômeno ocorrido a partir do século XVIII na Europa”. (SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTr, 2001. p. 23 – 24).

dos grupos econômicos. Estamos, nesse ponto, diante de momento crucial para o surgimento do Direito Econômico: a passagem do *capitalismo atomista* para o *capitalismo de grupo*.³¹⁰

O modo de produção capitalista, como se vê, teve de transcender os limites regionais para ser merecedor de tutela estatal *autônoma*, já que, ao mesmo tempo em que se promove “o avanço da internacionalização dos circuitos econômicos, financeiros e tecnológicos, debilitam-se os sistemas econômicos nacionais.”³¹¹. Ressalte-se, ainda conforme Celso Furtado, que os impactos provenientes de eventuais ofensas à ordem econômica são ainda mais perceptíveis quando sentidos no âmbito dos chamados Estados *em desenvolvimento*, cujo mercado ainda não goza de tanta estabilidade, além de ser marcado por “acentuada heterogeneidade cultural e/ou econômica”, fatores estes que os submetem a “crescentes pressões de forças desarticuladoras”³¹².

Com isso, diante de tão manifesta urgência na necessidade de disposição de um regramento programático capaz de conferir maior segurança e estabilidade das relações econômicas, passou o ordenamento internacional – e pátrio, por consequência - a cuidar, também, do Direito Econômico.

Este novo ramo do Direito surge, então, com *status* de ciência nova e um significado irrefutável, qual seja, o de mecanismo de intervenção estatal no domínio econômico. Com o argumento da defesa da ordem econômica e social, lançou o Estado suas diretrizes econômicas. O Direito Penal Econômico passou a significar o instrumento normativo da base de sustentação do sistema econômico do Estado pós-moderno e contemporâneo.

Jorge de Figueiredo Dias e Manuel da Costa Andrade³¹³ demonstram, ainda, que nos países capitalistas a superação do liberalismo não foi total. Nestes há um

³¹⁰ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op. cit., p. 24

³¹¹ FURTADO, Celso. **O capitalismo global**. 6. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008. p 38

³¹² Idem. Ibidem. p. 38

³¹³ FIGUEIREDO DIAS, Jorge de; COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000, p. 73

choque, uma “tensão dialética” entre os ditames da liberdade e a ideias realista e inevitável da presença do Estado no domínio econômico.

O Direito Penal, neste ponto, passou a desempenhar papel fundamental ao Estado, como forma de proteção das economias fragilizadas dos países – seja por conta das Guerras, seja por conta da crise norte – americana de 1929, que tomou proporções mundiais. Era a tutela final de que lançava mão o Estado, na preservação da ordem econômica. O objetivo desta tutela de ordem penal era, nos dizeres de Roberto Lyra³¹⁴, “rigorizar”, por conta da “relevância de danos e ameaças”. Era a palavra final do Estado em relação à sua atuação no domínio econômico. Ao velho modelo capitalista, cabia somente a resignação.

Apesar de haver um movimento mundial de globalização e de neoliberalismo, percebe-se nitidamente na Constituição de 1988 um cunho misto, um meio-termo entre livre incitativa e intervencionismo, dispondo o artigo 173 da Carta Magna sobre a possibilidade da intervenção do Estado³¹⁵ na economia quando da necessidade “aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei”. Então, apesar de legitimado, o Estado está também limitado pela própria Constituição a atuar no domínio econômico.

Estas e outras disposições são pontos estratégicos da demonstração do papel Estado atual. É que o fenômeno da macroeconomia e da globalização pode ter consequências negativas marcantes, como “a crescente vulnerabilidade e a

³¹⁴ **Criminalidade econômico-financeira: introdução.** Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 3

³¹⁵ Dirley da Cunha Júnior indica que “A Constituição previu três tipos de intervenção do Estado na economia: 1) a intervenção *direta*; 2) a intervenção *indireta*; e 3) a intervenção mediante a instituição de *monopólios*. A intervenção *direta* tem fundamento no art. 183 do texto constitucional e ostenta caráter excepcional. Isso porque, na intervenção direta, o Estado se converte em agente econômico ou empresarial e partícipe do processo de produção econômica. Por isso, de acordo com aquele preceito, e ressalvados os casos previstos na Constituição, a *exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei* [...] A intervenção *indireta* tem base no art. 174 da Constituição e é regra no modelo de Estado intervencionista. Na intervenção indireta o Estado atua, não como agente econômico, mas sim como *agente normativo e regulador* da atividade econômica. Ele não é partícipe do jogo econômico, mas o *árbitro* desse jogo. [...] A intervenção por meio de *monopólios* ocorre quando a Constituição, e só ela pode, subtrai determinada atividade econômica da livre iniciativa e a reserva, com exclusividade, à exploração estatal.” (CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 1049-1050).

exclusão social”³¹⁶. Cabe, ainda que de forma sutil e sem implicar em fechamento de mercados ou retração do desenvolvimento econômico, ao Estado manter em crescimento constante o mercado interno, cuidando para que a economia internacional seja uma complementação.

4.1.2 O Fundamento Constitucional do Direito Penal Econômico. Evolução no Brasil face à Ordem Econômica na Constituição de 1988

Partindo-se da concepção que o mercado é uma “instituição necessária”, é preciso entender que o Estado exerce sobre ele um papel de conserto: o Estado é um garantidor, pois o sistema jurídico é apenas um acessório nesta regulação. Este é o pensamento da *law and economics*, que analisa o impacto da intervenção jurídica na economia, analisando suas conseqüências, a partir de concepções como Direito, Justiça, Moralidade.³¹⁷

Entretanto, não se deve confundir a análise da criminalidade econômica com a *Law and Economics*, uma vez que a ideia central dessa disciplina está fundada na criação de custos e benefícios para determinadas ações, ideia que vincula o direito, de modo que esta está sempre ligado à teoria dos preços – por sua vez, ramo da microeconomia. Nem se deve confundir com a análise econômica do direito, que significa visualizar soluções a controvérsias como eleições sociais que implicam sopesar custos e benefícios. “Em definitivo, se sostiene que detrás de todo razonamiento jurídico existe un análisis económico”.³¹⁸

É preciso analisar, sob este enfoque, como se deu (e esta análise inclui a Constituição atual) a “interferência” do sistema jurídico na Economia, a partir dos textos constitucionais e das previsões penais de sanções às condutas consideradas antieconômicas. Neste sentido, pode-se afirmar que “a Ordem Econômica brasileira,

³¹⁶ FURTADO, Celso. **O capitalismo global**. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 74.

³¹⁷ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 104.

³¹⁸ ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. **El Derecho Penal en la Actividad Económica**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000. p. 48.

desde o século passado, refletiu dois importantes pensamentos econômicos, moldados pelas peculiaridades locais: o liberalismo e o intervencionismo”³¹⁹.

Antes disso, entretanto, ainda que de forma insipiente, já se tem antigos registros de tutela jurídica da ordem econômica no Brasil. Neste sentido³²⁰, o Livro Quinto das Ordenações Filipinas, vigente no Brasil por mais de três séculos – até o advento do Código Civil de 1916, trazia previsão de algumas condutas tidas como criminosas e que atentavam contra as atividades econômicas, tais como falsificação de moedas, uso de pesos falsos, burla.

Título XII – Dos que fazem moeda falsa, ou a despendem, e dos que cerceam a verdadeira, ou a desfazem

Título LVII – Dos que falsificam mercadorias

Título LVIII – Dos que medem ou pesas com medidas, pezos (*sic*) falsos³²¹

Indica Roberto Lyra³²² que “as Ordenações Filipinas (Livro V) puniam a usura com a pena de dois anos de degredo na África, dobrada na reincidência.” Na verdade, não era eficaz esta legislação, por conta das peculiaridades da colônia. Não havia unidade nas punições e combate. As decisões eram tomadas pelos donatários, em cada uma de suas capitâncias hereditárias. Era um regime jurídico despótico, violento e cruel, instituído por um poder paralelo, face à distância entre Brasil e Portugal.

A Constituição do Império (1824) marcou-se pela tendência liberal de Adam Smith, que pregava que o equilíbrio econômico só era alcançável se o mercado seguisse o seu curso natural. O Estado tinha um papel espectador, servindo apenas como garantia, quando algum embaraço fosse causado neste processo de transformações de riquezas.³²³

³¹⁹ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.

³²⁰ CASTELLAR, João Carlos. **Insider trading e os novos crimes corporativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 14

³²¹ Ibidem, p. 14

³²² LYRA, Roberto. Ob. cit. p. 7

³²³ CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 1045.

Em 1830³²⁴ foi sancionado por Dom Pedro I o primeiro código autônomo da América Latina, agora sob a influência Iluminista, Pregava, por conta do seu embasamento, a proporcionalidade entre dano causado e pena imposta. O rol de delitos estava igualmente previsto, tendo o Código de 1890 ampliado este rol, trazendo os crimes de moeda falsa, de estelionato, de “fallencia”.

O Código de 1890 foi elaborado antes da Constituição 1891, apresentando defeitos técnicos e atraso com relação aos avanços doutrinários da época. Esta Constituição “consagrava a livre concorrência e as emendas de 1926 acolhiam as limitações exigidas pelo bem público”.³²⁵ Continuava-se, do ponto de vista econômico, a manter o pensamento liberal sobre a ordem econômica e o papel do Estado.

Entretanto, tantos foram os remendos deste Código Penal de 1890 que, em 1932, houve a realização de uma Consolidação das Leis Penais. A mesma estrutura de delitos é mantida nesta Consolidação, sendo que unidos em um só corpo de legislação.

A primeira Constituição a tratar, especificamente, de uma “ordem econômica e social” foi a de 1934, vinda após a I Guerra e a crise de 29. A ruptura com o modelo anterior já pode ser evidenciada quando da leitura dos intuitos do novo texto: organizar um regime democrático, que assegurasse à nação a unidade, a liberdade, a justiça e o bem-estar social econômico.

O modelo de exploração capitalista antigo é superado (*laissez faire laissez passer*), passando a existir novos métodos de produção, revolução no sistema de transportes, nascimento de grandes empresas com investidores anônimos, necessidade de interação de fatores no mercado financeiro: capital, trabalho, preços e rendas.

Os dois conflitos mundiais, aliados à crise de 1929, demonstram aos Estados a necessidade de adoção de uma postura mais enérgica e de mudanças de rumo no tocante ao controle das atividades econômicas. Este contexto deságua em um forte

³²⁴ ROYSEN, Joyce. Histórico da Criminalidade Econômica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 193.

³²⁵ LYRA, Roberto. Ob. cit. p. 29.

intervencionismo no controle de preços e na economia popular. Para tanto, o Direito Penal passa a ter importante papel, funcionando como direcionador e tutor de tais objetivos do Estado, como já explicitado.

Neste sentido, salutar a advertência de Joyce Roysen³²⁶ que “[...] a criminalidade ligada à atividade econômica, entendida em sentido amplo como as atividades de produção e trocas sociais, existe desde que o homem é homem e vive em sociedade”, entretanto, o que se chama atualmente de direito penal econômico só irá surgir a partir da experiência das duas grandes guerras mundiais.

Neste passo, o Brasil, com o advento do Estado Novo, acompanhando o contexto mundial, passa a tratar, com a Constituição de 1937, das hipóteses de intervenção do Estado no domínio econômico. O principal objetivo do Estado era “conciliar o bem coletivo com os direitos individuais”³²⁷.

Roberto Lyra indica que, como característica do Estado Novo, houve a avocação para o governo dos “sofrimentos dos consumidores ou dos titulares dos pequenos fragmentos do capital financeiro.”³²⁸ O artigo 141 da Constituição de 1937 refletia exatamente este sentido de paternalismo estatal do Estado Novo, em uma proteção da ordem econômica associada às garantias e direitos individuais:

A lei fomentará a economia popular, assegurando-lhe garantias especiais. Os crimes contra a economia popular são equiparados aos crimes contra o Estado, devendo a lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes processo e julgamento adequados à sua pronta e segura punição.

Já em 1946, a Constituição trazia disposição expressa sobre a repressão do abuso do poder econômico, preconizando princípios da justiça social, liberdade de iniciativa e valorização do trabalho humano. O seu artigo 148 é a expressão máxima de seus objetivos, *in verbis*:

³²⁶ ROYSEN, Joyce. Histórico da Criminalidade Econômica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p 192.

³²⁷ OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o juri tradicional*: doutrina, jurisprudência e legislação. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 12

³²⁸ LYRA, Roberto. *Criminalidade econômico-financeira*: introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 29.

TITULO V

Da Ordem Econômica e Social

Art 148 - A lei reprimirá toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros.

Com o advento do Decreto-lei 7.666 de 1945, criou-se o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica), com atribuição de viabilizar acordos em casos potencialmente danosos da concorrência³²⁹. A criação do CADE foi mais uma expressão desta batalha estatal no combate ao abuso do poder econômico. Em 1962, com a lei 4.137, este órgão passa a ter competência para aplicar a lei, investigar e reprimir os abusos.

A Constituição de 1967 - e sua posterior alteração em 1969, trazia, em seu Título III, disposições sobre a ordem econômica e social. Os princípios reitores da ordem econômica estavam estabelecidos no art. 157, tendo “por fim realizar a justiça social”. Eram eles: liberdade de iniciativa; valorização do trabalho como condição da dignidade humana; função social da propriedade; harmonia e solidariedade entre os fatores de produção; desenvolvimento econômico; repressão ao abuso do poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

A Constituição de 1988, por sua vez, dedica espaço para questões atinentes à Ordem Econômica, sendo esta entendida por diversos doutrinadores como uma própria “Constituição Econômica”, por trazer, nos artigos 171 a 180³³⁰, todos os princípios e fundamentos para o seu regular andamento. Na visão constitucionalista

³²⁹ SANTOS, Renata Rivelli Martins. **Paradoxo do capitalismo**: Concentração de capitais é essencial, mas gera instabilidade. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>>. Acesso em: 14 de abril de 2009.

³³⁰ Paulo Pimenta faz observação sobre a topografia dos direitos com cunho econômico, ensinando que “o conceito normativo de ordem econômica não pode ser estabelecido pelo critério da localização de um conjunto de dispositivos na Carta Magna, e sim pelo objeto sobre o qual se verse. Destarte, para que determinado enunciado integre a ordem econômica constitucional basta que regule o comportamento de determinado sujeito que exerça atividade econômica, o que demanda um exame desta expressão.” (PIMENTA, Paulo Roberto. **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Dialética, 2002, p. 32).

de Eros Roberto³³¹ Grau este trecho da Constituição é visto como o “conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico, desde uma visão macrojurídica, conformação que se opera mediante condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado”.

Dirley da Cunha Júnior³³² também trata da expressão Constituição Econômica, fazendo, inclusive, uma diferenciação entre esta denominação e o conceito de Constituição política. Indica que a Constituição Econômica, em verdade, faz parte da política, que “disciplina e cria a ordem econômica de um Estado, fixando seu papel na edição de normas destinadas a reger o fenômeno econômico, bem como, especificamente, a sua função de ordenador dos mecanismos de mercado.”

Estas normas aparecem num contexto de insucesso sucessivo de planos econômicos e necessidade de implementar Direitos Fundamentais. A Constituição de 1988 institui grande rol destes direitos, mas a factibilização dos mesmos se mostra complicada, por conta do modelo neoliberal, que impõe ao Estado um papel “mínimo no social e forte na repressão.”³³³

Apesar do generoso tratamento acerca da Ordem Econômica, a Constituição deixa à legislação complementar, nem sempre editada, a tarefa de regulamentar as diretrizes ali traçadas. Para indicar restrições, ou o constituinte utiliza expressões como “na forma da lei”, “nos termos da lei”, “salvo nas hipóteses previstas em lei”, ou faz referência a um conceito jurídico indeterminado – ex. “função social”.³³⁴

A norma constitucional que submete determinados direitos à reserva da lei contém a um só tempo: uma norma de garantia (reconhece e garante determinado âmbito de proteção) e uma norma de autorização de restrições (limites ao âmbito de proteção). É assim o tratamento da ordem econômica na Constituição de 1988.

³³¹ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47-48.

³³² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 1044.

³³³ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

³³⁴ MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gontê. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 297.

E, é por este motivo que o Direito Penal encontra seu fundamento e seus limites no texto constitucional. A expansão do Direito Penal só se dará de forma racional se este fenômeno estiver em consonância com o reconhecimento de novos bens jurídicos previstos na Constituição e, a um só tempo, de acordo com a proteção subsidiária desses bens pela esfera penal.

4.1.3 Delimitação Conceitual: Alcance do Termo Direito Penal Econômico

Outro ponto nevrálgico nesta discussão acerca das subdivisões do Direito, seja ele Econômico, Penal ou Penal Econômico, é saber, ao certo, o que se protege (e o que se pretende) com esta tutela penal. É que, a depender do conceito que se adote de Direito Penal Econômico, a proteção será maior ou menor em extensão. É que este conceito costuma ser dividido em sentido amplo e em sentido estrito.

Em sentido estrito³³⁵, o Direito Penal Econômico vai ser um conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem socioeconômica, entendido como regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia. Pode-se caracterizar como Direito Penal Econômico a intervenção do Estado em áreas anteriormente destinadas somente à livre iniciativa.

Em sentido amplo, o Direito Penal Econômico acaba por incorporar a ordem tributária e o sistema financeiro nacional, uma vez que vai ser entendido como forma de proteção de todos os bens jurídicos envolvidos na atividade econômica, até mesmo o meio ambiente e as relações de consumo. Este é o conceito que sói ser utilizado na doutrina, inclusive, é o conceito adotado no presente trabalho.

Para se ter bastante clareza em relação ao bem jurídico protegido, uma vez que se trata de demanda relativamente recente aos olhos do Direito Penal, Manoel Pedro Pimentel³³⁶ faz uma salutar diferenciação entre Direito Penal Econômico, Direito

³³⁵ CALLEGARI, André Luis. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: Aspectos Criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 21.

³³⁶ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**: Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987, p. 17-18.

Penal Administrativo, Direito Penal Financeiro e Direito Penal Tributário. A distinção entre estes ramos é feita exatamente levando-se em conta os bens jurídicos protegidos: “o Direito penal econômico não se confunde como Direito penal financeiro e com o Direito penal tributário. É o que pensamos. São ramos distintos [...]”. E, prossegue o autor, no sentido de demonstrar que Direito penal financeiro, Direito penal econômico e Direito penal tributário “não estão necessariamente ligados ao Direito penal administrativo. A distinção entre eles se faz exatamente com a delimitação dos respectivos objetos jurídicos.”

O Direito Penal Administrativo está ligado diretamente aos interesses da Administração Pública relativamente ao cumprimento do dever dos particulares e dos seus agentes públicos, como ocorre nos crimes dispostos no Código Penal³³⁷ a partir do art. 312. O Direito Penal Financeiro protege a política financeira do Estado, relativamente às despesas e receitas públicas, ou seja, ao orçamento público. Veja-se que, de certo modo, com o advento da Lei 10.028/00, que introduziu os crimes contra as finanças públicas no Código Penal, este bem jurídico, somente por uma questão topográfica, foi abarcado como se fosse similar aos crimes contra a Administração Pública. O Direito Penal Tributário, por fim, refere-se à proteção da arrecadação tributária do Estado. É vislumbrado, sobretudo, na Lei de Crimes Tributários (8.137/90).

Entretanto, estes ramos são tão ligados que acabam confundindo-se. A matéria tratada nestas legislações vai terminar por abarcar todos estes conceitos a um só tempo. Márcia Dometila Lima de Carvalho³³⁸ entende que a “marca registrada” do crime econômico-constitucional é exatamente este caráter amplo, concluindo que não “interessa o crime econômico *stricto sensu*, mas a grande criminalidade

³³⁷ Ressalte-se que, sobre este tema, o Código Penal faz uma subdivisão, ainda, com relação ao bem jurídico tutelado, em Capítulos autônomos: Dos Crimes Praticados por Funcionário Público Contra a Administração em Geral; Dos Crimes Praticados por Particular Contra a Administração em Geral; Dos Crimes Praticados por Particulares Contra a Administração Pública Estrangeira; Dos Crimes Contra a Administração da Justiça; Dos Crimes Contra as Finanças Públicas.

³³⁸ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 107.

econômica que compõe um Direito Penal Econômico *latu sensu*, incluindo o Direito Penal Financeiro, Ambiental, Tributário, etc.”

Juan María Rodríguez Estéves³³⁹ entende que o conceito estrito de Direito Penal Econômico já abarcaria “los delitos tributarios, los delitos contra la seguridad social y los aduaneros.” É que este autor entende que o conceito de “crime econômico” traz em si qualquer conduta que coloque em risco a produção, distribuição e consumo de bens ou serviços, abarcando fatos que atentem contra a livre concorrência, a lealdade comercial, a lisura financeira, etc.³⁴⁰

Desta maneira, gera-se um problema grave dos chamados “crimes econômicos”: o constante concurso³⁴¹ necessário de infrações. Explica-se: com a conduta, por exemplo, de evasão de divisas, crime previsto no artigo 22 da Lei 7.492/86, necessariamente há a prática de crime tributário, previsto na Lei 8.137/90.

Neste sentido, adverte Bernardino Alimena *apud* Balestra³⁴² que quatro situações podem advir deste entendimento pela possibilidade de concurso de crimes no âmbito da criminalidade econômica:

Señala BERNARDINO ALIMENA que se si examina la relación que existe entre la acción— que puede ser una comisión u omisión — y la lesión jurídica, se verá cómo pueden formularse cuatro hipótesis: una acción que cause una sola lesión jurídica; varias acciones que causen una sola lesión jurídica; una acción que origine varias lesiones jurídicas; varias acciones que ocasionen varias lesiones jurídicas.

Poder-se-ia derrubar esta imputação através do consagrado princípio do *non bis in idem*, que “busca vedar a aplicação de uma sanção Penal, mais de uma vez, pela prática do mesmo delito, ou seja, valorar-se negativamente e de forma dupla o

³³⁹ ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. **El derecho penal en la actividad económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.** Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma. 2000, p. 66.

³⁴⁰ *Ibidem*, p. 65.

³⁴¹ Sobre o concurso de crimes, que ocorre quando o sujeito pratica mais de uma infração penal, mediante uma ou mais condutas, o Código Penal, em seus artigos 69 a 71, traz três hipóteses, a saber: concurso material; concurso formal e crime continuado.

³⁴² BALESTRA, Carlos Fontán. **Tratado de Derecho Penal.** 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, t. III, p. 24.

mesmo fato.”³⁴³ Porém, se se entender que os bens jurídicos são distintos, perfeita é a aplicação desta dupla incriminação.

Outra forma, então, de se combater esta necessária dupla incriminação é entender que, para cometimento de um crime desta natureza econômica, outros tipos penais serão antecedentes lógicos e inarredáveis. Veja-se o salutar exemplo trazido por José Carlos Tórtima e Fernanda Lara Tórtima³⁴⁴, no sentido que, a grande maioria dos casos de evasão de dívidas (“contas mantidas clandestinamente no exterior”) tem a finalidade de ocultar recursos tributáveis. Ou seja, as contas no exterior são meios para a consecução do fim de sonegar ao Fisco o imposto devido.

Sendo, portanto, o meio para alcançar uma finalidade de crime de natureza tributária, deve-se utilizar um princípio basilar do Direito Penal que é a consunção ou absorção, “também denominado absorção e pode ser sintetizado na seguinte fórmula: a caracterização do *crime-fim* absorve a hipótese do *crime-meio*.”³⁴⁵ E, explica Rogério Greco³⁴⁶ que o crime anterior será considerado com um antefato, que não deverá ser punido, porque sem ele não é possível levar a efeito a infração penal pretendida.

Hugo de Brito Machado³⁴⁷ traz também esta discussão em sua obra, quando, através de uma nota fiscal falsa, o sujeito consegue reduzir ou suprimir o a incidência do ICMS e do IPI a um só tempo. Nesta situação, afirma o autor tratar-se de crime único, apesar da competência para arrecadação ser do Estado e da União, respectivamente, entes com recursos distintos. Porém, argumenta pelo núcleo do tipo penal contido no art. 1º da Lei 8.137/90, que consiste em suprimir ou reduzir tributo, pouco importando a natureza deste, o qual (quais) tributos serão suprimidos.

³⁴³ COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução Ao Direito Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 108

³⁴⁴ **Evasão de Divisas**. Uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7492/86. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 71-72.

³⁴⁵ ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal**. Curso Completo. Parte Geral. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 116

³⁴⁶ **Curso de Direito Penal**. Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 29.

³⁴⁷ MACHADO, Hugo de Brito. **Estudos de Direito Penal Tributário**. São Paulo:Atlas, 2002, p 219-220.

Há, entretanto, julgados nos Tribunais Superiores em sentido contrário, afirmando pelo concurso formal imperfeito ou impróprio³⁴⁸, segundo o qual, o agente, mediante única conduta, pratica mais de uma infração penal de forma dolosa, ou seja, com desígnios autônomos para cada um dos crimes. A pena, neste entendimento, deveria ser aplicada cumulativamente, ou seja, somando-se a pena da sonegação do ICMS com a pena da sonegação do IPI.

Ainda, com relação à falsificação da nota, utiliza a regra da consunção ou absorção, que indica que o crime-meio deverá ser absorvido pelo crime-fim, havendo punição somente por este último. Neste sentido, pode-se claramente argumentar, utilizando-se uma *analogia in bonam partem*, pela aplicação da inteligência da súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça³⁴⁹ a outros delitos, já que este princípio, embora não positivado, é de amplo uso em crimes de natureza patrimonial.

Esta discussão acerca da possibilidade do concurso de crimes será novamente retomada, quando se passar ao estudo da lavagem de dinheiro. Inevitável é o questionamento acerca da possibilidade de o agente ser punido pela infração penal antecedente e pela lavagem; ainda, com o questionamento acerca da unicidade dos processos.

Por fim, o alcance da expressão Direito Penal Econômico em muito se aproxima da questão da definição acerca do conceito criado por Sutherland “crime de colarinho branco”. O que se entende por esta expressão? Quais os crimes nela contidos, e quais os bens jurídicos que se pretendem tutelar? Quem são os agentes envolvidos? Passa-se, em tópico oportuno, a este estudo criminológico da expressão, tão amplamente divulgada na doutrina nacional e estrangeira.

³⁴⁸ Art. 70 - Quando o agente, mediante uma só ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplica-se-lhe a mais grave das penas cabíveis ou, se iguais, somente uma delas, mas aumentada, em qualquer caso, de um sexto até metade. As penas aplicam-se, entretanto, cumulativamente, se a ação ou omissão é dolosa e os crimes concorrentes resultam de desígnios autônomos, consoante o disposto no artigo anterior. (grifou-se a parte do dispositivo relativa ao concurso formal imperfeito ou impróprio).

³⁴⁹ “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”

4.1.3.1 O Bem Jurídico Tutelado nos Crimes Econômicos. Ordem Econômica e Economia

A tutela da ordem sócio-econômica é um dos temas que se refere às demandas de interesse transindividual, com sujeito passivo vago, pois a magnitude deste tipo de lesão ofende a toda coletividade. Já se viu, em tópico anterior, que o alcance da expressão “Direito Penal Econômico” pode ser visto em sentido amplo e em sentido estrito. Porém, por opção metológica, tratar-se-á apenas do sentido estrito.

Assim, algumas leis fazem parte deste novo tipo de criminalidade, dita “criminalidade econômica”, tais como a Lei 7.492/86 que enfoca os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional³⁵⁰, a Lei 8.137/90, que é a lei de crimes tributários, os crimes inseridos *a posteriori* no Código Penal previstos nos artigos 168-A (apropriação indébita previdenciária) e 337-A (sonegação previdenciária), e a Lei 9.613/98 (com alteração da lei 12.683/12), alvo de estudo no último capítulo do presente trabalho, que é a Lei de Lavagem de Capitais.

Sob o argumento, muitas vezes, falacioso de proteção a bens jurídicos, o que não se pode pretender é igualar a tutela da ordem econômica no âmbito penal à sua proteção em outros ramos do ordenamento. E, para além disso, não se pode, de maneira alguma, pretender entender a ordem econômica enquanto regramento da economia.

É que o Direito Econômico pode ser entendido como o conjunto de regramentos jurídicos de que lança mão o Estado para fins de realização de sua política econômica. A maioria dos conceitos trazidos na doutrina vai enfatizar esta participação ativa do Estado na Economia. Não se trata, como cediço, de um regramento disperso dentre os mais diversos ramos jurídicos, mas do devido reconhecimento das peculiaridades que, inegavelmente, perfilham à mencionada disciplina a autonomia que lhe cabe por natureza.

³⁵⁰ Esta Lei, inclusive, ficou consagrada como a Lei do Colarinho Branco no Brasil, antes mesmo do advento da Constituição de 1988.

Luciano Feldens³⁵¹ indica que a ordem econômica é uma concepção ideológica, é um instrumento de que lança mão o Estado para solucionar conflitos sociais. É uma relação jurídica entre fenômenos econômicos materiais e sujeitos econômicos. É, em última análise, uma relação entre a produção, distribuição, circulação e o consumo de bens.

Para desenvolvimento desta política econômica, o Estado deve se valer também das políticas monetárias (controle da oferta da moeda), fiscal (política de receitas e despesas), cambial (e administração da taxa de câmbio) e de rendas. Apesar de cada uma ter o seu objetivo específico, todas repercutem sobre o objetivo geral: “desenvolvimento econômico, estabilidade do preço, controle da infração, equilíbrio do volume financeiro das transações com o exterior.”³⁵²

Indica Eros Roberto Grau³⁵³, sobre o conceito, método e função do Direito Econômico: “pensar Direito Econômico é optar pela adoção de um modelo de interpretação essencialmente teleológica, funcional, que instrumentará toda a interpretação jurídica, no sentido de que conforma a interpretação de todo o Direito.” E, prossegue o autor indicando que pensar sob este ramo do Direito, é “compreender que a realidade jurídica não se resume ao Direito formal. É concebê-lo — o Direito Econômico — como um novo método de análise, substancial e crítica, que o transforma não em Direito de síntese, mas em sincretismo metodológico.”

Entretanto, o conceito de ordem econômica não deve ser confundido com as próprias leis da economia. A economia obedece a regras não jurídicas, mas regras da própria experiência, tais como a oferta e a procura. Não carece de regulamentação para se desenvolver. Aliás, a economia sempre se desenvolveu independentemente de regramentos, ou de intervenção jurídica. Veja-se, por oportuno, a experiência rudimentar do escambo, consistente na troca de mercadorias. Já a ordem econômica, como se pode notar, vai ser a busca por esta

³⁵¹ FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 120.

³⁵² 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, p. 10.

³⁵³ GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 173.

regulamentação, procurando atender aos interesses individuais, mas sobretudo, aos interesses coletivos.

E mais. Percebe-se que o objeto do ramo jurídico em comento – Direito Econômico, Ordem Econômica - não se confunde com a tutela criminal. Esta última, como em todos os demais casos, não escapa ao caráter fragmentário³⁵⁴ peculiar ao Direito Penal, apenas ocupando-se da proteção de bens mais relevantes e, ainda assim, incidindo apenas subsidiariamente em relação às demais esferas de controle³⁵⁵.

Sendo assim, não é em todo e qualquer caso que a tutela penal se estenderá à proteção da ordem econômica, mas tão somente naqueles em que for pujante a agressão ao referido bem jurídico e, ainda, que o próprio Direito Econômico não for suficiente para conter a prática do ilícito.

Demais disso, os Direitos Penal e Econômico ainda não se confundem em razão da natureza jurídica que marca as punições aplicadas, como bem leciona Manoel Jorge e Silva Neto³⁵⁶: “no domínio dos desatinos, entretanto, o pior deles é reconhecer a identidade absoluta entre esses “ramos” do Direito. E por quê? Em virtude de o Direito Econômico contar com normas sancionatórias do ilícito propriamente econômico, e não de ordem penal.” Complementa o autor, explicando que as sanções aplicáveis a estas espécies de infrações são completamente distintas, sendo que “no campo específico da legislação punitiva, vamos encontrar a fixação de pena para a hipótese de adequação da conduta ao tipo previsto na lei; sanção, por sua vez, consubstanciada em pena privativa de liberdade e/ou multa.” Por fim, encerra o momento de atuação de cada um desses ramos, indicando que “enquanto o Direito Econômico cuida para que não se transgridam as normas efetivadoras da

³⁵⁴ Sobre o caráter fragmentário do Direito Penal, veja a lição de Paulo Queiroz, para quem “a intervenção penal, quer em nível legislativo, quando da elaboração das leis, quer em nível judicial, quando da sua aplicação concreta, somente se justifica se e quando seja realmente imprescindível e insubstituível”. (**Funções do direito penal**: legitimação versus deslegitimação do sistema penal. Belo Horizonte: Del Rey, 2001, p. 121).

³⁵⁵ Assim destaca João Marcello Araújo Junior, segundo o qual o Direito Penal apenas pode ser “empregado como *ultima ratio*. A sanção penal há de ser reservada, exclusivamente, para os casos mais graves e, mesmo assim, somente depois que os demais instrumentos de controle social se mostrarem insuficientes.” (**Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p 49)

³⁵⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTr, 2001, p. 31

política econômica, o Direito Penal trata de reprimir, por via de sanções penais, as condutas tipificadas na legislação respectiva.”

Por conta desta autonomia entre as mencionadas esferas de controle, é possível não só a imposição de sanção em razão da prática de ilícito econômico mesmo nos casos em que não se possa aplicar a tutela penal, consoante descrevem os arts. 23 a 27 da Lei n. 8.884/94, como também a cumulação das punições econômica e criminal, para os casos em que se verifique ofensa a ambos os campos jurídicos.

Então, sabendo que existe um Direito Econômico e um Direito *Penal* Econômico, resta saber se estes ramos são autônomos ou não. Ainda, existe autonomia com relação ao Direito Penal Comum e o Direito Penal Econômico?

Quanto à separação entre Direito Econômico e Direito Penal Econômico, não restam dúvidas serem ramos considerados autônomos. O primeiro, refere-se às sanções e regulamentações de cunho administrativo. O outro possui características penais. A discussão doutrinária refere-se, então, ao Direito Penal e ao Direito Penal Econômico.

Ora, dizer-se que o Direito Penal Econômico é um ramo autônomo, à parte do Direito Penal tradicional, significa admitir, nestes casos, uma quebra de garantias mínimas conquistadas por este ramo. Desta forma, seria uma maneira indireta de burlar princípios penais basilares.

Para se defender a autonomia do Direito Penal Econômico, é necessário entender este tipo de criminalidade como uma espécie com conteúdo diferenciado, que necessita maior agilidade na defesa dos bens por este ramo protegidos. Pra tanto, seria imprescindível uma quebra de paradigmas. Estudar-se-á, em capítulo autônomo, que em nome desta nova demanda, a segurança jurídica vem sendo mitigada, uma vez que a legislação penal não acompanha a mudança social e criminógena.

Manoel Pedro Pimentel³⁵⁷ afirma que, apesar do Direito Penal Econômico ser revestido de uma especialidade com relação ao Direito Penal Comum, não é um ramo autônomo, pois, sendo dotado de sanções com caráter penal, não pode abandonar os velhos postulados e garantias conquistadas ao longo de anos que revestem o poder punitivo do Estado.

Entretanto, como será observado no estudo da legislação específica, alguns dos princípios do Direito Penal e Processual Penal são francamente violados e outros, são violados de forma não evidente, mas escamoteada, sob o suposto manto da constitucionalidade.

Percebe-se, portanto, que a matéria “Direito Econômico”, apresenta características próprias. Deste, no que tange ao Direito Penal, - seja ou não o ramo Direito Penal Econômico um ramo autônomo - o atendimento a esta nova demanda acabou por afastá-lo da técnica de elaboração de tipos dantes empregada aos chamados delitos *tradicionais*.

O novo objeto de tutela selecionado, portanto, não mais se limitava à proteção de bens jurídicos “naturais” a ao patrimônio individual, sendo peculiar por apresentar um caráter supraindividual e, com isso, reclamar do Estado a garantia de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição de riquezas.³⁵⁸ Desta forma, por conta da relevância do bem jurídico resguardado, em que se protege a livre iniciativa, a justa concorrência e a equitativa distribuição de riquezas, a incidência da tutela criminal não mais podia aguardar a efetiva lesão à ordem econômica, recorrendo-se, então, à elaboração de crimes de perigo³⁵⁹.

Para que se fale em delito contra a ordem econômica, ainda, é preciso que a conduta delitativa seja capaz de gerar repercussão nacional, pois se trata, frise-se, de crimes vagos, cuja agressão ao bem jurídico tutelado pela norma penal ofende toda a coletividade.

³⁵⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

³⁵⁸ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p 36.

³⁵⁹ Idem, p. 50

A efetiva proteção da ordem econômica, no entanto, acaba por esbarrar na realização de tantos outros direitos fundamentais consagrados pela Magna Carta, sobretudo quando considerado o domínio capitalista dos modos de produção, segundo destacam Alexandre Moraes da Rosa e José Manuel Aroso Linhares³⁶⁰: “a Constituição Republicana de 1988 instituiu um grande rol de “Direitos Fundamentais” cuja factibilização se mostrou e se mostra complicada, mormente após o levante neoliberal, com a paulatina retirada do Estado de suas funções essenciais”, e complementam que este quadro se agrava por força de ser o Brasil uma “sociedade à margem do capitalismo central. Relembre-se que para o modelo neoliberal o Estado deve ser mínimo no social e forte para a repressão.”

O clamor social pela mínima tolerância, associado à crescente expansão do Direito Penal, acabou por afastar a ciência criminal da sistemática constitucional garantista, apropriando-se da política já mencionada da Lei e Ordem em nome de uma repressão punitiva meramente simbólica, como se verá nas seguintes linhas, furtando-se ao dever de incessante busca por respostas menos gravosas ao indivíduo no combate à nova criminalidade.

4.1.3.2 Moderna Política Criminal e a Legislação em Mosaico: microssistemas e a aparição de “novos riscos”

Especificamente em relação à criminalidade econômica, percebe-se que os velhos ditames contidos no Código Penal, elaborado nos idos de 1940, já não mais se amoldavam à celeridade das mudanças e evoluções (ou até involuções) sociais. A sociedade dos novos riscos já se preocupava com a tutela de novos bens jurídicos. Era preciso mudança, adaptação, renovação.

Formas de adaptação à realidade social é a adoção dos chamados elementos normativos. Quanto aos elementos normativos, consistem eles em palavras ou expressões que necessitam de valoração casuística. Na verdade, são conceitos que

³⁶⁰ ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p 105.

variam no tempo e no espaço. (exemplo: “mulher honesta”; “sem justa causa”; “indevidamente”).

Ademais, a outra característica marcante dos delitos contra a ordem econômica é o uso de normas penais em branco, dada a impossibilidade de o tipo descrito esgotar todas as modalidades de ofensa ao bem jurídico resguardado pela norma. Estas leis penais em branco - expressão que procede de Karl Binding – tem conteúdo incompleto.

Pablo Rodrigo Afllen da Silva³⁶¹ indica que Karl Binding, em seus estudos sobre os ordenamentos jurídico-penais de países com tendência codificadora percebeu algumas leis as quais chamou de “lex imperfectas”, que, no seu entender, são leis dotadas de flexibilidade, facilitando a proteção de bens jurídicos. Por exigências práticas, estas leis estão postas de modo que podem ser complementadas de acordo com as vicissitudes das relações que elas tutelam.

Binding, seguindo esta orientação de que as *Blankettstrafgesetzen* traduzem uma proibição incompleta, e, utilizando-se de uma metáfora, chega a afirmar que as leis penais em branco são um corpo errante à procura de uma alma! Confira-se:

A proibição, cuja violação reveste-se com pena, parte da autoridade policial local ou da autoridade dos Estados ou de outra autoridade ou da legislação particular; que o Direito particular decide quais autoridades são compreendidas com vista à elaboração da norma; que, além disso, esta proibição pode perseguir a promulgação da lei penal, onde então a lei penal temporariamente, como um corpo errante, procura sua alma.³⁶²

São normas, em suma, que necessitam de um complemento para que se possa extrair o seu sentido. Exemplo na legislação brasileira: para saber o que é tráfico de substância entorpecente, antes se precisa saber o que é a substância entorpecente. Este assunto será abordado e combatido em momento oportuno. Por ora, confira-se

³⁶¹ **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 37.

³⁶² *Apud* SILVA, Pablo Rodrigo Afllen da, op.cit., p. 38.

Juarez Cirino dos Santos³⁶³ e a definição desta modalidade de elaboração da legislação:

As leis penais em branco são tipos legais com *sanção penal* determinada e preceito indeterminado, dependente de *complementação* por outro ato legislativo ou administrativo – como a identificação das doenças de notificação compulsória (art. 269, CP). As *leis penais em branco* exprimem a tendência moderna de *administrativização* do Direito Penal, com transferência de poderes punitivos a funcionários do Poder Executivo, ou a modalidades inferiores de atos normativos (Decreto, Resoluções etc).

Atrelado a isso, vive-se hoje uma hiperinflação³⁶⁴ do sistema penal: a legislação extracódigo passou a ser a regra na tutela penal, restando ao Código, já antigo e, em muito, defasado, a tutela dos crimes “clássicos” ou ordinários, como o furto, o roubo, o homicídio, o estupro. Ocorre que é, efetivamente, necessária a adequação jurídica da legislação à realidade mutável social. Porém, esta adequação tem sido feita de modo desvirtuado e irracional, fugindo ao seu real propósito.

O que deveria ser um mecanismo excepcional de adequação entre norma e realidade social tornou-se a regra, a praxe. A cada ano, surgem novas leis (as chamada das *novatio legis*), tutelando sejam os recém-criados bens jurídicos (decorrentes do surgimento um novo tipo de criminalidade), sejam os bens jurídicos já existentes, trazendo nova roupagem aos crimes já presentes no Código, como qualificadoras, causas de aumento ou novas elementares.

Este tipo de técnica legislativa é chamada por Silva Sánchez³⁶⁵ de “expansionismo” do que passa pela inclusão de novos tipos penais em leis especiais, desrespeitando o ideal codificador – emblema do garantismo – causa a erosão da harmonia legislativa e provoca extrema dificuldades quando da interpretação da norma penal, em face do seu distanciamento dos princípios estabelecidos no Direito Penal.

³⁶³ CIRINO DOS SANTOS, Juarez . **Direito Penal: parte geral**. 2. ed. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

³⁶⁴ *Apud* LUISI, Luiz. **Os princípios constitucionais penais**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 28.

³⁶⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales**. Montevideo/Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2008, p. 83.

A regra do artigo 12 do Código Penal³⁶⁶ é clara em admitir que a legislação extracódigo adote regras especiais não previstas no Código Penal. Até mesmo pela natureza dos bens jurídicos que são envolvidos: em sua grande maioria, não são bens eminentemente penais, e sim fruto de uma política criminal cada vez mais expansionista. Pode-se dividir a legislação penal em três espécies distintas, seguindo o critério intra ou extra Código Penal: Direito Penal comum, extravagante e especial.

Direito Penal comum é o direito penal básico, a raiz de onde partem as regras gerais para serem aplicadas a qualquer delito. São as regras contidas na Parte Geral do Código Penal (arts. 1º ao 120), quanto à aplicação da lei no tempo, no espaço, prescrição, aplicação da pena, etc e os crimes previstos na Parte Especial (art. 121 ao 359-H). Já o Direito Penal extravagante é tudo aquilo que excede ao Código Penal, ou seja, é toda legislação que está fora do Código. Porém, no tocante às regras gerais, segue a parte geral disposta no Código. São legislações que se limitam a trazer novos tipos penais, mas que se subsumem às regras já estabelecidas.

O Direito Penal especial, de sua feita, além de trazer tipos que estão fora do Código Penal, traz uma parte geral própria, com regras diferenciadas daquelas previstas no Código Penal. Adotam o que a doutrina chama de microssistemas.³⁶⁷

Alguns critérios podem ser utilizados, em suma, para definir se o tipo penal faz parte do Direito Penal comum, do extravagante ou do especial: o primeiro deles é o critério topográfico, baseado em onde se encontram os delitos (dentro ou fora do Código Penal). Este é um critério que apresenta falhas, por exemplo no tocante aos crimes contra as relações de consumo, pois estes estão no Código Penal, no Código de Defesa do Consumidor e na Lei 8137/90 (Lei de crimes tributários). O segundo critério é o da adoção ou não de microssistemas. Dizer que uma lei adota um

³⁶⁶ Legislação Especial

Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

³⁶⁷ Sobre o tema, vale a lição de Sebastián Borges de Albuquerque Mello. **Direito Penal – sistemas, códigos e microssistemas jurídicos**. Curitiba: Juruá, 2004.

microsistema é dizer que ela possui uma parte geral própria, com regras diferentes do Código Penal, sendo, assim, uma lei considerada como especial.

Mais do que o critério topográfico de estar fora do Código, ou a adoção dos chamados microsistemas, Orlando Gomes³⁶⁸ caracteriza estas leis pela especialidade e pela concretude. O conteúdo destas leis é voltado para situações pontuais, para uma parcela específica da população. Exemplo desta espécie de legislação seria a Lei de Locação de Prédios Urbanos lei 8245/91 – mesmo com a entrada em vigor do Novo Código Civil, em 2003, esta lei continua a regular esta situação específica.

Para o Direito Civil, até mesmo por ser o Código uma junção de vários livros, com regramento próprio para cada uma de suas especificidades, a adoção dos microsistemas ou dos polissistemas não traz maiores problemas. Na visão do citado autor Orlando Gomes, é uma “realidade sem retorno”. Tem-se retirado da “competência civil”, matérias cujo conteúdo não mais se coadunam com seus princípios, como as relações comerciais, as relações de consumo.

Problema surge para o Direito Penal, que em razão das inafastáveis exigências de certeza e segurança jurídica, requer, mais do que os outros ramos do Direito, uma ordenação clara e sistemática de suas normas e princípios. E, para atingir dito objetivo, a codificação tem se revelado como o mais eficaz mecanismo, pois sintetiza e harmoniza, num só corpo legislativo, uma extensa faixa da realidade social.

Assim, o Código Penal delimita quais são os bens jurídicos protegidos pela esfera criminal, e de que modo a ofensa a estes bens jurídicos pode ser considerada crime, e de que formas se vai punir a violação prevista no tipo legal. Portanto, o Código restringe, num sistema ordenado, quais são os modelos de conduta considerados criminosos, quais as sanções penais a serem aplicadas, e quais os princípios vigentes.

Em momento oportuno, defender-se-á o princípio basilar do Direito Penal, e tão consagrado da legalidade. Porém, para além da legalidade, é preciso defender-se o princípio da reserva do Código. Ainda, sempre que aparecem estes microsistemas

³⁶⁸ GOMES, Orlando. **Sans Adieu – 50 anos de cátedra**. Salvador: Ciência Jurídica, 1987.

em matéria criminal, é um demonstrativo que o bem jurídico protegido não é eminentemente penal, sendo impossível amoldar as velhas regras de 1940 à criminalidade recente. Demonstra-se, com isso, que o Direito Penal pode estar serviço de outras funções não declaradas do Estado.

Isto afronta princípios como o da *ultima ratio*, intervenção mínima ou subsidiariedade³⁶⁹. Isto porque, no âmbito econômico e de acordo com o modelo adotado pelo Estado brasileiro, sua atuação deve ser distante, regulatória, com função de “reduzir os ruídos/externalidades”, ficando, via de regra, no “banco de reservas.”³⁷⁰

Ensina Juan Maria Rodríguez Estévez³⁷¹ que, quando se estuda o sistema penal como um todo, analisando-se as normas e as sanções penais concretas, especialmente as que dizem respeito aos crimes econômicos, percebe-se que estas normas “no siempre respetan el carácter subsidiario del derecho penal.”

Completa-se o entendimento neste sentido, anotando-se que há uma verdadeira crise do caráter de última razão do Direito Penal. Há leis que regulam todas as matérias atinentes à Administração Pública, como leis reguladoras da ordem socioeconômica, do mercado, da concorrência, da Fazenda Pública. As leis penais hoje se prestam a proteger “más bien funciones de la Administración em lugar de bienes jurídicos.”³⁷²

É neste contexto de problemas previamente delineados e de reconhecimento de um Direito Penal inflado de atribuições que não lhe pertencem (ou não lhe pertenciam) que se passa o estudo dos crimes atinentes à “nova” criminalidade econômica, culminando num estudo acerca da lei de lavagem de dinheiro.

³⁶⁹ Este tema será amplamente abordado em oportunidade própria e com caráter mais crítico e conclusivo.

³⁷⁰ ROSA, Alexandre Morais da. LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law & Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 102.

³⁷¹ ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. **El derecho penal en la actividad económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma. 2000, p. 84.

³⁷² *Ibidem*, p. 85

4.2 A DENOMINAÇÃO “CRIME DE COLARINHO BRANCO”

Como questão preliminar à demonstração da seletividade do sistema penal também a criminalidade de colarinho branco, sobretudo no tocante aos agentes envolvidos no delito de lavagem de capitais, é de suma importância delimitar, definir o que se entende por esta expressão. Assim, será demonstrado o motivo de sua criação, e o que a expressão *white collar crime* representava à época, bem como as ampliações do conceito, feitas posteriormente.

Desta forma, para identificar o criminoso, Cláudia Maria Cruz Santos indica que o principal problema, ou principal crítica que pode ser tecida sobre o estudo da criminalidade pelas correntes tradicionais é que esta pesquisa estruturava-se sempre sobre duas perspectivas: considerar o crime em si, como fator isolado; ou estudar fatores que o originam. Essa última perspectiva, em seu entender, oscilava sempre sob duas óticas: explicações do crime a partir de espaciais características do agente; explicações do crime a partir de circunstâncias externas, exógenas.³⁷³

Foi somente a partir da Criminologia da Reação Social que este panorama foi modificado: passou-se a estudar o crime não mais sobre a esfera do delinquente, mas sob a perspectiva da reação da sociedade a esta conduta. O crime não é mais realizado por uma parcela anormal da sociedade; crime é um conceito construído socialmente.

Entretanto, indica Cláudia Maria Cruz Santos que, de forma paradoxal, o conceito de criminoso de colarinho branco ainda estava arraigado às noções de criminoso enquanto pessoa com determinadas características especiais. Porém, esta nova concepção de criminoso, terminou por influenciar e contribuir decisivamente para o descrédito das explicações tradicionais e individuais acerca do delinquente: o foco da criminalidade deixa de ser o desfavorecido socialmente; a pobreza e a

³⁷³ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O Crimes de Colarinho Branco – da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal.** Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001. p. 16.

desinserção social deixam de ser os fatores criminógenos. Enfim, “não mais se pode identificar a delinquência com a ‘anormalidade’.”³⁷⁴

Reconhecendo esta realidade, Sutherland – como já explicitado no início deste capítulo - utiliza-se da expressão *white collar crime* em seu discurso de posse na presidência da *American Sociological Association* (ASA), em 1939. Era uma alusão à vestimenta das pessoas da alta camada social – camisas sociais, com punhos e colarinhos brancos. Surgia, assim, uma alcunha para designar a criminalidade econômica, que não mais se assemelhava aos crimes praticados nos grandes centros urbanos, como furtos, roubos, homicídios, estupros – os crimes praticados pelos *blue collar*.

Alessandro Baratta³⁷⁵, analisando as conclusões a que chegou Sutherland, indica que este autor identificou três erros essenciais nas correntes criminológicas do outrora, que identificavam o criminoso somente como alguém pertencente à camada social pobre, ou portador de alguma psicopatologia ou sociopatologia. Primeiramente, indica Sutherland que essas correntes se baseiam sobre uma “falsa amostra de criminalidade, a criminalidade oficial e tradicional, onde a criminalidade de colarinho branco é quase que inteiramente descuidada”. Em segundo lugar, “as teorias gerais do comportamento criminoso não explicam corretamente a criminalidade do colarinho branco, cujos autores, salvo raras exceções, não são pobres, não cresceram em *slums*, não provêm de famílias desunidas, e não são débeis mentais ou psicopatas”. Por fim, demonstra que qualquer teoria que tente se fazer geral acerca do comportamento criminoso será falha, pois não conseguirá abarcar a criminalidade comum e a de colarinho branco numa mesma categorização.

Ademais, para chegar ao conceito de criminalidade de colarinho branco, Sutherland realiza um estudo acerca das setenta maiores corporações americanas, mineiras e comerciais, sobre as quais havia algum tipo de decisão de Tribunais americanos e/ou comissões administrativas, bem como sobre outras quinze corporações de serviços públicos (energia e luz elétrica) também nos Estados Unidos. Sutherland

³⁷⁴ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Ob. cit. p. 16.

³⁷⁵ BARATTA, Alessandro. Ob. Cit. p. 71-72.

encontra informações alarmantes sobre violações à Lei Antitruste, através de uma rede de monopólios. Essa pesquisa é decisiva para formar o conceito de criminalidade econômica, uma vez que ele observa que a característica dessas condutas em muito se assemelhava aos crimes comuns.³⁷⁶

Entretanto, Sutherland só consegue chegar ao conceito de crime de colarinho branco, pois tem um entendimento muito particular acerca do conceito de crime. Para ele, crime não é só aquilo que está previsto expressamente no Código Penal, mas também aquela conduta que, embora não descrita em lei, causa um dano importante aos interesses da comunidade. Para Sutherland, basta que a conduta se encontre em leis especiais, sendo apenada com multas, suspensões de licença, etc. Somente assim é possível desenvolver este conceito, quebrando as amarras das concepções tradicionais, até mesmo criminológicas, que estudavam o crime como condutas formalmente descritas em leis penais.³⁷⁷

Além disso, Carlos Perez del Valle traz uma nova vertente para este estudo criminológico, indicando que nem todo crime de colarinho branco é relacionado à criminalidade econômica. Isto por dois motivos: primeiramente³⁷⁸, porque a criminalidade de *cuello blanco*, em seu entender, sofre processo de democratização, podendo hoje ser praticada por pessoas pertencentes às mais diferentes camadas sociais. Ainda, porque nesta expressão “criminalidade de colarinho branco” estão abarcados todos os crimes cometidos por pessoas consideradas poderosas na

³⁷⁶ Indica Lola Aniyar de Castro, sobre as investigações realizadas por Sutherland que: “As companhias produtoras de aparelhos elétricos mais importantes dos Estados Unidos, haviam dividido território em quatro partes, cada uma dominando uma das partes. Baseadas nisso, arbitrariamente, e sem relação com os custos de produção, nem com os movimentos da lei da oferta e da procura, estas companhias fixavam os preços, em detrimento do consumidor. Sutherland observou que nestes casos, quando os representantes das empresas se reuniam, o faziam em hotéis de província, quer dizer, clandestinamente e utilizavam uma espécie de jargão característico, para dissimular o conteúdo dos acordos. Assim, em vez de falar em suas cartas, de listas de preços ou lista de pessoas que compareciam as reuniões, falavam em lista de cartões de Natal. Telefonavam-se geralmente de telefones públicos e, ao se registrarem nos hotéis, não nomeavam as companhias representadas e assim por diante.” **Criminologia da Reação Social**. Tradução e Acréscimos de Ester Kosovski Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 73.

³⁷⁷ ANIYAR de CASTRO. Lola, ob. cit. p. 73.

³⁷⁸ “Con el transcurso del tiempo se ha producido una desmitificación de la teoría originaria, puesto que la criminalidad ‘de cuello blanco’ se ha ‘democratizado’. Aun cuando es cierto que la ‘delincuencia de cuello blanco’, que resulta especialmente lucrativa desde un punto de vista económico, sólo puede ser realizada por un sector limitado de la población, las posibilidades sociales de acceso son muy diversas”. (**Derecho Penal Económico** dirigido por Enrique Bacigalupo, 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004).

sociedade, o que amplia o conceito, abarcando outros crimes que não só os ligados à criminalidade econômica como também abusos de poder estatal mediante genocídio, tortura, excessos policiais, como também abusos vinculados à corrupção política e econômica:

No obstante, bajo la expresión ‘criminalidad de los poderosos’ se comprende la suma de hechos punibles que son cometidos por persona con posiciones especiales y en una situación de poder fundada en esas posiciones para el fortalecimiento o la defensa de este poder y, para tanto, desde abusos de poder estatal mediante el genocidio, la tortura o los excesos policiales hasta los abusos vinculados a la corrupción política y económica. Por tanto, el concepto de ‘criminalidad de los poderosos’ – además de lo discutible de su fundamento – no podría ser trasladado directamente al ámbito de la criminalidad económica: por un lado, porque abarca aspectos de la criminalidad que no guardan relación con la criminalidad económica; por otro, porque existe un amplio espectro de la criminalidad económica cuyos autores non son personas ‘poderosas’.

O que se denomina “criminalidade dos poderosos”, então, é a soma de todos os fatos puníveis praticados por pessoas da alta classe social, não se restringindo à criminalidade econômica. No presente trabalho, entretanto, não haverá esta tal ampliação conceitual: ater-se-á aos crimes econômicos *stricto sensu*.

4.2.1 As premissas e as críticas à Teoria da Associação Diferencial de Sutherland

Sutherland, em sua obra ‘El delito de cuello blanco’, traz um capítulo denominado teoria do delito de colarinho branco, em que busca apontar certas explicações para que esta espécie de criminalidade se desenvolva. Inicia suas explanações apontando o marco criminológico ao qual se filia: a teoria da associação diferencial. Explica que a associação diferencial indica que a criminalidade de colarinho branco tem sua origem a partir do mesmo processo de outras condutas delitivas, situações em que a conduta delitiva se aprende com aqueles que a definem favoravelmente, olvidando-se a definição da conduta desfavoravelmente. Assim, uma pessoa em uma determinada situação considerada apropriada irá participar da conduta delitiva

quando perceber que o peso das definições favoráveis for maior do que o peso das definições desfavoráveis.³⁷⁹

Adverte, entretanto, que a associação diferencial “no es ciertamente una explicación completa o universal del delito de “cuello blanco” o de otro delito, pero quizás concuerde con los datos de ambos tipos de delito, mejor que cualquier otra hipótesis general.”³⁸⁰ É exatamente por este motivo que será demonstrado o pensamento de Sutherland, mas, ao final será feita uma análise crítica da teoria utilizada por ele para a explicação desta espécie de criminalidade.

Para explicar a criminalidade econômica a partir da teoria da associação diferencial, Sutherland aponta, em sua obra, um estudo feito a partir de escritos pessoais de certos homens de negócios, em que eles retratam o início da carreira empresarial, sempre induzidos por gerentes de grandes companhias a realizar pequenas infrações – sobretudo éticas, enganando os clientes – e estas passam a ser vistas naquele meio como imprescindíveis, afinal, segue-se a máxima do ‘negócio é negócio’. A criminalidade econômica vai sendo difundida como conduta ‘normal’ dentro de âmbito negocial, sendo prática comum para disputas com a concorrência.³⁸¹

Desta maneira, por mais que os agentes envolvidos nessa espécie de criminalidade tenham sido criados sob os ensinamentos da ética, em que a honestidade era uma virtude, também é verdade de quase nenhum ensinamento acerca do âmbito empresarial era dada. Em verdade, as pessoas que se opunham ao crescimento dos negócios foram muitas vezes taxadas de socialistas, comunistas, e esta reprovação feita por elas acabava tendo pouco ou nenhum valor.³⁸²

³⁷⁹ SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. tradução Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999. p. 277.

³⁸⁰ Idem, *Ibidem*, p. 277.

³⁸¹ SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. p. 284 e seguintes. Para exemplificar o quanto retratado por Sutherland, veja-se uma das situações expostas em sua obra: “cuando una corporación de automóviles publicaba un anuncio del precio y otras especificaciones de un cierto automóvil, junto con una foto de un modelo más caro, representando así falsamente sus automóviles, las otras corporaciones en la industria generalmente publicaban anuncios semejantes con iguales falsas representaciones.” (p. 285)

³⁸²

Da mesma forma, “los medios de comunicación de masas que continuamente definen violaciones ordinarias del código penal de una manera muy crítica, no hacen definiciones similares del delito de ‘cuello blanco’”.³⁸³ Acabam, assim, não demonstrando uma postura desfavorável em relação a esta espécie de delinquência, tratando de maneira desigual duas esferas do fenômeno da criminalidade.

Outro ponto salientado por Sutherland é o tratamento indulgente dado a esta espécie de criminalidade por parte dos entes do governo. Aponta diversos fatores para que tal benevolência ocorra: homogeneidade entre os entes do governo e os homens de negócio, que pertencem à mesma condição sócio-econômica-cultural; muitos agentes do governo possuem familiares que estão no ramo dos negócios; muitos homens de negócios são amigos pessoais dos agentes do governo; muitas pessoas que hoje estão no governo, antes participavam do mundo dos negócios, como executivos, diretores, assessores; muitos agentes do governo esperam obter emprego nas firmas comerciais quando acabarem seus mandatos; como as empresas são muito poderosas, podem apoiar certos programas do governo; os programas de governo estão relacionados a programas de partidos políticos, que, para obtenção de êxito em suas campanhas, dependem de grandes doações em dinheiro feitas pelas grandes firmas.³⁸⁴

Para além disso, Sutherland indica que a ideia da associação diferencial é uma explicação para a criminalidade de colarinho branco, mas não deve ser entendida isoladamente. “La desorganización social es a su vez una explicación hipotética del delito desde el punto de vista de la sociedad.” Assim, paralelo à associação diferencial, indica a desorganização social como um dos fatores da criminalidade, e, especificamente em relação à criminalidade de colarinho branco, demonstra que pode haver uma anomia – que seria a ausência de standards que dirigem a atitude

³⁸³ “Los periódicos importantes, las corporaciones de películas y las de radio son todas grandes corporaciones, y las personas que son dueñas y las administran tienen los mismos standards que las personas que administran otras corporaciones. Estas agencias derivan su ingreso principal de la publicidad de otras corporaciones de negocios, y tenderían a perder una parte considerable de su ingreso si fuesen críticos de las prácticas de negocios en general o de determinadas corporaciones.” Idem, ibidem. p. 289.

³⁸⁴ SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. p. 295

dos membros de uma sociedade em geral – e a existência de conflito de standards, sobretudo provocada pela rápida mudança das práticas comerciais.³⁸⁵

Assim, demonstrando que as teorias anteriormente desenvolvidas não poderiam explicar a criminalidade econômica (seja pela desconsideração da enorme cifra oculta desta espécie de criminalidade, seja pela associação de fatores patológicos e/ou socioeconômicos ao cometimento de crimes)³⁸⁶, Alessandro Baratta indica que Sutherland acabou por impulsionar a teoria da criminalidade “para modelos explicativos que não se limitam à simples associações diferenciais e dos mecanismos de aprendizagem, mas enfrentam diretamente o problema das causas sociais das diversas associações diferenciais e de sua qualidade”.³⁸⁷

Porém, mesmo sendo reconhecido o avanço que representou a teoria da associação diferencial para o estudo da criminalidade econômica, não se pode deixar de tecer algumas críticas às premissas de Sutherland.

Desta maneira, umas das principais críticas apontadas é que, na teoria da associação diferencial, o sujeito é visto apenas como um ‘receptor passivo’ de motivos delitivos e não delitivos, e não “elige un tipo de comportamiento porque tenga significado y propósito para él; simplemente queda conformado por los significados que prevalecen en su medio social.” Assim, Sutherland deixa de lado todas as considerações sobre as finalidades e significados humanos e Young indica que se Sutherland houvesse considerado a natureza humana, “se habría visto obligado a recurrir a la organización diferencial para su explicación, y esta rama de la teoría se habría convertido en una parte desarrollada e integrante de la teoría, en lugar de ser un simple apéndice”³⁸⁸.

³⁸⁵ Idem, Ibidem. p. 295.

³⁸⁶ “La tesis de este libro es que estas patologías sociales y personales no son una explicación adecuada de la conducta delictiva. Las teorías generales de la conducta delictiva que toman sus datos de la pobreza y de las condiciones relacionadas con ella son inadecuadas e inválidas: primero, porque las teorías no concuerdan sólidamente con los datos de la conducta delictiva; y segundo, porque los casos en que se basan estas teorías son una muestra sesgada de todos los actos delictivos.” SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. p. 62.

³⁸⁷ BARATTA, Alessandro. **Criminología Crítica e Crítica do Direito Penal: introdução à sociologia do Direito Penal**. p. 72-73.

³⁸⁸ TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. **La Nueva Criminología. Contribución a una teoría social de La conduta desviada**. Traducción Adolfo Crosa. Primera edición en castellano,

Assim, a doutrina ‘conductista’ elabora uma espécie de desenvolvimento à teoria de Sutherland, indicando que, além da associação diferencial, deve-se analisar a ideia de condicionamento operante, em que se pode perceber que uma conduta é reforçada positiva ou negativamente, e assim aprendida racionalmente. Desta maneira, as ideias iniciais de Sutherland são ampliadas, porque o delito não se aprende somente com a interação social, porque a situação ‘não social’ pode servir de reforço: “el robar refuerza por sí mismo, ya sea que otra gente sepa del robo o no y lo refuerce socialmente o no”³⁸⁹.

4.2.2 Novos alcances e características da criminalidade de colarinho branco: conceitos de *corporate crime* e *occupational crime*

Conforme visto anteriormente, há uma certa divergência na doutrina atual a respeito do alcance do termo ‘criminalidade econômica’. Para Sutherland e sua doutrina tradicional – até mesmo por ser original – criminalidade de colarinho branco “puede definirse, aproximadamente, como un delito cometido por una persona de respetabilidad y *status* social alto en el curso de su ocupación.”³⁹⁰ Desta maneira, como salienta Cláudia Maria Cruz Santos, estão excluídos desse conceito qualquer ato que sejam praticados por agentes fora de uma ocupação legítima, bem como todos os comportamentos ilícitos praticados por alguém que não guarde essas características.³⁹¹

Lola Anyar de Castro, explicando a doutrina de Sutherland, indica certas características dessa espécie de criminalidade, que a separa dos demais crimes:

1977; primera reimpresión, 1990; segunda reimpresión, 1997. Buenos Aires: Amorrortu editores. p.148.

³⁸⁹ “El problema de la asociación diferencial es que no se hace suficiente hincapié en la elección humana y que el comportamiento resultante parece estar totalmente determinado. Tampoco se presta atención a la creación de vocabu'arios alternativos de motivos. Con estas dificultades, la asociación diferencial expone un flanco débil al imperialismo de la teoría conductista. Sin embargo, debemos destacar una vez más que el comportamiento automático, la búsqueda tautológica de aquello que es reforzado porque es reforzado, es totalmente ajena a esta posición teórica.” TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. p. 149.

³⁹⁰ SUTHERLAND, Edwin. **El delito de cuello blanco**. p. 65.

³⁹¹ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Ob. cit. p. 56.

primeiramente, indica que o sujeito ativo é alguém de status socioeconômico elevado, havendo uma espécie de “inversão em relação ao que acontece com os crimes *convencionais*; nestes últimos, geralmente é a vítima que possui maior *status* socioeconômico do que o delinquente, a não ser que o de ambos seja igualmente baixo”; além disso, este delito deve ser cometido no exercício da atividade econômica, empresarial, do sujeito ativo – o que quer dizer que nem todo delito cometido por pessoa de alto status socioeconômico será considerado delito de colarinho branco.³⁹²

O que Sutherland pretendia, em verdade, não era trazer uma conceituação definitiva do que venha a ser criminalidade de colarinho branco, mas desejava apresentar um novo entendimento em matéria de Criminologia acerca dos fatores da criminalidade, apontando a forma privilegiada com que os criminosos que definiu como de colarinho branco eram tratados.

O problema é que, quando dos estudos de Sutherland, fora verificado que diversas consideradas atualmente como crimes de colarinho branco haviam sido sancionadas por outras esferas de combate – que não o Direito Penal – com efeito, muito menos estigmatizante sobre seus envolvidos. Assim, duas questões haviam surgido: o crime de colarinho branco é mesmo crime? E, sendo afirmativa esta questão, porque não são os agentes sancionados da mesma forma que os demais?

This is a problem of legal definition of crime and involves two types of questions: May the word "crime" be applied to the behavior regarding which these decisions were made? If so, why is it not generally applied and why have not the criminologists regarded white collar crime as cognate with other crime? The first question involves semantics, the second interpretation or explanation.³⁹³

Em relação à primeira pergunta, hoje já não há muitos espaços para questionar a aplicabilidade do Direito Penal a esta espécie de criminalidade, visto que o seu expansionismo há muito já alcançou esta esfera de crimes.

³⁹² ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. Tradução e Acréscimos de Ester Kosovski Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 77-78.

³⁹³ SUTHERLAND, Edwin. Is 'White-collar crime' crime?, *in American Sociological Review*, 1945, p. 132 e seguintes.

Em relação aos motivos pelos quais haveria uma desigualdade na aplicação da lei penal, Sutherland aponta as razões primordiais: primeiramente, aponta-se para uma certa homogeneidade cultural entre o criminoso de colarinho branco e o juiz e o promotor, havendo, nos membros da justiça, um misto de temor e admiração por este sujeito investigado; menor intervenção do sistema punitivo estatal (altos índices de cifras ocultas); distonia entre as leis e os fatos enraizados na sociedade, sobretudo por ser uma nova espécie de legislação; apesar de ser uma conduta que se prolonga no tempo, que atingem um grande número de pessoas, nenhuma vítima se apercebe do crime, pois não há uma afetação direta de maior gravidade; ainda, é necessário conhecimento muito específico para investigações do crime de colarinho branco; e, por fim, há uma escassa divulgação nos meios de comunicação a respeito dessa espécie de criminalidade.³⁹⁴ Em sentido muito similar são as ideias de Lola Aniyar de Castro.³⁹⁵

Entretanto, o que se supunha ser uma definição completa do crime de colarinho branco, já nos anos 70 começa a ser questionada. Herbert Edelhertz³⁹⁶, então membro do *National Institute of Law Enforcement and Criminal Justice*, nos Estados Unidos, avança num conceito mais amplo do que o formulado por Sutherland, indicando que crime de colarinho branco é aquele ato ilegal ou série de atos ilegais, praticados através de meios não físicos e com alguma espécie de fraude ou engano,

³⁹⁴ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Ob. cit. p. 56-57.

³⁹⁵ “A imunidade destas pessoas pode também ser explicada em virtude do seguinte: a) a tecnificação e complexidade das leis especiais que regem certas atividades, tais como a Lei de Imposto sobre a Renda, leis aduaneiras, de sucessões, etc., com as quais, um conselheiro astuto e hábil pode jogar facilmente; b) influi igualmente a cumplicidade das autoridades, que muito frequentemente, por suborno, ou por estarem implicadas nas atividades; c) a ausência de controle estatal; d) o fato de que alguns desses delitos são cometidos amparando-se na imunidade diplomática (tráfico de drogas, armas, recrutamento de mercenários, espionagem industrial) e dos parlamentares.” ANIYAR DE CASTRO, Lola. Ob. cit. p. 80-81.

³⁹⁶ Edelhertz reconhece a contribuição de Sutherland, no sentido de ‘iluminar’ os standards anteriores da criminalidade. Porém, entende que a definição de Sutherland era muito restritiva: “Sutherland's definition is far too restrictive. His view provided a rational basis for the economic determinism which was the underlying theme of his analysis, but did not comprehend the many crimes committed outside one's occupation. Ready examples of crimes falling outside one's occupation would be personal and nonbusiness false income tax returns, fraudulent claims for social security benefits, concealing assets in a personal bankruptcy, and use of large-scale buying on credit with no intention or capability to ever pay for purchases. His definition does not take into account crime as a business, such as a planned bankruptcy, 01' an old fashioned "con game" operated in a business milieu. Though these crimes fall outside Sutherland's definition, they were considered and discussed by him.” EDELHERTZ, Hebert. **The Nature, Impact and Prosecution of White-Collar Crime**, maio de 1970, p. 3. disponível em <https://www.ncjrs.gov/App/publications/abstract.aspx?ID=4415>. Acesso em 15 de fevereiro de 2015.

com o intuito de obter dinheiro ou propriedades, ou para obter vantagens negociais ou pessoais.

For the purpose of this paper, the term will be defined as *an illegal act or series of illegal acts committed by nonphysical means and by concealment or guile, to obtain money or property, to avoid the payment or loss of money or property, or to obtain business or personal advantage.*³⁹⁷

Com este conceito, algumas consequências na definição de crime de colarinho branco podem ser apontadas: passam a serem consideradas desta espécie de criminalidade algumas infrações não conectadas com a vida profissional do agente; deixa-se de atender a uma qualidade especial do agente, podendo esta espécie de crime ser cometida por qualquer pessoa, independente de seu elevado status social;³⁹⁸ e não é necessário uma descrição legal por um tipo penal, bastando que a conduta cause um dano social – e, percebe-se, que aqui se afasta as condutas praticadas com violência, já que o conceito trata de meios não físicos para comissão do delito.³⁹⁹

Cláudia Maria Cruz Santos indica que a existência de outras doutrinas que ampliam (por vezes, até demasiadamente) o conceito de crime de colarinho branco poderia conduzir a uma falsa conclusão que a evolução da vida econômica, com a multiplicidade de formas assumidas, teriam como consequência “uma espécie de massificação do *white collar crime*, deixando este de ser exclusivo de uma elite”. Em verdade, essas tais transformações se devem à diversificação de conceitos existentes na atualidade acerca desta forma de criminalidade.⁴⁰⁰

³⁹⁷ EDELHERTZ, Hebert. Ob. cit. p. 2.

³⁹⁸ “White-collar crime is democratic. It can be committed by a bank teller or the head of his institution. The offender can be a high government official with a conflict of interest. He can be the destitute beneficiary of a poverty program who is told to hire a work group and puts fictional workers on the payroll so that he can appropriate their wages. The character of white-collar crime must be found in its *modi operandi* and its objectives rather in the nature of the offenders.” Idem. Ibidem, p. 4.

³⁹⁹ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Ob. cit. p. 59-60. A autora também indica outra concepção de crime de colarinho branco, trazida por Shapiro, em sua obra “Collaring the crime, not the criminal”, que indica haver muita confusão entre atos e autores, normas e infratores das mesmas, *modus operandi* e agente. E, resume a autora, que o crime de colarinho branco, na verdade, é uma violação da confiança.

⁴⁰⁰ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Ob. cit. p. 69.

Atualmente, seguindo esta linha evolutiva do alcance da criminalidade de colarinho branco, dois conceitos⁴⁰¹ são bastante difundidos na doutrina nacional e estrangeira, no tocante à criminalidade de colarinho branco: *occupational crime* e *corporate crime*. A ideia de *occupational crime* está relacionada ao *modus operandi*⁴⁰², já que são condutas ilícitas cometidas pelos agentes em seu próprio interesse, mas no exercício de suas ocupações profissionais. Já o *corporate crime* é aquele praticado por funcionários de uma empresa, no interesse desta.

Sobre o *corporate crime*, deve-se perceber, por exemplo, a sua real aparição da legislação brasileira, a exemplo dos delitos designados como *insider trading*, previstos na lei 10.303, de outubro de 2001, que significa a utilização de informação privilegiada, com manipulação de mercado e exercícios irregulares dos cargos.⁴⁰³

Deve-se chamar a atenção, entretanto, para as novas concepções de crime de colarinho branco e a perspectiva do presente trabalho. Veja-se que, retirar ao qualidade essencial dos seus agentes, impossibilita a compreensão acerca da vulnerabilidade daqueles que estão em um status social diferenciado. Assim, se se compreender que qualquer pessoa pode cometer um delito de colarinho branco, este agente pode ser selecionado pelo sistema penal não pela falta de cobertura política, como propunha Zaffaroni, mas por outros fatores também apontados por este autor: vulnerabilidade pelo estereótipo, ou por alguma obra grotesca.

⁴⁰¹ Sobre a distinção conceitual, SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Ob. cit. p. 76.

⁴⁰² Sobre o tema, explica Raul Cervini que “en forma creciente los autores angloamericanos emplean el término “hecho penal profesional” (*occupational crime*) poniendo el acento en la conexión existente entre el papel profesional y las nuevas modalidades de delincuencia no convencional nacional e internacional. En la misma orientación, se señala que actualmente la nota característica del delito no convencional estriba en la especial manera de comisión (*modus operandi*) y en el objeto especialmente sofisticado de ese comportamiento, y que esta fatal combinación de especialización criminal y progreso técnico ha puesto al derecho penal ante problemas totalmente nuevos.” CERVINI, Raúl. **La criminalidad del tercer milenio**. Escrito em 21.09.2001. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/artigo/446-Artigo-La-criminalidad-del-tercer-milenio#_ftn26, acesso em 18 de janeiro de 2015.

⁴⁰³ Sobre o tema: CASTELLAR, João Carlos. **Insider trading e os novos crimes corporativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

4.3 A MUDANÇA DE PARADIGMA CRIMINOLÓGICO: DA ASSOCIAÇÃO DIFERENCIAL À REAÇÃO SOCIAL

Sutherland teve o grande mérito de destacar o fenômeno da criminalidade econômica, separando os criminosos de colarinho branco e os de colarinho azul; reconhecer as falhas do sistema em aplicar a lei penal ao *White collar criminal*, pelos fatores já apontados, como a homogeneidade cultural com os membros do judiciário, as especificidades técnicas da legislação, dentre outros fatores; e, para este tópico, o grande mérito das ideias de Sutherland foi reconhecer o que hoje já parece óbvio: a enorme cifra oculta que envolve a criminalidade dos poderosos.

A respeito das estatísticas criminais, ensinam Hassemer e Muñoz Conde que “la extensión de la criminalidad puede averiguarse por distintas vías y por distintas razones o intereses políticos, politicocriminales y científicos.”⁴⁰⁴ Desta forma, os dados obtidos com estatísticas policiais, judiciais e penitenciárias não irão refletir uma criminalidade real, mas sim aquelas extensões criminosas que foram selecionadas para investigação e persecução⁴⁰⁵.

A partir dessa concepção de cifras ocultas (ou, no caso da criminalidade econômica, cifras douradas, como já explicitado), percebe-se a verdadeira função simbólica do sistema penal: selecionar parte dos comportamentos criminosos, por um conjunto de fatores, e transformar esta seleção em dados acerca da criminalidade.

Os fatores de seleção são apontados por diversos doutrinadores – alguns deles, estudados no primeiro capítulo, como fatores de criminalização primária e secundária – mas, Jorge de Figueiredo Dias e Manoel da Costa Andrade apontam quatro fatores primordiais: em primeiro lugar, a não visibilidade do crime, fator este

⁴⁰⁴ CONDE, Francisco Muñoz. HASSEMER, Winfried. **Introducción a Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989. p. 43.

⁴⁰⁵ Ensinam Hassemer e Muñoz Conde que “los funcionarios policiales "actúan selectivamente", porque, dada la limitación de los medios disponibles, tienen que concentrarse en determinadas "situaciones sospechosas" y porque por la propia "experiencia" saben que algunas sospechas deben ser investigadas más que otras; que la inclinación a denunciar un delito varía de modo relevante según el tipo de delito y las características personales de la víctima, modificándose al mismo tiempo que cambia la sociedad y que, por tanto, no siempre se dan las mismas transformaciones de la imagen "real" de la criminalidad a través de los tiempos.” Ob. cit. p. 44.

comum na criminalidade econômica, em que há o processo de vitimização difusa; ausência de participação-provocação da vítima, que é a principal responsável por fazer chegar às autoridades as notícias de ocorrência de crimes, situação esta que também não se verifica na criminalidade econômica, uma vez que, ainda que haja enorme lesão com a criminalidade, nenhum cidadão se sente verdadeiramente vítima; tolerância social ao crime, fator extremamente importante no que se refere à criminalidade econômica, pois a sociedade se mostra não só conivente, mas consegue muitas vezes, absorver esta espécie de criminalidade; por fim, aponta-se para a existência de formas privadas de resolução dos conflitos, e, aqui, aponta-se para reações para-institucionais tomadas por empresas.⁴⁰⁶

Porém, mesmo com todos os méritos de Sutherland, em ser o autor inaugural a tentar desenvolver uma teoria geral que abarcasse também o crime de colarinho branco, suas críticas ao sistema penal, sobretudo às cifras ocultas da criminalidade, as características pessoais do criminoso e a diferenciada atuação do sistema em relação a esta espécie de criminosos, se aproximam muito mais da Criminologia da Reação Social do que da noção de Associação Diferencial, como proposta inicialmente. Em verdade, são críticas do *labelling approach*, sob a nomenclatura de outra corrente criminológica.

Em verdade, essas duas correntes criminológicas partem de uma mesma raiz, que é o interacionismo simbólico, que significa dizer que tanto a reação social (*labelling approach*) quanto a associação social se baseiam nos aprendizados obtidos através de contatos intersubjetivos. Porém, até mesmo esta semelhança tem recepções diferentes pelas duas teorias em apreço.

Na interação social, o sujeito “construirá sua atuação com base na interpretação que faz das definições preponderantes no seio de seu grupo”.⁴⁰⁷ O interacionismo simbólico tem outra recepção para a teoria do *labelling approach*: segundo ensinamentos de Sack, o que dita aquilo que será considerado delito não é somente a descrição formal desta conduta, mas os critérios das diferentes instâncias de

⁴⁰⁶ DIAS, Jorge de Figueiredo. ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena**. 1ª edição, 3ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011. p. 135 – 136.

⁴⁰⁷ SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Ob. cit. p. 139.

controle social. Assim, o controle social será feito de maneira formal e informal, através de três graus distintos: interação primária (família, amigos, vizinhos, vítimas de delitos e denunciantes); interação secundária (escola, fábricas, empresas); interação terciária (polícia, juízes, ministério público). Em cada um desses processos de interação, são atribuídos determinados rótulos aos sujeitos, que contribuem para seu processo de estigmatização e, por fim, contribui para o processo de criminalização.⁴⁰⁸

Além disso, Sutherland partiu da concepção de que o crime de colarinho branco possuía um desvalor em si considerado, mesmo que ausente a tipificação legal. Somente para rememorar, em sua pesquisa inicial, que culminou com a famosa nomenclatura *white collar crime*, Sutherland partiu de situação não tipificadas na lei penal, porém punidas como infrações econômicas em outros âmbitos. Por outro lado, os teóricos do etiquetamento não consideram que o comportamento adquirido através de aprendizagem não possuía em si nenhum traço que o distinguiria dos demais, sendo que a distinção radicaria, no fato de certos comportamentos serem proibidos por lei e outros não.

A ideia proposta por Sutherland, ao reconhecer a desigualdade de tratamento da criminalidade tida como comum para aquela considerada de colarinho branco conduz à conclusão que deve haver um maior rigor no combate à criminalidade dos poderosos, que não podem passar incólumes ao sistema penal. A reação social, ao contrário, aponta que o processo penal faz parte de uma 'cerimônia de criminalização'⁴⁰⁹ e a reação à criminalidade acaba por potencializar os efeitos criminógenos⁴¹⁰.

Perceba-se, e é importante que se faça esta advertência, que se está adotando a teoria da rotulação como marco teórico, mas não se pode atribuir toda a

⁴⁰⁸ ANIYAR de CASTRO. Lola, ob. cit. p. 113.

⁴⁰⁹ Idem, *Ibidem*. p. 103

⁴¹⁰ Sobre as cerimônias degradantes, Sérgio Salomão Schecaira relembra o episódio da Escola Base, em que professores e funcionários de uma escola infantil foram acusado de abusos sexuais contra os menores, amplamente divulgado e até massificado pelos meios de comunicação. Ao final do processo, não haviam provas da ocorrência dos crimes imputados, e eles foram, conseqüentemente, absolvidos. Reportagens feitas posteriormente com os acusados dão conta da dificuldade no refazimento de suas vidas e rotinas, após a estigmatização sofrida com o processo penal. Ob. cit. p. 295.

responsabilidade do cometimento de crimes a uma reação social. Aliás, esta é a principal crítica que se faz ao *labelling approach*.⁴¹¹ Partindo-se a concepção do etiquetamento, entretanto, pode-se desenvolver a noção de vulnerabilidade e seletividade do sistema.

E, o crime de colarinho branco não escapa a estas cerimônias de degradação e nem escapa à seletividade do sistema penal. Apesar de inicialmente ser visto como “o exemplo por excelência de inexistência de estigmatização por força do não funcionamento do aparelho repressor”⁴¹², atualmente, já se pode defender que, até mesmo para estes casos, a seletividade do sistema punitivo impera.

E, é nesta exata perspectiva que se vai adentrar ao capítulo cinco, demonstrando que as ideias desenvolvidas pelo *labelling approach*, bem como a noção de vulnerabilidade ao sistema penal desenvolvida por Zaffaroni, são aplicáveis à criminalidade econômica, sobretudo à lei de lavagem de capitais brasileira.

⁴¹¹ “Nuestra objeción se dirige a la tendencia a insistir en que la desviación solo se ha de estudiar en función de la reacción social. Criticamos la confusión de las definiciones y concepciones de conducta, acción y desviación. No decimos que el enfoque de la reacción social sea equivocado, o falso, sino que carece de un desarrollo sistemático y que sus contribuciones a una teoría plenamente social de la conducta desviada suelen ser unilaterales, incongruentes y discutibles.” TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. Ob. cit. p. 166.

⁴¹² SANTOS, Cláudia Maria Cruz. Ob. cit. p. 141.

5. A NEOSSELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL – A VULNERABILIDADE RECONHECIDA NA LEI DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Após o estudo crítico elaborado no primeiro Capítulo, em que se demonstrou a constante confusão existente entre Direito Penal e poder punitivo, em que se discutiu quais as funções do Direito Penal e da pena privativa de liberdade, demonstrando, inclusive, que o sistema penal tem funções escamoteadas ou não declaradas, em que se constatou a enorme presença das cifras ocultas, culminando com a demonstração de uma seletividade nos processos de criminalização primária e secundária, é chegado o momento de se demonstrar como isso afeta também a criminalidade econômica, especialmente a lavagem de dinheiro.

Ainda, a partir da análise das correntes criminológicas de definição do criminoso apontadas no Capítulo três, far-se-á uma análise acerca de qual o criminoso envolvido na lavagem se pretende punir, tomando como base, sobretudo, os ensinamentos do *labeling approach*. Assim, os ensinamentos criminológicos irão se imiscuindo na legislação, demonstrando total afetação da dogmática penal.

Não se pretende defender, neste trabalho, que o fenômeno da seletividade é um fenômeno atinente à criminalidade econômica. Como demonstrado na vulnerabilidade proposta por Zaffaroni, a maior parcela atingida e selecionada como clientela do Direito Penal é aquela associada ao estereótipo criminoso (sobretudo a classe economicamente inferior); porém, assim como reconhecido por este autor, há casos de seletividade – em menor escala – em outras esferas do comportamento humano, conforme será demonstrado.

Por ora, entretanto, alguns conceitos prévios precisam ser delimitados em relação ao delito de lavagem, pois imprescindíveis ao pensamento crítico acerca da legislação que será desenvolvido ao longo deste Capítulo. Assim, ao longo desta exposição, é possível identificar momentos distintos de seletividade, que se iniciam com a própria decisão em tipificar este tipo de conduta.

5.1 APONTAMENTOS PRELIMINARES: CONCEITOS, CARACTERÍSTICAS E FASES DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Originalmente previsto na lei 9.613/98, com alterações substanciais provocadas pela lei 12.683/12, o delito de Lavagem de Capitais foi inserido na legislação brasileira após a assinatura de um Tratado multilateral, a Convenção de Viena, realizada em 19 e 20 de dezembro de 1988, oportunidade em que a comunidade internacional passou a atuar em conjunto no combate a esta espécie de delito, numa cooperação internacional chamada justiça penal universal ou cosmopolita.

Em seguida, indica Sérgio Moro, já no ano de 1989, foi criado, na reunião do grupo dos 7 países mais ricos do mundo (G-7), o *Financial Action Task Force on Money Laundering* - FATF (denominado, no Brasil, Grupo de Ação Financeira contra a Lavagem de Dinheiro e o Financiamento do Terrorismo – GAFI). Assim, o FATF ou GAFI “é uma organização intergovernamental que traça parâmetros, desenvolve e promove políticas para o combate à lavagem de dinheiro.” Inicialmente integrada por 16 países-membros, a composição do FATF foi expandida para os atuais 37, dentre eles o Brasil.⁴¹³

Percebe-se, assim, que esta espécie de crime é atinente à perspectiva da criminalidade de colarinho branco, dada a certas características referentes ao criminoso que o pratica e ao *modus operandi* envolvido nas operações. É certo que estas características podem estar presentes em outros crimes. Todavia, é a cumulação das mesmas que determinará a especialidade deste delito.

Desta forma, um dos traços mais marcantes da lavagem é a internacionalização das atividades. Dois fatores contribuem para esta característica: muitos crimes que antecedem a lavagem são realizados com caráter transnacional, como o tráfico internacional de armas, drogas, pessoas, inclusive com a doutrina indicando que “a globalização desempenhou importante papel na transnacionalização do delito de

⁴¹³ MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro** São Paulo: Saraiva, 2010. p. 24

lavagem.”⁴¹⁴ E, esta internacionalização dificulta sobremaneira a persecução por parte das autoridades, pois dependerão da cooperação internacional, facilitando a ocultação do dinheiro.

Segundo ensinamentos de Blanco Cordero⁴¹⁵, pode-se apontar algumas vantagens proporcionadas pela internacionalização, como a possibilidade de elidir a aplicação de normas específicas de cada país contra a lavagem, afastando, de certo modo, a jurisdição de países que mantêm políticas severas de controle da lavagem de dinheiro; obtenção de vantagens por força das dificuldades envolvendo a cooperação judicial internacional e a troca de informação entre países que têm leis diferentes, sistemas penais diferentes e, também, distintas culturas administrativas⁴¹⁶; além disso, é possível que os agentes criminosos se beneficiem das deficiências da regulação internacional e sua aplicação, remetendo bens, direitos e valores objeto da lavagem àqueles países com sistemas mais débeis de controle e persecução da lavagem de dinheiro.

Alguns países são denominados internacionalmente como “praças fortes”⁴¹⁷, no sentido de serem locais comumente utilizados para a lavagem, seja por constituírem um forte centro financeiro, como é o caso de Miami e Hong Kong, seja pela escassa fiscalização da atividade bancária, no que se costuma chamar de “paraíso fiscal”.

Esta nomenclatura, paraíso fiscal, está associada a pequenos países que possuem baixíssima carga fiscal e com total facilidade para movimentações internacionais. Rodrigo Santiago denomina estes locais de “espaços livres de direito”, fazendo uma

⁴¹⁴ CALLEGARI, André Luiz. WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 9.

⁴¹⁵ BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de Blanqueo de Capitales**. Pamplona-Espanha: Aranzadi Editorial, 1997. p. 56.

⁴¹⁶ O *Financial Action Task Force* – FAFT, também denominado GAFI aqui no Brasil (Grupo de Ação Financeira Internacional) publica periodicamente uma lista de países que estão num *ranking* de não cooperação internacional. São denominados de *high risk and non cooperative jurisdictions*. A última lista foi publicada em 24 de outubro de 2014, tendo como países indicados o Iran, a República Democrática da Coréia, Algeria, Equador, Indonésia e Mianmar. Informações disponíveis em <http://www.fatf-gafi.org/topics/high-riskandnon-cooperativejurisdictions/documents/public-statement-oct2014.html>, acesso em 12 de dezembro de 2014.

⁴¹⁷ CALLEGARI, André Luis. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: Aspectos Criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 367.

antinomia entre “país negócio/ país do branqueamento”⁴¹⁸. A doutrina indica como sendo características dos paraísos fiscais a ausência de impostos ou alíquotas muito reduzidas, alíquotas nulas ou reduzidas em relação ao rendimento de pessoas investidoras e não residentes, estabelecimento de privilégios para certas espécies de investidores, como ocorre no principado de Mônaco⁴¹⁹.

A grande dificuldade encontrada pelos países no momento da investigação e persecução penal esbarra, exatamente, na facilidade proporcionada por outros tantos, que, buscando investidores, criam os mais variados mecanismos de sigilo das informações. Neste sentido, há tópico específico neste trabalho, tratando destes delitos globalizados e a da dificuldade na persecução penal.

Outra característica inarredável da lavagem é o grande montante de dinheiro envolvido nas operações. Este é, sem dúvida, um dos traços mais marcantes deste crime. Até porque, a lavagem de dinheiro surge em decorrência de um grande lucro oriundo de uma atividade ilícita, considerada como infração penal antecedente.

Segundo dados oferecidos pelo Conselho de Controle de Atividades Financeira⁴²⁰ (COAF), cerca de US\$500 bilhões (quinhentos bilhões de dólares) em "dinheiro sujo" transitam anualmente na economia mundial. Isto significa que cerca de 2% do PIB (Produto Interno Bruto) mundial é formado de capital proveniente de atividades ilícitas. Por este motivo e esta magnitude alcançada pela lavagem, pode-se afirmar que a ameaça tem cunho internacional.

Outra característica diz respeito às finalidades desta prática criminal. Para alcançar o fim a que se propõem, os lavadores devem empregar técnicas complexas e sofisticadas, necessitando para tanto de profissionalização dos agentes envolvidos. Isto significa dizer que há profissionais especializados nos diversos procedimentos envolvidos na lavagem.

⁴¹⁸ SANTIAGO, Rodrigo. O “Branqueamento” de capitais e outros produtos do crime. Contributos para o estudo do art. 23º do Decreto-lei nº 15/93, de 22 de janeiro, e do regime da prevenção da utilização do sistema financeiro no “branqueamento” (decreto-lei nº 313/93, de 15 de setembro). In **Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários**. vol II. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 368.

⁴¹⁹ ANSELMO, Márcio Adriano. **Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional: de acordo com a Lei nº 12.683/2012**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 52.

⁴²⁰ Disponível em <https://www.coaf.fazenda.gov.br>

Esta é uma exigência, um imperativo para dificultar a ação das autoridades, com a constante modificação e evolução dos meios empregados neste delito, uma vez que à medida que são identificados, estes procedimentos são neutralizados. André Luis Callegari⁴²¹ indica que esta tendência dos agentes em se tornarem perito nesta técnica tem duas vertentes: “maior profissionalização dos agentes e maior emprego de profissionais externos”.

A característica anterior tem outro desdobramento: rede de cooperação. É que, como a ação é fruto do fenômeno da criminalidade organizada, e requer meios astutos e audaciosos para sua prática, a atividade de lavagem envolve profissionais das mais diversas áreas, como advogados, contadores, políticos, pessoas ligadas ao serviço bancário.

A lavagem de capitais tem esta peculiaridade: a necessidade de cooperação entre diversos setores para a sua consumação, posto que se trata de um delito de grande abrangência, inclusive com repercussão internacional.

Por muito tempo, imperou o entendimento de que esta cooperação se dava, tão somente, com outras redes criminais, a exemplo do tráfico de drogas e armas. Contudo, percebeu-se que esta cumplicidade não se esgotava no ramo criminoso da sociedade. A necessidade de burlar a repressão fez com que os agentes buscassem uma maior infiltração nos diversos setores responsáveis pela persecução deste delito. Neste contexto, a corrupção passou a ser uma prática usual neste tipo de atividade, principalmente relacionada a entidades financeiras, agentes da polícia e membros do Judiciário.

É que as pessoas envolvidas neste crime fazem dele o seu meio de vida. É fruto de uma estrutura sólida e bem definida. É que esta espécie de atividade criminosa funciona tal qual uma “empresa”, com seus diretores e encarregados, numa verdadeira hierarquia.

Desta característica, infere-se a próxima: caráter de permanência. A necessidade de profissionalização dos agentes envolvidos na lavagem, a complexidade e variedade

⁴²¹ **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: Aspectos Criminológicos.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 41.

dos meios empregados acabam por conectar estes crimes às organizações empresárias. Estas, por sua vez, estão dispostas de modo a estabelecer relação de subordinação e com certo grau de confiança entre seus membros.

Consequentemente, estas empresas, em função da natureza de sua organização e complexidade de suas atividades, não tendem à prática de um só ato; diferentemente dos demais delitos, não se esgotam com a prática de uma só conduta, pois o objetivo almejado não se alcança de forma imediata. Assim, explica Raúl Cervini que “lavado de activos es un ‘proceso’ que se instrumenta de modo progresivo dentro de los sistemas económicos, prevaleciéndose de la complejidad operativa de los mismos, con el fin de “camuflar” la procedencia ilícita de la riqueza.”⁴²²

Márcia Monassi Mougenot Bonfim e Edílson Mougenot Bonfim⁴²³ indicam características comuns no processo de lavagem, que estão presentes frequentemente nas conceituações doutrinárias acerca do tema. São elas: a identificação nítida do ponto de partida, mas não o ponto final; a finalidade desse processo não é somente ocultar ou dissimular a origem delitativa dos bens, direitos e valores, mas igualmente conseguir que eles, já lavados, possam ser utilizados na economia legal.

Todas estas características, portanto, fazem parte desta modalidade complexa de crime. A lavagem é uma engrenagem, com diversas peças que trabalham coordenadas para consecução da finalidade de trazer de volta o dinheiro ilícito ao mercado, dando uma aparência de licitude. Não se perfaz com uma intervenção única, mas sim com o conjunto das operações que buscam dar aparência de licitude ao montante de dinheiro obtido por meio de ações delituosas.

Este conceito, entretanto, não está expressamente previsto na legislação brasileira. É que o artigo 1º da Lei 9.613, com as posteriores alterações, limita-se a indicar a forma de se praticar o crime: “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização,

⁴²² CERVINI, Raúl. CESANO, José Daniel; TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. **El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo: cuestiones dogmáticas y político-criminales.** Cuestiones dogmáticas y político-criminales. Un enfoque comparado: Argentina – Uruguay. Espanha. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2008.

⁴²³ BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. **Lavagem de dinheiro.** São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27.

disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal”.

Tigre Maia⁴²⁴ conceitua a lavagem como sendo um “conjunto complexo de operações [...] que tem por finalidade tornar legítimos ativos oriundos da prática de atos ilícitos penais, mascarando esta origem para que os responsáveis possam escapar da ação repressiva da Justiça”. Indica, para facilitar o entendimento, que as operações são formadas por fases: etapa da conversão (*placement*), da dissimulação (*layering*) e integração (*integration*).

Marco Antônio de Barros⁴²⁵ indica ser a lavagem um “conjunto de operações comerciais e financeiras que buscam a incorporação, na economia de cada país, de modo transitório ou permanente, de recursos, bens e valores de origem ilícita para dar-lhe aparência legal”.

Rodrigo Santiago⁴²⁶ explica que o fenômeno da lavagem passa por dois momentos. Neste ponto, consegue, além de tecer comentários sobre o conceito de lavagem, tratar sobre os diferentes termos utilizados na legislação alienígena concernentes a este crime. É que, para o autor, primeiramente ocorre o *money laundering* para, em seguida, ocorrer o *recycling*.

Explica-se: é que a “lavagem de dinheiro” (*money laundering*) constitui o núcleo central deste crime. É o conjunto de operações que objetivam que os produtos de um fato criminoso “sejam rapidamente libertadas dos vestígios da respectiva origem”. É a primeira fase da lavagem: separar o dinheiro de sua origem criminoso. Já a fase da “reciclagem” (*recycling*) é o momento no qual os proventos passarão por um “tratamento de forma a que ganhem a aparência de se tratar de objectos de proveniência lícita, com a sua conseqüente reentrada normal no circuito económico”.

⁴²⁴ TIGRE MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. **Lavagem de Dinheiro. Lavagem de ativos provenientes de crime**. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 53.

⁴²⁵ BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 46

⁴²⁶ SANTIAGO, Rodrigo. O “Branqueamento” de capitais e outros produtos do crime. Contributos para o estudo do art. 23º do Decreto-lei nº 15/93, de 22 de janeiro, e do regime da prevenção da utilização do sistema financeiro no “branqueamento” (decreto-lei nº 313/93, de 15 de setembro). In **Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários**. vol II. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 367.

Entretanto, pelo que se pode perceber, os doutrinadores utilizam-se dos procedimentos para se alcançar a lavagem como forma de explicá-la. Porém, à míngua de definição, não se pode confundir a conceituação com a operacionalização da lavagem. Estas fases são etapas escalonadas para se efetivar a lavagem, mas não fazem parte de seu conceito.

Rodrigo Titz de Rezende explica que deve estar claro que a lavagem de dinheiro pode ser feita por uma sequencia de condutas, que é a praxe, mas, pode ser um procedimento muito mais simples, praticado com apenas uma única conduta. “A diferença reside no fato de que a última forma de agir propicia um menor distanciamento da origem ilícita dos bens e, conseqüentemente, uma ocultação ou dissimulação ‘mais rasa’, sendo a conduta ilegal mais facilmente descoberta pelo Estado”, explicando que, “quanto maior o número de condutas, afastando o bem de sua origem criminosa, mais robusta será a aparência de legalidade conferida”. E, explica, afinal, que não é acertada a vinculação da definição do crime com as fases da lavagem de dinheiro, uma vez que “o Brasil não as incluiu no tipo penal do delito, como o fizeram outros países”⁴²⁷.

Assim, para facilitar a compreensão do fenômeno da lavagem de dinheiro, a doutrina majoritária indica que ela é composta por três fases⁴²⁸, segundo orientações do próprio GAFI (Grupo de Ação Financeira), que podem ocorrer simultaneamente ou

⁴²⁷ REZENDE, Bruno Titz de. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 6.

⁴²⁸ Blanco Cordero traz um posicionamento distinto, fazendo uma comparação do delito de lavagem ao ciclo natural das águas, indicando as fases pelas quais passa este delito. Advirta-se que estas fases não são aceitas pela doutrina, devido à sua complexidade e necessária atuação de organização criminosa. Primeiramente, indica a precipitação, que simboliza a imensa quantidade de dinheiro em espécie, geralmente dividido em notas de pequeno valor, pois fruto de atividades criminosas; em seguida, infiltração, que, na lavagem, tem por finalidade fazer uma primeira depuração, transformando estas notas em outras com valor nominal maior; logo, indica o autor a corrente de águas subterrâneas, oportunidade em que são constituídos consórcios de empresas com fito criminoso, e estes valores já passam a ser introduzidos nesta atividade empresarial e convertido em outros bens; posteriormente, tem-se os lagos subterrâneos, fase na qual o dinheiro é separado e repassado a outras empresas, desta feita, com cunho internacional. Ainda, indica as estações de bombeio, oportunidade em que o dinheiro pode retornar ao mercado, através de depósitos em contas bancárias ou compra de bens; Porém, o usual em ocorrer são as chamadas estação de depuração: novas transações são feitas, através de terceiros; Por fim, mas antes da fase final, existe a evaporação: desaparecimento de rastros que liguem o dinheiro a sua origem; ao final, destarte, é possível a precipitação, que significa retorno ao mercado, desta feita com o pagamento de impostos e aparência de licitude. Ob. cit. p. 58-59.

não: colocação/ocultação/conversão; mascaramento/dissimulação; e integração ou reinversão⁴²⁹.

Assim, a primeira etapa deste processo de lavagem é a colocação do dinheiro no sistema econômico. Colocação⁴³⁰ significa que o dinheiro precisa ser, rapidamente, separado de sua origem e colocado em circulação. Nesta fase, então, busca-se o distanciamento físico do dinheiro e a sua inserção, de algum modo, no mercado financeiro.

Gustavo Badaró e Pierpaolo Cruz Botnini indicam que esta primeira fase pode ser desenvolvida através de pequenos depósitos ou movimentações dos proveitos do crime, através de uma fragmentação dos valores, não chamando a atenção das autoridades (técnica denominada *structuring* ou *smurfing*); conversão dos bens ilícitos em moeda estrangeira, com depósitos em conta de terceiros (laranjas); transferência de valores para outros países; mistura de ativos ilícitos com atividade lícita de baixa fiscalização, como estabelecimentos comerciais que lidam com pequenos valor, como padarias, postos de gasolina); ou remessa dos valores ilícitos para atividades que lidam com grande soma de dinheiro diariamente, como é o caso dos cassinos.⁴³¹

Em relação às remessas de valores ao exterior, dois métodos podem ser utilizados: o tráfico de notas e a técnica consagrada como cabo-dólar. Em relação ao contrabando consiste no tráfico ilegal de notas⁴³² através de empresas de

⁴²⁹ A reunião dos Grupos de Inteligência Financeira Internacional (FIU)– Grupo Egmont – elaborou uma compilação dos 100 casos mais emblemáticos de lavagem de dinheiro, apontando os principais métodos utilizados para tal objetivo. Assim, alguns dos métodos retratados como comuns às fases apontadas neste trabalho, estão descritos de forma pormenorizada nesta compilação, disponível em http://www.coaf.fazenda.gov.br/links-externos/100_Casos.pdf.

⁴³⁰ Márcia Monassi Mougenot Bonfim e Edílson Mougenot Bonfim indicam outra nomenclatura para esta fase: “introdução”. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2005. p. 35.

⁴³¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro Aspectos Penais e Processuais Penais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 26.

⁴³² Três emblemáticos episódios marcaram a história do crime no cenário brasileiro: a Revista VEJA de 13 de julho de 2005, edição n.º 1913, dá conta da prisão do assessor de Deputado Estadual Vieira da Silva, com mais de U\$ 100.000 e R\$ 200.000 escondidos na cueca. Em entrevista à época, afirmou ser Silva agricultor e que o dinheiro era fruto da venda de legumes efetuada na Ceagesp, central de abastecimento de frutas e hortaliças em São Paulo. O outro episódio, amplamente divulgado na imprensa nacional foi a prisão da Bispa Sônia Hernandez, da Igreja Renascer em Cristo, em 09 de janeiro de 2007, contando com US\$ 56 mil em dinheiro não declarado. Confira-se a reportagem no site www.g1.globo.com, de 09/01/2007. Mais recentemente, em novembro de 2014, a Polícia Rodoviária Federal prendeu um casal, próximo à cidade de Cáceres, tendo encontrado

transporte, de um agente contratado ou do próprio correio. É um método comum, barato e com poucos riscos. Já o “cabo-dólar” é toda “transferência de valores à margem do sistema financeiro oficial, ou seja, por intermédio de doleiros e casas de câmbio que realizam a transferência de um local ou país a outro”⁴³³, o que não impede que os agentes envolvidos com a lavagem respondam por outros delitos, inclusive. É que a lavagem não exclui a responsabilidade penal tributária e nem elide a prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional⁴³⁴.

A segunda fase é a denominada fase de mascarar ou ocultação. Nesta fase, o sujeito vai procurar se distanciar o máximo do dinheiro ilícito, dificultando a identificação de sua origem. Esta é a fase da pulverização dos valores, dificultando seu rastreamento. Marco Antônio de Barros⁴³⁵ indica que esta etapa do processo pode ser denominada de várias formas: dissimulação, cobertura (*layering*), acumulação (*empillage*), controle, circulação, estratificação e transformação. Entende o autor que esta fase corresponde ao acúmulo de investimentos, com os quais se procura maquiagem a trilha contábil.

Alguns métodos comuns nesta fase são, primeiramente, os novos fracionamentos, pois, através de valores menores, em contras de terceiras pessoas, maior dificuldade existe no seu rastreamento. O que se pretende, agora, mais do que distanciar-se do dinheiro, é pulverizar os “investimentos”.

É possível esta pulverização do dinheiro através da aquisição de bens: procura-se comprar os mais variados bens móveis e imóveis, dificultando a reunião de todo o patrimônio. O valor dos bens não precisa ser elevado, para evitar, ao máximo, fiscalização sobre eles. Além disso, em seguida estes bens poderão ser revendidos,

escondidos mais de 172,2 mil dólares e 85,5 reais na rodovia BR-070 em um carro tipo *pick up*. Reportagem disponível em <http://jornalfolhadovale.com.br/casal-de-mirassol-doeste-e-detido-pela-prf-com-dolares-e-reais-escondidos-em-fundo-falso-de-picape/>

⁴³³ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. *In Lavagem de Dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. (org. José Paulo Baltazar Júnior e Sérgio Fernandes Moro). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007. p. 22.

⁴³⁴ 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.

⁴³⁵ BARROS, Marco Antônio de. Ob. cit. p. 48.

tendo como se comprovar a origem do dinheiro. Por fim, é comum nesta fase a aquisição de títulos financeiros: compra de ações, cheques de viagens.

A terceira fase é denominada de integração ou reinversão. Nesta última etapa, o capital ilicitamente obtido já está pronto para ser reintegrado ao mercado financeiro, pois “já misturados a valores obtidos em atividades legítimas e lavados nas complexas operações de dissimulação”⁴³⁶. Esta terceira fase é, efetivamente, o que completa o delito de lavagem, pois, é neste momento que os valores passam a ter aparência de licitude, podendo de reinseridos no mercado como fundos legítimos. É este o fim último de todas as etapas anteriores.

Este método trifásico é uma divisão bastante tradicional do delito de lavagem. Isto não significa, entretanto, que toda operação de lavagem de dinheiro envolva estas três operações. Em verdade, há uma interdependência entre estas etapas, e, mais das vezes, não se pode identificar em qual fase está o delito. Pode haver casos em que, com uma única operação, o dinheiro retorne ao mercado financeiro, com a aparência de lícito.

Outra observação importante com relação a estas três etapas está no momento consumativo da lavagem. É dizer: quando estarão presentes todos os elementos descritos no crime do artigo 1º da lei 9.613/98? Já que um dos núcleos do tipo (assunto que será abordado em seguida) é o núcleo ocultar, que significa esconder, pode-se, com tranqüilidade, afirmar que somente a fase de colocação já consoma a lavagem, sem necessitar das demais fases acima descritas.

É o que indica melhor doutrina: “a legislação brasileira não exige a completude do ciclo exposto para a tipicidade da lavagem de dinheiro. Não é necessária a integração do capital sujo à economia lícita para a tipicidade penal.” E, complementam Gustavo Badaró e Pierpaolo Cruz Botini: “basta a consumação da primeira etapa – a ocultação – para a materialidade delitiva.”⁴³⁷ Este posicionamento é, inclusive, o posicionamento dos Tribunais Superiores⁴³⁸.

⁴³⁶ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. p. 27.

⁴³⁷ Idem, ibidem. p. 27.

⁴³⁸ Confira-se o exemplo do caso conhecido brasileiro denominado de “Mensalão”, ou ação penal 470: [...] Mencionou jurisprudência no sentido de que o crime de lavagem de dinheiro consumir-se-ia com

Após estas breves considerações, passa-se à análise da Lei de Lavagem sob uma ótica criminológica, averiguado em que medida os processo de criminalização primária (elaboração da Lei) e secundária (momento da aplicação) representam novas formas de seletividade do sistema penal.

5.2 A ORIGEM DA LEI DE LAVAGEM: VULNERABILIDADE DOS DELINQUENTES ENVOLVIDOS

A punição daquele que tira proveito, ou que recebe o produto de um crime data de antigo período. Após o cometimento de qualquer infração penal que gere ganhos de natureza pecuniária, a meta do sujeito delinqüente passa a ser a fruição destes ganhos. Desta forma, não há como negar a aproximação entre a lavagem e o delito de receptação⁴³⁹, obviamente guardando as devidas proporções relativas à magnitude da lesão causada, visto que este último delito trata-se de crime de natureza patrimonial. Pode-se dizer *mutatis mutandis* que a objetividade jurídica da Lei de lavagem se aproxima da receptação.

Rodolfo Tigre Maia⁴⁴⁰ indica que o delito de receptação remonta à Antiguidade Clássica, sendo punidos, por exemplo, na Grécia “tanto quem recebeu como quem roubou”. Indica, também, o mesmo posicionamento em Roma, Sêneca, onde “comete o crime quem dele tira proveito”.

a prática de quaisquer das condutas típicas descritas ao longo do art. 1º, caput, da lei de regência, sendo pois, desnecessário que o agente procedesse à conversão dos ativos ilícitos em lícitos. Bastaria mera ocultação, simulação do dinheiro oriundo do crime anterior sem a necessidade de se recorrer aos requintes de sofisticada engenharia financeira. Informativo nº 678, Supremo Tribunal Federal. AP 470/MG, rel. Min. Joaquim Barbosa, 27, 29 e 30.8.2012.

⁴³⁹ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. Em nº 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996. As primeiras legislações a esse respeito, elaboradas na esteira da Convenção de Viena, circunscreviam o ilícito penal da "lavagem de dinheiro" a bens, direitos e valores à conexão com o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins. Gravitavam, assim, na órbita da "receptação" as condutas relativas a bens, direitos e valores originários de todos os demais ilícitos que não foram as espécies típicas ligadas ao narcotráfico. Essa orientação era compreensível, visto que os traficantes eram os navegadores pioneiros nessas marés da delinqüência transnacional e os frutos de suas conquistas não poderiam ser considerados como objeto da receptação convencional.

⁴⁴⁰ TIGRE MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. Ob. cit. p 21.

Porém, se este crime de natureza patrimonial tinha repercussão individual, com o crescimento da chamada criminalidade organizada⁴⁴¹, a proporção que dele advém é infinitamente maior. Os agentes envolvidos são mais astutos e, por consequência, esta macroatuação gera ganhos cada vez maiores. A lavagem é fruto da inteligência destes criminosos; é uma consequência mundial da criminalidade em larga escala, de cunho transnacional. É necessário camuflar a origem obscura destes proventos, para incorporá-los livremente ao mercado.

Segundo Raul Cervini⁴⁴², a primeira legislação acerca do crime de lavagem de dinheiro remonta ao ano de 1978, na Itália, durante os denominados “anos de chumbo”.

Relata o autor a série de ações praticadas pelo mais importante grupo armado italiano, as Brigadas Vermelhas (*Brigate Rosse*), grupo este com ideias marxistas, que praticava uma série de ações para desarticular o poder político estatal. Há relatos de que em março de 1978, após uma série de sequestros realizados por grupos considerados mafiosos com finalidade econômica, as Brigadas Vermelhas sequestraram o democrata cristão Aldo Moro, influente político influente da época – cotado para ser o próximo presidente italiano. Este fato já havia tomado repercussão internacional quando, neste mesmo ano, Moro foi assassinado. O governo italiano, em resposta à comoção social gerada em razão não só deste, mas de outros sequestros feitos pelo grupo, passou a incriminar a substituição de dinheiro ou de valores provenientes de roubo qualificado, extorsão qualificada ou extorsão mediante sequestro por outros valores ou dinheiro.

⁴⁴¹ A este respeito, indica Omar Gabriel Orsi que “desde el punto de vista de la génesis de las organizaciones criminales es claro que existe una relación compleja entre los campos de la economía legal e ilegal. Un primer enfoque podría adoptar la siempre tranquilizadora imagen integrista, predicando que lo delictivo es permanente y se encuentra ya en el origen. Así, primero vendrían las actividades ilícitas e luego, por necesidad, las lícitas: las organizaciones que acumulan grandes volumen de excedentes no tienen otro camino que invertir esos fondos en actividades lícitas. Desde un punto de vista sincrónico, es ello estrictamente cierto. pero constituiría un error postular que representa desde el punto de vista diacrónico, un orden generativo necesario. En este norte los ejemplos históricos pueden darnos otra perspectiva: muchas de las organizaciones criminales surgieron, en realidad, de la actividad legal o, cuanto menos, tolerada, y es recién cuando nuevas fuerzas hegemonizaron la economía que se demarcó, para ellas, el campo de lo lícito y, para las otras, el de lo ilícito.” **Sistema Penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto.** 1ª ed. Buenos Aires, Del Puerto, 2007. p.51.

⁴⁴² CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 18.

Afora este relato, pode-se afirmar que a Lavagem de Dinheiro tem o seu eclodir no contexto internacional, desenhando-se como criminalidade e criminalização irreversível no cenário mundial, com fim da Guerra Fria. Este período determinou a penetração de todo capital excedente e tecnologia capitalista, antes represado pela cortina invisível que separava os dois grandes blocos, os dois grandes sistemas econômicos de produção. É o momento da abertura de mercados, da total invasão mercantilista do capitalismo nos países até então desconhecidos a este modelo de mercado.

O aparecimento do Direito Penal Econômico como reforço à tutela do funcionalismo do sistema deveu-se à incessante tentativa dos empresários de burlar as normas que regulavam as ações estatais, sempre visando maiores lucros nas suas atividades.⁴⁴³

Foi necessário, com o passar dos tempos, para circulação internacional do capital, o surgimento de organizações financeiras e bancárias com caráter internacional, bem como o aprimoramento de tecnologia para transferência de dinheiro e informações. Um dos aspectos negativos desta facilitação de transferência de bens e valores entre vários países é a possibilidade de este mecanismo ser também utilizado para a movimentação e integralização no sistema econômico-financeiro de dinheiro de procedência ilícita, uma vez que não havia maiores rigores empregados nestas operações.

A tentativa de mascaramento da origem de proventos era tão constante e abusiva que os Estados Unidos, como precursor deste movimento de controle de remessa de divisas, editou uma lei, em 1970, que tornava obrigatório o registro de qualquer depósito bancário superior a US\$ 10.000 (dez mil dólares). Os criminosos, astutos como característica intrínseca aos envolvidos em crimes econômicos, passaram, então, a realizar depósitos no valor de US\$ 9.999 (nove mil novecentos e noventa e nove dólares), a fim de burlar tal exigência⁴⁴⁴.

Destarte, os delitos econômicos passaram a alcançar grande projeção, sendo necessária uma mudança do paradigma da criminalidade. A espécie de delito

⁴⁴³ TIEDMANN, Klaus. **Leciones de Derecho Penal Económico**. Barcelona: PPU, 1993, p. 206.

⁴⁴⁴ BARROS, Marco Antônio de. Ob. cit. p. 4.

cometida pelos “empresários” era diferente da espécie de criminalidade que se costumava ver: furtos e roubos nos grandes centros urbanos. O montante envolvido em desvios, sonegações, contrabandos e etc., somava quantias que causavam maiores lesões do que simples perdas de ordem patrimonial.

Raúl Cervini⁴⁴⁵ indica que há todo um “telón de fondo” propiciando a lavagem de dinheiro. E, indica que há características do mercado de capitais e das instituições bancárias internacionais que facilitam ou, ao menos, criam uma “complejidad operativa que dificulta el esclarecimiento das dichas operaciones críticas”. Indica algumas nuances que são consideradas como potencialmente atreláveis à lavagem de capitais, tais como globalização das operações bancárias, dificuldade de regular e controlar as operações globalizadas, crescimento acelerado do mercado mundial, crescimento do intercâmbio de moedas, advento do ‘Euro’⁴⁴⁶, maior utilização de transações pela via eletrônica.

No âmbito internacional⁴⁴⁷, porém, muito antes deste movimento repressor, este delito esteve ligado à formação de máfias, como o caso americano, cuja principal atividade era o tráfico de bebidas, em decorrência da denominada “Lei Seca”, que proibia a venda de bebidas alcoólicas na década de 20. Entretanto, esta “primeira geração” do combate à sonegação fiscal e circulação dos proventos ainda não havia alcançado o Brasil. Na verdade, a grande “caça às bruxas” americana surge da ineficiência da polícia em prender, pelos crimes praticados, o “Big Al” – Alcapone.

⁴⁴⁵ CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio, Ob. cit., p. 42-43.

⁴⁴⁶ Sobre o advento do Euro, adverte Cervini que “existe cierto consenso respecto de que um prolongado lapso de cambio le permitiría al dinero negro y sucio purificarse más disimuladamente. Por nuestra parte hemos sostenido anteriormente una cierta discrepancia sobre este punto. Pensamos que un proceso de cambio muy breve, como cualquiera ‘flujo rápido’ inviabiliza de hecho todo eventual control sobre la procedencia y legitimidad de los fondos involucrados en las operaciones”. (Ibidem, p. 49)

⁴⁴⁷ Marcelo Mendroni faz um regresso ainda maior no tempo, indicando a pirataria como embrião da lavagem de dinheiro. Confira-se, por oportuno, suas lições: “Pirataria era uma proposta cara. Havia um alto custo em manter um navio pirata, posto que muitas coisas eram obtidas através de hostilidade assumida. Uma vez admitida a pirataria, a tripulação necessitada ser alimentada e paga: o navio tinha que ser mantido, armas deviam ser estocadas com pólvora e munição. Muitas coisas eram obtidas através de roubos, mas muitas outras através dos portos amigos. Aí mercadores providenciavam coisas para o navio, roupas, cerveja, vinho, munição, enquanto oficiais corruptos fechavam os olhos para a presença de saqueadores no seu setor de vigilância. Mas então os piratas, após saquearem e roubarem, não enterravam as ‘arcas dos tesouros’, como se possa imaginar. Isto é apenas folclore. O navio pirata necessitava de ‘dinheiro’ para funcionar. Na verdade, eles mantinham um esquema de lavagem de dinheiro a exemplo do que se observa nos dias atuais.” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013. p. 4-5).

Alphonse (Al) Capone foi o criminoso que dominou a cidade de Chicago no final dos anos 20. Envolvido com organização criminosa, desafiava a polícia norte-americana, cometendo tráfico de bebidas. Isto porque, em 1919 foi editada a 18ª Emenda Constitucional que proibia a fabricação, venda e o transporte de bebidas consideradas estupefacientes (contendo mais de 0,5% de teor alcoólico).⁴⁴⁸

Neste ponto, confira-se o quanto explanado por Rodolfo Tigre Maia⁴⁴⁹, no tocante ao rastreamento do dinheiro de Al Capone, o *Scarface*. Somente por sonegação fiscal, consegue a polícia americana prendê-lo, nos idos de 1931. Os outros tantos crimes cometidos, restaram impunes:

O método investigativo utilizado pelo Fisco para caracterizar a omissão de receitas referentes ao ano de 1924 foi o da análise de despesas. Os agentes da Inteligência tributária, examinando a movimentação bancária e os hábitos de consumo de Capone (sinais exteriores de riqueza), constataram que este havia despendido, entre outras despesas, US\$ 7,000 em ternos, US\$ 1,500 semanais em contas de hotel, US\$ 40,000 por uma casa na Flórida, US\$ 39,000 em contas telefônicas e US\$ 20,000 em objetos de prata, perfazendo um total de US\$ 165,000 naquele ano, e que não foram consignados na correspondente declaração de renda.

Outro exemplo paradigmático no cenário norte-americano foi o caso de Meyer Lansky, apontado até hoje como sendo o ponto central do estudo da origem da lavagem de dinheiro. Pertencente a organização criminosa, atuava “nos estados da Louisiana e Flórida, bem como em Las Vegas, na área de jogos, tráfico de entorpecentes, corrupção de funcionários públicos, etc., o qual passou a ocultar os lucros ilícitos em banco suíço, em 1932.”⁴⁵⁰

A maioria das características encontradas hoje no crime de lavagem de dinheiro devem-se a Maier Suchowljansky, o Meyer Lansky. Foi com este agente que os Estados Unidos conheceram o fenômeno da “cartelização” (divisão do mercado entre as diferentes facções criminosas); conheceram os laços traçados entre crime e

⁴⁴⁸ NEVES, Eduardo Viana Portela. A Atualidade Edwin H. Sutherland. *In Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas*. Organizador Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília-DF: ESMUP, 2011. p. 45 e seguintes.

⁴⁴⁹TIGRE MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. Ob. cit. p. 28.

⁴⁵⁰ BARROS, Marco Antônio de. Ob.cit. p. 40.

política; vivenciaram o incremento da corrupção de agentes públicos; surpreenderam-se com o crescimento do tráfico de drogas e a penetração de todos os lucros advindos destas atividades criminosas no mercado lícito, de forma mascarada.⁴⁵¹

Tigre Maia⁴⁵² salienta que Lansky utilizou-se, contando com o apoio de bancos suíços, de uma das técnicas até hoje usadas para a lavagem de capitais: o empréstimo frio, conhecido internacionalmente como *loan back*. Esta conduta dava ao dinheiro a aparência de legalmente obtido, inclusive, com possibilidade de declaração do recebimento de um empréstimo ao Fisco.

Assim, tem-se que o termo “*money laundering*”, traduzido literalmente pela legislação brasileira⁴⁵³, foi usado pela primeira vez por autoridades policiais norte-americanas nos anos 30, neste exato contexto de Capone e Lansky. Tratava de descrever o uso, pelos grandes mafiosos, do usual serviço de máquinas de lavar roupa automáticas, como forma de justificar seus recursos ilícitos. “A expressão foi usada pela primeira vez em um *processo judicial* nos EUA, em 1982, e a partir de

⁴⁵¹ TIGRE MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. Ob. cit. p. 30.

⁴⁵² Idem, *Ibidem*, p. 30.

⁴⁵³ Consoante a EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM nº692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996: 9. A primeira opção imposta ao legislador brasileiro no trato desta matéria diz respeito à denominação legal, *nomen iuris*, do tipo de ilícito em causa. Alguns países optaram por uma designação que leva em conta o resultado da ação. 10. Caracterizando-se a conduta pela transformação do dinheiro sujo em dinheiro limpo, pareceu-lhes adequado o uso de vocábulo que denotasse limpeza. A França e a Bélgica adotam a designação *blanchiment d'argent* e na mesma linha seguem a Espanha (*blanqueo de dinero*) e Portugal (*branqueamento de dinheiro*). 11. Outro critério preferido é o da natureza da ação praticada, partindo-se do verbo referido no tipo. Os países de língua inglesa empregam a expressão *money laundering*; a Alemanha designa o fato típico de *geldwache*; a Argentina se refere a *lavado de dinero*; a Suíça indica o fato típico de *blanchissage d'argent* e a Itália se vale do termo *riciclagio*, que também identifica o verbo constante do tipo e não propriamente o resultado do comportamento. 12. O Projeto ora submetido à consideração de Vossa Excelência consagra as designações *lavagem de dinheiro* e *ocultação*, as quais também são preferidas pela Alemanha (*verschleierung*). 13. A expressão “lavagem de dinheiro” já está consagrada no glossário das atividades financeiras e na linguagem popular, em consequência de seu emprego internacional (*money laudering*). Por outro lado, conforme o Ministro da Justiça teve oportunidade de sustentar em reunião com seus colegas de língua portuguesa em Maputo (Moçambique), a denominação “*branqueamento*”, além de não estar inserida no contexto da linguagem formal ou coloquial em nosso País, sugere a inferência racista do vocábulo, motivando estereis e inoportunas discussões.

então ingressou na literatura jurídica e em textos normativos nacionais e internacionais”⁴⁵⁴

Rodrigo Santiago⁴⁵⁵ sinaliza que o modelo de atuação americana, focado pela *Drug Inforcement Administration* e pela *Federal Bureau of Investigation* foi, sem dúvidas, o modelo “follow de money”, ou seja, rastreamento do dinheiro. Assim, conseguiram, por exemplo, em 1989 realizar o seqüestro de US\$ 50.000.000 (cinquenta milhões de dólares) e a prisão de 192 pessoas em seis diferentes países: Estados Unidos, Itália, Canadá, Grã-Bretanha, Espanha e Costa Rica, numa operação que desvendou uma verdadeira rede internacional de tráfico de drogas, formada pelas organizações criminosas *Cosa Nostra*, *U.S. Máfia* e *Cartel de Cali*.⁴⁵⁶

O Brasil passa a incriminar esta conduta não só como forma de impedir a fruição dos proventos do crime, mas tendo como maior objetivo a punição aos crimes antecedentes, principalmente o tráfico de drogas, que se tornou, a partir dos anos 70, uma das maiores preocupações no tocante à criminalidade internacional.⁴⁵⁷

Em verdade, é exatamente neste ponto que se pode perceber o cunho seletivo das tipificações inicialmente feitas em relação à Lei e Lavagem de dinheiro: não se buscava incriminar a conduta de encobrir a inserção de um capital ilícito ao mercado financeiro, mas se tentava evitar que grandes mafiosos e traficantes de drogas

⁴⁵⁴ PIERPAOLO CRUZ BOTTINI, **Nova Lei de Lavagem trará problemas à Justiça**. Publicado em 9 de julho de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jul-09/direito-defesa-lei-lavagem-dinheiro-trara-problemas-justica>. No mesmo sentido, CALLEGARI, André Luiz. WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2014. p. 6.

⁴⁵⁵ SANTIAGO, Rodrigo. Ob.cit. p. 365.

⁴⁵⁶ BARROS, Marco Antônio de. Ob. cit. p. 40.

⁴⁵⁷ Consoante a EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM nº 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996: “15. As primeiras legislações a esse respeito, elaboradas na esteira da Convenção de Viena, circunscreviam o ilícito penal da “*lavagem de dinheiro*” a bens, direitos e valores à conexão com o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins. Gravitavam, assim, na órbita da “*receptação*” as condutas relativas a bens, direitos e valores originários de todos os demais ilícitos que não foram as espécies típicas ligadas ao narcotráfico. Essa orientação era compreensível, visto que os traficantes eram os navegadores pioneiros nessas marés da delinquência transnacional e os frutos de suas conquistas não poderiam ser considerados como objeto da receptação convencional. 16. Adveio, então, uma legislação de segunda geração para ampliar as hipóteses dos ilícitos antecedentes e conexos, de que são exemplos as vigentes na Alemanha, na Espanha e em Portugal. 17. Outros sistemas, como o da Bélgica, França, Itália, México, Suíça e Estados Unidos da América do Norte, optaram por conectar a “*lavagem de dinheiro*” a todo e qualquer ilícito precedente. A doutrina internacional considera a legislação desses países como de terceira geração. 18. A orientação do projeto perfila o penúltimo desses movimentos.”

pudessem fruir, gozar do proveito de seus crimes antecedentes. O grande vilão era – e, continua a ser em muitos países – o traficante!

Sobre o “fantasma” da droga como sendo a grande vilã do século XX (e, atualmente, drogas associadas às organizações criminosas), Ruggiero adverte que esta conexão, quase imediata, entre drogas e criminalidade advém de um “silogismo sociológico”. Explica-se, demonstrando que a “relação drogas – violência também é predominante nas piores representações midiáticas sobre o problema das drogas”. Assim, forma-se um discurso único entre a comunidade e a mídia, “reforçando mutuamente suas convicções”. Mas, questiona-se o autor, será que esta convicção é mesmo legítima no caso das drogas? Indica que, apesar de esta relação ser amplamente aceita, ela se baseia em um “silogismo sociológico, pois de uma premissa lógica desenha-se uma generalização ilógica. Um silogismo semelhante prevaleceu nos anos 1960, quando o uso de drogas era associado aos sexo, particularmente a orgias.”⁴⁵⁸

Especialmente em relação à Lei de Lavagem, percebe-se nítida influência norte-americana, funcionando este país como verdadeiro gestor da moral. Após um problema interno, com a disseminação do tráfico de drogas, a gansterização do crime, achou-se por bem propor um mecanismo internacional de combate a esta espécie de criminalidade.

Zaffaroni indica o papel das agências internacionais na legitimação desse discurso expansionista e punitivista: “as agências internacionais devem respeitar os discursos oficiais para não gerar conflitos diplomáticos e obter recursos para seus órgãos, propor programas compatíveis com as boas relações e com os interesses de seus contribuintes”. Assim, os programas de cooperação resultam em uma boa publicidade para o país cooperador: quanto mais cooperadores, mais o programa se mostra exitoso e mais se pode exhibir de ‘resultados’ aos opositores e seus respectivos governos.”⁴⁵⁹

⁴⁵⁸ RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados. Ensaio em Anticriminologia**. Trad. Davi Tangerino, Luciana Boiteux, Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 90.

⁴⁵⁹ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. p. 62.

E, para completar o raciocínio, indica o autor a existência de uma função escamoteada neste interesse pela cooperação internacional: o crescente interesse em se punir condutas praticadas além de seus territórios, demonstra, me verdade, um interesse de países centrais em propagar instituições punitivas para países periféricos, “fazendo-o sob a forma de cooperação direta ou através de organismos multilaterais que financiam.”⁴⁶⁰

Logicamente, outros esforços internacionais – leia-se, sempre, influenciados pela política americana de combate às drogas – já haviam se iniciado antes da Convenção de Viena. A exemplo, a Convenção do Ópio de 1912, que o Brasil acabou subscrevendo o protocolo suplementar de assinaturas por pressão internacional.⁴⁶¹

Da mesma maneira, outras recomendações internacionais já haviam sido realizadas, no sentido de prevenir a circulação de capital ilícito, tais como A Recomendação do Conselho da Europa nº 80, sobre Medidas contra a transferência e custódia de fundos de origem criminal, realizada em 27 de junho de 1980 e a Convenção Relativa a obrigação de diligência dos bancos (Associação de Bancos Suíços).

Entretanto, em que pese esta preocupação em chamar a atenção da comunidade internacional anteceda a Convenção de Viena de 1988, foi somente após a assinatura dos termos estabelecidos na Convenção, que os países passaram a se obrigar no combate à lavagem. O compromisso firmado pelos países signatários pode ser observado através da leitura do artigo 3º, § 1º, alínea b, do texto da supracitada Convenção, com epígrafe “Infrações e Sanções”:

⁴⁶⁰ Idem, ibidem, p. 62.

⁴⁶¹ “A pressão americana faz com que em 1909, representantes de países com colônias no Oriente e na Pérsia se reunissem em Shangai na Conferência Internacional do Ópio. Posteriormente, realizou-se em 1911 a Primeira Conferência Internacional do Ópio, em Haia. Dessa conferência resultou a “Convenção do Ópio”, em 1912, pela qual os países signatários criaram o compromisso de tomar medidas de controle da comercialização da morfina, heroína e cocaína nos seus próprios sistemas legais. Vale ressaltar que outras substâncias, como a cocaína, foram adicionadas devido a uma pressão inglesa, para que o ônus econômico da proibição recaísse também sobre outros países (França, Holanda, Alemanha), que estavam tendo lucros com o comércio da cocaína através da emergente indústria farmacêutica.” SILVA, Antônio Fernando de Lima Moreira da. **Histórico das drogas na legislação brasileira e nas convenções internacionais** Disponível em <http://jus.com.br/artigos/19551/historico-das-drogas-na-legislacao-brasileira-e-nas-convencoes-internacionais#ixzz3T2pKlhVr>, acesso em 20 de fevereiro de 2015.

Art. 3º Cada uma das partes adotará as medidas necessárias para caracterizar como delitos penais em seu direito interno, quando cometidos internacionalmente:

I) a conversão ou a transferência de bens, com o conhecimento de que tais bens são procedentes de algum ou alguns dos delitos estabelecidos no inciso “a” deste parágrafo, ou da prática de delito ou delitos em questão, com o objetivo de ocultar ou encobrir a origem ilícita dos bens, ou de ajudar qualquer pessoa que participe na prática do delito, ou delitos em questão para fugir das consequências jurídicas dos seus atos;

II) a ocultação ou o encobrimento da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns delitos mencionados no inciso “a” deste parágrafo ou de participação no delito ou delitos em questão.

Louk Hulsmann reflete acerca da legitimação do discurso que inflama legislador e sociedade, no sentido de tipificar novas condutas como criminosas. Indica que, sempre que se trata de problemas da justiça penal, “os discursos políticos, grande parte da mídia e alguns estudiosos da política criminal se põem de acordo e dão a palavra a um determinado ‘homem comum’. Este homem comum seria obtuso, covarde e vingativo.” Este homem comum deseja sempre mais repressão, é vingativo, “e veria no aparelho penal o único meio de proteção contra os fenômenos sociais que o perturbam.” Hulsmann protesta: “ora, este homem comum não existe! Trata-se de uma cômoda abstração para legitimar o sistema existente e reforçar suas práticas.”⁴⁶²

O discurso dominante vai-se propagando nas chamadas “campanhas de lei e ordem”, em que se divulgam as duas mensagens: a da repressão insuficiente, ao passo em que se reivindica maior repressão.⁴⁶³ As legislações vão sendo adotadas sem um pensamento crítico adequado sobre suas formas de implementação. Em relação à Lavagem, especialmente, pela complexidade das operações envolvidas e

⁴⁶² HULSMANN, Louk. Celis, Jacquelin Beniat de. **Penas Perdidas. O sistema penal em questão.** tradução Maria Lúcia Karam. 1ª edição. Niterói-RJ: LUAM EDITORA LTDA, 1993. p. 57.

⁴⁶³ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. p. 63.

astúcia dos sujeitos ativos, os mecanismos de combate envolvem custos (altos) do Estado que, certamente, no primeiro momento, não foram pensados e orçados pelo legislador.⁴⁶⁴

5.3 A VULNERABILIDADE E A CRIMINALIZAÇÃO PRIMÁRIA: SELETIVIDADE NA TIPIFICAÇÃO

Como se pode perceber, a origem da criminalização da lavagem foi utilizada para escamotear algumas funções, tais como o expansionismo punitivo norte-americano, a cruzada contra o tráfico de drogas, a intenção em evitar certos crimes antecedentes, mais do que punir o próprio infrator da lavagem. A Lei brasileira não fugiu a esta regra. No momento da sua criação, alguns pontos que norteiam o Direito Penal, como suas missões de proteção a bens jurídicos, aliada à subsidiariedade e à fragmentariedade, deixaram de ser explicados razoavelmente.

Também se explicou de forma muito deficitária a opção do legislador pátrio, num primeiro momento, em definir alguns crimes como antecedentes, sendo apenas os proventos oriundos deles aqueles aptos a serem lavados⁴⁶⁵. O Brasil adotou, a

⁴⁶⁴ “Quando se introduzem novas medidas legislativas, deve-se geralmente indicar os meios que serão utilizados para financiá-las. Esta exigência se aplica tanto às repartições ministeriais quanto às do parlamento e restringe consideravelmente sua liberdade de ação. O único setor em que essa exigência não se aplica é o penal. Pode-se criminalizar sem ter que pagar. Não existe nenhuma obrigação de votar *ao mesmo tempo* recursos adicionais eventualmente necessários aos serviços penais. Na medida em que as dificuldades orçamentárias se tornam mais graves, a pressão para maior criminalização se torna mais forte. Porque a criminalização permite adiar os custos.” HULSMAN, Louk. Descriminalização, **Revista de Direito Penal** – Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Candido Mendes, em Capítulo Criminológico, nº 9/10, janeiro a junho de 1973. Tradução Yolanda Catão.

⁴⁶⁵ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM nº 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996: 21. Embora o narcotráfico seja a fonte principal das operações de lavagem de dinheiro, não é a sua única vertente. Existem outros ilícitos, também de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, direitos e valores. São eles o terrorismo, o contrabando e o tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção, a extorsão mediante seqüestro, os crimes praticados por organização criminosa, contra a administração pública e contra o sistema financeiro nacional. Algumas dessas categorias típicas, pela sua própria natureza, pelas circunstâncias de sua execução e por caracterizarem formas evoluídas de uma delinquência internacional ou por manifestarem-se no panorama das graves ofensas ao direito penal doméstico, compõem a vasta gama da criminalidade dos respeitáveis. Em relação a esses tipos de autores, a lavagem de dinheiro constitui não apenas a etapa de reprodução dos circuitos de ilicitudes

princípio, a segunda geração das legislações⁴⁶⁶, em que se fechou o rol de crimes antecedentes, mas se limita a dizer que os crimes listados neste rol foram ‘escolhidos’ por serem graves e com caráter transnacional. Outros tantos crimes graves e de caráter transnacional ficaram de fora do rol, sem que houvesse uma explicação razoável, conforme se verá.

A criminalização primária rendeu-se a propósitos seletivos, conforme se verá. Rompendo algumas garantias basilares da tutela penal (*ultima ratio*, fragmentariedade, subsidiariedade, taxatividade), tipificou-se a lavagem de dinheiro como mais umas das legislações emergenciais. Segundo Lola Aniyar de Castro, estas espécies de legislações cumprem uma função simbólica, e, “quando se incrimina uma conduta, está se demonstrando que ‘se está fazendo algo’ em relação a ela.” E, inclusive, aponta com um dos exemplos claros dessa função simbólica a “crescente tendência a criminalizar (*de jure*) as condutas ilícitas ou antissociais dos grandes setores financeiros, as transnacionais, entre outros.”⁴⁶⁷

São diversos pequenos defeitos e incongruências na criminalização primária, na elaboração da lei, que acabam por não gerar as investigações devidas e, ao final dos processos, a condenação. São condenados aqueles que se encontram na posição de vulnerabilidade sugerida por Zaffaroni, como forma de uma neosseletividade: a caça às bruxas do sistema penal não se faz mais em relação à clientela estereotipada; o etiquetamento agora se dá em relação à camada socioeconômica mais elevada, como forma de revanchismo e vingança.

como também, e principalmente, um meio para conservar o status social de muitos de seus agentes. 22. Assim, o projeto reserva o novo tipo penal a condutas relativas a bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais.

⁴⁶⁶ “As primeiras legislações que surgiram, principalmente, após a Convenção de Viena de 1988 limitavam o delito precedente ao de tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins. Essa orientação devia-se ao fato de que o tráfico de drogas alcançou grande evidência no cenário internacional nos anos precedentes. Verificando que o tráfico ilícito de drogas não se configurava como o único delito grave ensejador de lucros capazes de serem alvo do crime de lavagem, adveio uma segunda geração de Leis ampliando o rol dos delitos antecedentes. Esta segunda geração optou por trazer um rol de crimes taxativos que poderiam funcionar como pressuposto à lavagem. Outros países preferiram não definir expressamente o rol dos delitos antecedentes, limitando-se a conectar o delito de lavagem aos denominados “crimes graves”. Esta é a denominada terceira geração das legislações.” PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (dis)funções político-criminais no seu combate**. Salvador: editora JusPodivm, 2011. p. 61.

⁴⁶⁷ ANIYAR DE CASTRO, Lola. Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo, *In: Revista de direito penal e criminologia*. vol. 1 nº 1. Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1971. Em Capítulo Criminológico, p. 69 e seguintes.

5.3.1 A questão do bem jurídico tutelado

Conforme já se demonstrou no segundo Capítulo, entende-se que a missão do Direito Penal é tutelar bens jurídicos, adotando-se postura que se aproxima do funcionalismo teleológico racional proposto por Claus Roxin. Nesta perspectiva e somente para demonstrar o que se afirma nas linhas subsequentes, faz-se necessário rememorar o próprio conceito de bem jurídico proposto por Roxin: “son circunstancias dadas o finalidades que son útiles para el individuo y su libre desarrollo em el marco de um sistema social global estructurado sobre la base de esa concepción de los fines o para el funcionamiento del próprio sistema.”⁴⁶⁸

Ainda, seguindo este mesmo marco teórico, é imprescindível ter em mente que esta proteção a bens jurídicos se faz de maneira subsidiária, entendendo a pena como “la *ultima ratio* de la política social”. Isto porque, pela noção de proporcionalidade e pela própria derivação do Estado de Direito, como o Direito Penal possibilita a mais dura das intromissões estatais contra a liberdade dos cidadãos, só cabe a este ramo interferir quando as intervenções menos duras se mostrem ineficientes.⁴⁶⁹

Fincada, novamente, essas duas premissas, parte-se para a análise do bem jurídico tutelado pela lei de Lavagem de Capitais. Com relação ao tema, muito se tem discutido na doutrina acerca de qual seria o bem jurídico protegido, desde o advento da Lei 9.613/98. Aliás, todos os crimes que envolvem interesses difusos ou coletivos geram certa desconfiança neste sentido. Busca-se, para além da definição do bem protegido, esclarecer, principalmente, quais as funções – declaradas e não-declaradas - que dele se extraem, conforme se viu no capítulo anterior acerca da criminalidade de colarinho branco como um todo.

Como se estudou, a lavagem é delito de macroatuação, onde os lavadores beneficiam-se de seus proventos ilícitos, oriundos de crimes antecedentes, sem

⁴⁶⁸ ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**, Tomo I, Fundamentos. La estructura de La Teoria Del Delito. Madrid, Espanha: Civitas, 1997. p. 56.

⁴⁶⁹ Idem, *Ibidem*. p. 65-66.

precisar passar pelas linhas de crédito convencionais. Será, então, possível delimitar o bem jurídico, a função e o limite da incriminação da lavagem?

De forma imediata ou declarada, Rodolfo Tigre Maia⁴⁷⁰ afirma, em linhas gerais, que a objetividade jurídica do tipo de lavagem de dinheiro é predominantemente, a Administração da Justiça. É interesse do Estado averiguar a proveniência e licitude dos bens que circulam no sistema financeiro nacional, assim como os sujeitos ativos que os geram e movimentam. A lavagem de dinheiro ofende a própria confiança e prestígio desta atividade de interesse estatal.

Para André Luis Callegari, “há um forte indicativo de que no Brasil o bem jurídico protegido pela Lei de Lavagem de Dinheiro é a ordem socioeconômica.”⁴⁷¹ Indica, o autor, que esta é a posição majoritária da doutrina brasileira, assumindo, porém, que outros bens também são protegidos de forma indireta.

Esta é a corrente seguida por William Terra de Oliveira, em obra conjunta com Luiz Flávio Gomes e Raúl Cervini. Indicam os autores⁴⁷² que “com a criação de tipos penais especiais direcionados a combater os procedimentos de lavagem de capitais, busca-se fundamentalmente proteger a normalidade do tráfego jurídico no mundo da economia.”

É que o delito de lavagem gera conseqüências macro, com repercussão neste sistema econômico-financeiro, como a criação de monopólios, o abuso, por conseqüência, do poder econômico, facilitação da corrupção. E, conclui o autor, “diante deste quadro é que se costuma afirmar que a conduta de lavagem de dinheiro atinge interesses metapessoais ou transindividuais, e por esse motivo o bem juridicamente protegido não poderia ser outro senão a própria ordem socioeconômica”.⁴⁷³

⁴⁷⁰ TIGRE MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. Ob. cit. p. 57.

⁴⁷¹ CALLEGARI, André Luís. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos**. p. 90.

⁴⁷² CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit. p. 321.

⁴⁷³ Idem. Ibidem, p. 323.

Marco Antônio de Barros⁴⁷⁴ indica a natureza pluriofensiva do crime de lavagem, afirmando que os bens jurídicos protegidos – e, faz referência expressa a esta opção, por tratar a expressão no plural – são “a estabilidade e a credibilidade dos sistemas econômico e financeiro do País”. Veja que, em que pese a inovação no sentido de admitir a existência de mais de um bem jurídico tutelado, em partes, o autor concorda com os demais.

Seguindo entendimento em sentido convergente, estão Márcia Monassi Mougénot Bonfim e Edílson Mougénot Bonfim⁴⁷⁵, para quem o fenômeno da lavagem é também delito pluriofensivo: “tutelando, a um só tempo, os sistemas econômico e financeiro do país e a Administração da Justiça.”

Explicam os autores, o que vem a ser o conceito de Administração da Justiça: é que a conduta de lavar dinheiro, de forma semelhante ao favorecimento pessoal (art. 349 do Código Penal) dificulta a punição do sujeito pelo crime antecedente, apagando os rastros da origem do dinheiro. Advertem, com propriedade, que a Administração da Justiça está protegida, sobretudo, nas duas primeiras fases da lavagem, onde se pretende a separação física do dinheiro e o mascaramento de sua origem, mas não no momento em que este valor é reinserido no mercado financeiro.

A ordem socioeconômica, portanto, será abalada quando o dinheiro, agora com aparência limpa, for reintegrado. Explicam, tal qual Marcelo Mendroni, que, além de proporção macro por conta do montante envolvido, este delito afeta a livre concorrência de mercado.⁴⁷⁶

Marcelo Mendroni⁴⁷⁷ indica que dois são os bens jurídicos tutelados: a Administração da Justiça e a ordem socioeconômica. Porém, antes de chegar a esta

⁴⁷⁴ BARROS, Marco Antônio de. Ob.cit. p. 54.

⁴⁷⁵ BONFIM, Márcia Monassi Mougénot; BONFIM, Edílson Mougénot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30.

⁴⁷⁶ “O ponto central da construção de tal raciocínio é o conceito de livre concorrência de mercado. Os particulares que exercem atividade econômica no mercado baseiam-se na mútua confiança de que também o concorrente obedeça às regras ou lei de mercado. [...] Com um crescente investimento de capitais ilegais na economia, ocorreria uma perda de confiança nas formas de funcionar da concorrência. Logo, com a atividade ilícita, incrementam-se os riscos de mercado, pois a livre concorrência e a lealdade estariam comprometidas, da mesma forma que a estabilidade e solidez do mercado financeiro, ameaçando conseqüentemente a economia pública.” Márcia Monassi Mougénot Bonfim e Edílson Mougénot Bonfim. (op. cit., p. 30).

⁴⁷⁷ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Ob cit. p. 76.

conclusão, analisa a doutrina internacional, sobretudo a alemã, indicando que há cinco posicionamentos a respeito: Administração da Justiça; obrigações da polícia em apurar os crimes antecedentes; patrimônio; ordem socioeconômica; mesmo bem jurídico que o crime antecedente.

Já se defendeu, em trabalho anterior, que o bem jurídico tutelado seria o mesmo do delito antecedente, pois, ao se incriminar a lavagem, o que se pretenderia seria evitar a fruição dos ganhos com a atividade criminosa.⁴⁷⁸ Porém, este entendimento pode até representar a função escusa da Lei de Lavagem, mas não poderia prosperar enquanto função declarada, dada a sua incompatibilidade com o sistema jurídico brasileiro: a sobreposição de tutelas é nítida situação de *bis in idem*, e não se poderia punir o agente se ele personificasse os atos do delito antecedente e os atos da ocultação posterior.

Outro argumento contra a adoção do mesmo bem jurídico para os tipos penais antecedentes e para a Lavagem reside na constante demonstração, na legislação brasileira, da “progressiva autonomia categorial do delito de reciclagem”. Como se demonstrará mais adiante, para o recebimento da denúncia pelo crime de lavagem bastam indícios da infração antecedente; o processo pelo crime de lavagem, independe do processo do delito antecedente; mesmo desconhecido o autor da infração antecedente, pode ser punido o delito de lavagem.⁴⁷⁹

Adotar o posicionamento de que o delito de Lavagem de Dinheiro ofende a ordem econômica, por outro lado, significa admitir que todos os atos de encobrimento devem ter uma magnitude tal, que seja capaz de atingir a economia. Além disso, como o conceito de ordem econômica não é um conceito preciso, conforme já se discutiu no Capítulo anterior, podendo ser interpretada em sentido amplo ou restrito. Mas, ainda que se trate da forma mais restritiva este conceito, também poderia gerar

⁴⁷⁸ “Argumenta-se, neste ponto, que, com a repressão à lavagem de dinheiro, tutelam-se também os demais bens jurídicos (crimes antecedentes) de forma indireta: combater-se-iam, pois, o tráfico de drogas; o terrorismo; o contrabando ou tráfico de armas; a extorsão mediante seqüestro; os crimes contra a Administração Pública; contra o sistema financeiro nacional e os cometidos por organização criminosa, impedindo-se, decorrentemente, que estes delitos gerem proventos capazes de serem “lavados”, ou seja, de serem (re) utilizados, uma vez que o delito de lavagem tem como pressuposto de existência o cometimento de um desses delitos (crime remetido).” PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. Ob. cit. p. 102. Tigre Maia comunga do mesmo entendimento. Ob. cit. p. 58-60.

⁴⁷⁹ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ob. cit. p. 53.

o problema do *bis in idem* quando o agente respondesse, juntamente com a Lavagem, por algum crime contra o Sistema Financeiro Nacional, como a evasão de divisas, tão comum na operação de lavagem.

Por fim, este posicionamento não se coaduna com os núcleos do tipo, nem com o momento consumativo da lavagem, é dizer: já se discutiu que o simples ocultar já consoma a lavagem, sem que agente consiga reinserir os valores na ordem econômica. Assim, adotar o posicionamento de que o bem jurídico é a ordem econômica e financeira, seria criar uma figura odiosa de um tipo de perigo abstrato, em que qualquer tentativa de encobrimento já estaria colocando o bem jurídico sob ameaça, autorizando a intervenção penal.

Já a questão da Administração da Justiça demonstra que a Lavagem, diferentemente do que propõe a lei, a todo tempo se desvinculando da infração antecedente, é um “crime parasitário.”⁴⁸⁰ As operações de lavagem colocam “em risco a operacionalidade e a credibilidade do sistema da Justiça, por utilizar complexas transações a fim de afastar o produto de sua origem ilícita e com isso obstruir seu rastreamento pelas autoridades públicas.”⁴⁸¹

Além disso, conforme explica João Carlos Castellar, citando Miguel Bajo Fernández, a lavagem de dinheiro deveria ser considerada como uma atividade irrelevante desde o ponto de vista jurídico-penal, servindo apenas de indicativo de que houve o cometimento de algum ilícito anterior. É claro que o dinheiro negro tem que ser necessariamente mascarado em algum momento da vida do seu titular, para que este, ou sua família e herdeiros, venha a desfrutá-lo. Assim, o agente só terá duas opções: a uma, declarar esses valores e responder por alguma infração penal que tenha o originado, ou proceder à lavagem.⁴⁸²

Visto sob esta perspectiva, buscar a punição da Lavagem de Dinheiro é seguir a experiência americana do *paper trail*: já que não se consegue punir o infrator pela criminalidade praticada anteriormente, que, ao menos, se puna pela lavagem.

⁴⁸⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. Ob cit. p. 75.

⁴⁸¹ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ob. cit. p. 55.

⁴⁸² CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de Dinheiro: a questão do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Renavam, 2004. p. 180.

Além disso, o texto legal traz duas situações de mera conduta, no art. 1º § 2º, que não parecem afetar a Administração da Justiça⁴⁸³. São as condutas de utilizar na atividade econômica os bens e valores provenientes das infrações antecedentes e a participação em grupo, associação ou escritório, tendo conhecimento de que suas atividades são relacionadas à lavagem de dinheiro. Se é verdade que a ocultação de bens, direitos e valores oriundos de infrações anteriores afeta a Administração da Justiça, também é verdade que este parágrafo em nada a coloca em xeque, pois as condutas *per se* não criam obstáculos à descoberta da origem, movimentação, natureza e propriedade dos bens e valores.

Tem-se, portanto, uma tipificação de conduta criminosa que não se coaduna com as missões do Direito Penal: não há genuinamente um bem jurídico a se proteger. Segundo Roxin, este problema permanece em aberto, pois não se sabe se esta ausência de conceituação material do delito irá gerar apenas efeitos políticos-criminais ou também efeitos jurídicos vinculantes, é dizer, se esta ausência de missão ao tipo penal, poderia ensejar a invalidação da norma.⁴⁸⁴

A não identificação deste bem jurídico tem efeitos práticos desastrosos: se não se sabe o que se pretende tutelar, pode haver o *bis in idem* com a sobreposição de tutelas – o mesmo agente pode ser punido por tipos penais distintos, porém violadores do mesmo bem; ainda, a noção de bem jurídico faz parte da análise do elemento subjetivo do tipo, o dolo de causar lesão a alguma objetividade tutelada.⁴⁸⁵

Outro problema grave em relação ao bem jurídico será o momento consumativo da Lavagem, que implicará em discussões de direito processual penal (como, por exemplo, o momento da prisão em flagrante) e de direito material (possibilidade de aplicação de lei penal mais gravosa, prescrição). Pierpaolo Cruz Bottini indica que a questão está centrada no bem jurídico, pois, se adotado o posicionamento de ser

⁴⁸³ Lei 9.613/98

art. 1º § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores provenientes de infração penal; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.

⁴⁸⁴ ROXIN, Claus. Ob. cit. p. 63.

⁴⁸⁵ Demonstrando estes problemas: BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Ob. cit. p. 51.

crime contra a Administração da Justiça, deve-se entender que se trata de crime instantâneo.⁴⁸⁶

William Terra de Oliveira indica uma verdadeira tendência atual de se generalizar os bens jurídicos, fenômeno que designou como “generalização do conceito de bem jurídico”⁴⁸⁷. E, justifica tal posicionamento por conta da atuação das chamadas organizações criminosas, que ampliam cada vez mais suas atuações delitivas, e, com isso, necessitam depurar o dinheiro com estas práticas obtido. Resume o autor que, para saber qual o bem jurídico que se protege com a incriminação da lavagem, será necessário uma análise à luz do caso concreto: “tudo dependerá da análise do caso concreto, pois determinada conduta, em razão de sua escassa lesividade ao sistema econômico–financeiro, poderá afetar apenas órbitas individuais e menos genéricas (crimes contra o patrimônio e a administração, falsidades, etc.), requerendo um objeto de proteção de menor espectro.”

Data venia, tal posicionamento não pode prosperar, pela própria natureza e finalidade que se impõe à tutela penal! O que não se pode perder de mente que só se pode usar o Direito Penal quando se atendem a duas exigências: é necessário que se fale, a um só tempo, na necessidade de limitar e de fundamentar racionalmente o Direito Penal.

Destarte, sustenta-se que a Lei de Lavagem de Capitais cumpre muito mais uma função de Política Criminal (“caça às bruxas”) do que uma função repressiva

⁴⁸⁶ “A solução para o impasse exige a identificação do bem jurídico protegido pela norma sobre lavagem de dinheiro, que, para nós, é a administração da Justiça. Por isso, nos parece que os crimes de lavagem de dinheiro, na forma do caput, têm caráter instantâneo. O ato de ocultar ou dissimular consuma o delito no instante de sua prática. A manutenção do bem oculto ou dissimulado é mera decorrência ou desdobramento do ato inicial. Trata-se de crime instantâneo de efeitos permanentes, no qual a consumação cessa no instante do ato, mas seus efeitos perduram no tempo. Parece a interpretação mais adequada do ponto de vista sistemático, dada a natureza também instantânea dos demais crimes contra a administração da Justiça, ainda que em diversos deles os efeitos de obstrução do sistema judicial perdurem no tempo. Note-se que na denúncia caluniosa (art. 339 do CP), na falsa comunicação de crime (art. 340 do CP), na autoacusação falsa (art. 341 do CP), no falso testemunho (art. 342 do CP), na fraude processual (art. 347 do CP), e no favorecimento real (art. 349 do CP) — crime-irmão da lavagem de dinheiro — o delito se consuma no ato inicial, com o comportamento típico, mesmo que seus efeitos sobre a administração da Justiça se prolonguem, e mesmo que sua cessação esteja sob domínio do autor, que a qualquer tempo pode se retratar ou revelar a fraude.” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de dinheiro é crime permanente ou instantâneo?** Publicado em 23 de outubro de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-out-23/direito-defesa-lavagem-dinheiro-crime-permanente-ou-instantaneo>.

⁴⁸⁷ CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. Ob. cit. p. 322.

propriamente dita. Como se trata de uma criminalidade de “colarinho branco”, o Direito Penal acaba por ser aplicado (no sentido de criminalizar primariamente as condutas) como uma forma de demonstrar à sociedade a punição de uma camada de nível social elevado.

5.3.2 O rol antecedente (supostamente) taxativo e a mudança legislativa

Como já mencionado, quando da edição da Lei 9.613/98, inicialmente, o Brasil filiou-se à denominada segunda geração da legislação, adotando um rol (supostamente) taxativo de crimes antecedentes. O motivo para tal postura, segundo a Exposição de Motivos⁴⁸⁸, era a imperiosa presença da taxatividade da lei penal, que deve descrever da maneira mais precisa e determinada as condutas criminosas.

Assim, era considerado delito antecedente ao crime de lavagem, somente aquelas oito condutas previstas nos incisos do artigo 1º: tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; de terrorismo; terrorismo e seu financiamento; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; extorsão mediante sequestro; contra a Administração Pública; contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa; praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

A grande maioria da doutrina sempre se insurgiu contra a omissão de determinadas condutas consideradas graves do rol de antecedentes, a exemplo dos delitos mediante recompensa, como o homicídio e os grandes roubos.⁴⁸⁹ E, outra parte da

⁴⁸⁸ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM nº 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996: 26. Com o objetivo de reduzir ao máximo as hipóteses dos tipos penais abertos, o sistema positivo deve completar-se com o chamado princípio da taxatividade. A doutrina esclarece que, enquanto o princípio da reserva legal se vincula às fontes do Direito Penal, o princípio da taxatividade deve presidir a formulação técnica da lei penal. Indica o dever imposto ao legislador de proceder, quando elabora a norma, de maneira precisa na determinação dos tipos legais, a fim de se saber, taxativamente, o que é penalmente ilícito e o que é penalmente admitido. (Cf. Fernando Mantovani, *Diritto penale - Parte generale*, ed. Cedam, Pádua, 1979, p. 93 e s.).

⁴⁸⁹ “Ao mesmo tempo em que deixa atípica, exemplificadamente, a omissão ou dissimulação de produtos obtidos com homicídio praticado mediante para ou recompensa (art. 121, § 1º, inciso I, do Código Penal) ou mediante roubo de medicamentos destinados ao atendimento de população carente (art. 157 do Código Penal), admite, em tese, a *lavagem* na hipótese de desacato a autoridade pública

doutrina sempre indicou a fresta deixada pelo legislador, quando determinou que qualquer crime praticado por organização criminosa poderia gerar proventos a serem lavados. Pierpaolo Cruz Bottini indica que o legislador havia criado uma “moldura penal objetiva que permitia a ampliação da abrangência da norma para outros crimes não expressamente elencados no rol inicial”, criando, desta forma, um critério misto para a fixação do rol antecedente.⁴⁹⁰

Observe, entretanto, que esta abertura que havia no rol de crimes antecedentes acabava por ser algo extremamente seletivo: a única cláusula em aberto trazida pela norma penal era vinculada a um dos maiores problemas doutrinários e jurisprudenciais da época: o conceito de organização criminosa. A lei vigente à época, lei 9.034/95, era omissa neste sentido, não definindo o número de agentes nem a conduta considerada a formação desta organização.

João Carlos Castellar indica que a mídia exercia grande influência para a demonização da chamada criminalidade organizada, criando um discurso que levava a população a desenvolver seu próprio conceito de crime organizado, ligando esta expressão aos grupos de traficantes das favelas ou lugares periféricos.⁴⁹¹ Assim, se o grupo fosse minimamente organizado em sua estrutura, poderia ser taxado de organização criminosa, gerando ganhos aptos a serem lavados.

Obviamente, este ‘trabalho’ de convencimento da população deve-se, em parte à mídia, que, nos dizeres de Luhmann, acaba por traduzir uma ideia simplista de que existe uma parcela da população boa e outra má⁴⁹², em uma dicotomia necessária e maniqueísta. Muitas vezes, a opinião publicada se converte em opinião pública.

(art. 331 do Código Penal) - COSTA, Gerson Godinho. Tipo Objetivo na Lavagem de Dinheiro. *In*: BALTAZAR JUNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (Org.). **Lavagem de Dinheiro - Comentários à Lei** - Homenagem ao Min. Gilson Dipp. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

⁴⁹⁰ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Ob. cit.* p. 51.

⁴⁹¹ “Devemos ainda recordar que, nos últimos tempos, a mídia tem emprestado a qualificação de criminalidade organizada às quadrilhas que traficam drogas nas favelas do Rio de Janeiro ou em outros sítios igualmente marginalizados, laborando assim num lastimável equívoco – admitindo que esteja movida de boa fé – uma vez que tais grupos (aqui neste Estado autointitulados de ‘Comando Vermelho’, ‘Terceiro Comando’ ou outras designações esdrúxulas) não dispõem minimamente do domínio de técnicas gerenciais e administrativas de que se valem as empresas comerciais, estando muito mais próximos de ‘torcidas’ (compreendidas estas como a ‘coletividade de simpatizantes de uma entidade ou agremiação esportiva’).” CASTELLAR, João Carlos. *Ob. cit.* p. 123.

⁴⁹² HULSMANN, Louk. Celis, Jacquelin Beniat de. *Ob. cit.* p. 56.

Isto se pode perceber na deixada de lado dos crimes contra a ordem tributária do rol antecedente. Há uma razão indicada na doutrina e na Exposição de Motivos⁴⁹³ para tal exclusão: é que o delito de lavagem representa um aumento patrimonial para o sujeito ativo, por conta da inserção no mercado de dinheiro obtido de forma ilícita; os delitos antecedentes todos são capazes de gerar este ganho. Já os crimes contra a ordem tributária não geram qualquer ganho, pelo contrário, são a manutenção de um patrimônio já adquirido.

Ora, é claro que, em uma atividade empresária, o fato de o sujeito suprimir (no sentido de deixar de pagar) ou reduzir (no sentido de pagar a menor) – verbos descritos no art. 1º da Lei 8.137/90 – gera um ganho de ordem ilícita. Com esta redução ou supressão, pode ele aplicar preços mais baixos e, inclusive, induzir outros empresários do seu ramo a agir de modo semelhante – o que foi ressaltado anteriormente como “efeito de ressaca”.

Entretanto, acredita-se muito mais em uma seletividade, em um protecionismo a esta espécie de criminoso do que em qualquer outra explicação. Porém, em que pese esta ausência inicial, a grande maioria da população nem mesmo poderia imaginar os efeitos que dela decorreriam. É o que Lola Aniyar de Castro já retratava sobre a relatividade do delito e a noção da reação social: “o delito, pois, e nada mais do que um ponto de vista sobre o antissocial que logrou impor-se sobre outros pontos de vista, em um dado momento e lugar.”⁴⁹⁴

Young, tratando deste fenômeno de formação de opiniões sociais, à luz da Criminologia da Reação Social, indica que até mesmo as instituições formadoras de opinião, como escolas e veículos de comunicação em massa, estão submetidas a

⁴⁹³ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM nº 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996 “34. Observe-se que a lavagem de dinheiro tem como característica a introdução, na economia, de bens, direitos ou valores oriundos de atividade ilícita e que representaram, no momento de seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Por isso que o projeto não inclui, nos crimes antecedentes, aqueles delitos que não representam agregação, ao patrimônio do agente, de novos bens, direitos ou valores, como é o caso da sonegação fiscal. Nesta, o núcleo do tipo constitui-se na conduta de deixar de satisfazer obrigação fiscal. Não há, em decorrência de sua prática, aumento de patrimônio com a agregação de valores novos. Há, isto sim, manutenção de patrimônio existente em decorrência do não pagamento de obrigação fiscal. Seria desarrazoado se o projeto viesse a incluir no novo tipo penal - lavagem de dinheiro - a compra, por quem não cumpriu obrigação fiscal, de títulos no mercado financeiro. É evidente que essa transação se constitui na utilização de recursos próprios que não têm origem em um ilícito.”

⁴⁹⁴ ANIYAR DE CASTRO, Lola. **Criminologia da Reação Social**. p. 65.

um controle predominante da classe de homens que exercem a hegemonia sobre os meios de produção, distribuição, intercâmbio e consumo dos quais a sociedade depende vitalmente⁴⁹⁵.

Complementando este raciocínio, pode-se acrescentar as ideias de Zaffaroni, para quem, no processo de criminalização primária, há um constante conflito entre as agências, gerando uma espécie de “concorrência entre si e dentro de suas próprias estruturas”. A principal, mas acentuada e aberta competição ocorre entre as agências da “comunicação social (através do mercado da audiência, do poder político dos formadores de opinião, dos lucros da publicidade)” e suas principais opositoras/desafiadoras “as políticas (a disputa entre poderes, ministros, partidos, blocos parlamentares, candidatos, aspirante a cargos partidários e de liderança etc).”⁴⁹⁶

A acirrada competição acaba por gerar uma apelação a discursos ‘clientelistas’ – embora se saibam falsos. Dentre eles, o mais usual é aquele que reclama maior repressão para resolução de problemas sociais. Esta busca por poder acaba reduzindo todos os espaços de reflexão e, qualquer discurso que a exija torna-se desacreditado.⁴⁹⁷ Hulsmann indica que “o sistema penal em sua forma atual está mal equipado para atender sua finalidade de contribuir para a solução de problemas sociais. Conseqüentemente, deve-se melhorar seu equipamento e rever a distribuição de suas tarefas.”⁴⁹⁸

Porém, mesmo com todas as falhas do sistema, insiste-se em aumentar a repressão à Lavagem de Dinheiro: em 2012, com o advento da Lei 12.683, extinguiu-se o rol de crimes antecedentes e modificou-se a redação do *caput* do art. 1º, indicando que a ocultação ou mascaramento da origem, natureza, propriedade de bens direitos e valores oriundos de qualquer infração penal seriam aptos a serem lavados. Assim,

⁴⁹⁵ TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. **La Nueva Criminología. Contribución a una teoría social de La conducta desviada.** Traducción Adolfo Crosa. Primera edición en castellano, 1977; primera reimpressão, 1990; segunda reimpressão, 1997. Buenos Aires: Amorrortu editores. p. 45.

⁴⁹⁶ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. p. 61.

⁴⁹⁷ Idem, ibidem. p. 61.

⁴⁹⁸ HULSMAN, Louk. Descriminalização, **Revista de Direito Penal – Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Candido Mendes**, em Capítulo Criminológico, nº 9/10, janeiro a junho de 1973. Tradução Yolanda Catão.

além de não haver mais o rol (supostamente) taxativo, as contravenções penais também podem aparecer como infrações antecedentes.

Assim, a nova redação dada ao tipo penal é a seguinte: “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de infração penal.” Esta ampliação do rol encontra respaldo (ou pressão, não se pode afirmar ao certo) em convenções e novas orientações internacionais, a exemplo a “Convenção de Estrasburgo relativa ao branqueamento, detecção, apreensão e perda dos produtos do crime, especialmente na versão atualizada, de maio de 2005.” Anteriormente, outro marco internacional que pode ser apontado é a “Convenção contra o Crime Organizado Transnacional, de 15.11.2000, a qual, no seu art. 6.º, exige das partes a ampliação da tipificação dos atos de lavagem a um maior número possível de delitos”⁴⁹⁹

Aliando este contexto internacional e a orientações emanadas dos encontros entre países, o legislador brasileiro sofre sua própria pressão interna, com os célebres casos da Ação Penal 470 (caso Mensalão) e, sobretudo, com a deflagração da operação Monte Carlo, que passava a investigar os casos de jogos de azar nos arredores de Brasília, comandados por Carlos Cachoreira.⁵⁰⁰ Até mesmo o exercício da advocacia foi posto em xeque, quando do pagamento dos honorários pelo contraventor, discutindo-se se haveria ou não crime na conduta do advogado que os recebia, sabendo ser produto de infrações antecedentes.⁵⁰¹

Ocorre que a abertura deste rol merece algumas críticas. A ideia inicial da lei de Lavagem era prezar pela taxatividade, o que deixa de existir com a ampliação para todas as infrações. Além disso, o problema mais gravoso que pode ser apontado é a imensa desproporção que pode haver entre a punição e a gravidade da infração

⁴⁹⁹ RIOS, Rodrigo Sánchez. Alterações Na Lei De Lavagem De Dinheiro: Breves Apontamentos Críticos. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 20 - nº 237 - agosto/2012.

⁵⁰⁰ Informações sobre a discussão acerca da retroatividade da lei de lavagem disponíveis em <http://www.valor.com.br/politica/2743874/dilma-sanciona-lei-que-reforca-punicao-lavagem-de-dinheiro>

⁵⁰¹ TORON, Alberto Zacharias. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. VILARDI, CELSO SANCHES. **Podem bons advogados defender pessoas más?** Publicado em 06 de junho de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/direito-defesa-podem-bons-advogados-defender-pessoas>.

antecedente e a punição dada pela lei de Lavagem, a exemplo do que ocorre com as contravenções penais de jogos de azar.⁵⁰²

André Luis Callegari e Ariel Weber demonstram que, como não se confundem os bens jurídicos da infração penal antecedente com o da lavagem, não deve prosperar a crítica da falta de proporcionalidade, pois “a contravenção penal como os jogos ilícitos pode movimentar dinheiro sujo na mesma proporção que o faz um traficante”.⁵⁰³ Prosseguem os autores demonstrando que o Brasil não é o único país a apenar severamente a Lavagem, exemplificando os casos do Reino Unido e Estados Unidos, cujas penas máximas podem chegar aos 20 anos, e a Itália, que tem pena de 4 a 12 anos.

A ideia da comparação entre as legislações não é de todo agradável, pois cada país tem seu contexto histórico e cultural para reprimir em maior ou menor escala certos tipos de criminalidade. Basta analisar a origem das leis de combate à lavagem para rememorar a experiência dos gangsters americanos e da máfia italiana, demonstrando que esse países tem histórico interno de verdadeiras cruzadas contra esta espécie de criminalidade.

Já em relação à autonomia dos bens jurídicos, como já retratado em tópico anterior, a questão da incerteza acerca do que se pretende tutelar tem diversas implicações, como esta que ora se apresenta. E, por mais que se aceite que são bens diversos entre as infrações antecedentes e a lavagem, não se pode perder de vista que a lavagem é um *post factum*, que, por se entender de gravidade relevante, passou-se

⁵⁰² “Nesse ponto, merece crítica parcial a alteração, posto que inclui as contravenções penais e as infrações de menor potencial ofensivo, cujas penas são menos severas justamente em razão da menor lesividade das condutas assim classificadas pelo legislador. Haverá situações de perplexidade nas quais o autor da contravenção antecedente, como, por exemplo, aquele que promover jogo de azar, estará sujeito a uma pena extremamente mais severa pela lavagem (três a dez anos) do que aquela prevista para o próprio crime que se quer coibir (o jogo de azar, com pena de três meses a um ano e multa, art. 50, LCP). Se a intenção era atingir o jogo do bicho, melhor seria ter transformado esta conduta em crime em vez de sobrecarregar o sistema penal com um sem-número de condutas de pouca gravidade. Afastou-se, assim, o legislador brasileiro do próprio parâmetro sugerido pela Convenção de Palermo, que demanda crimes antecedentes de alguma gravidade, indicando como standard aqueles cuja pena máxima não seja inferior a quatro anos.” ESTELLITA, Heloisa. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na Legislação de Combate à Lavagem: Primeiras Impressões *In*: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais**. Ano 20 - nº 237 - agosto/2012.

⁵⁰³ CALLEGARI, André Luiz. WEBER, Ariel Barazzetti. Ob. cit. p. 84 – 85.

a incriminar. Obviamente que deve haver uma proporcionalidade entre a primeira e segunda conduta.

O legislador, com o advento da Lei 12.683, acaba por contradizer diversos tópicos da Exposição de Motivos 692, alguns já retratados neste trabalho: a perda do rol desafia o conceito de taxatividade, imperiosa descrição pormenorizada das condutas criminosas; rompe a proporcionalidade, trazendo à lavagem crimes patrimoniais cujas penas são convertidas em restritivas de direitos; rompe com ideia de que crimes tributários não aumentam patrimônio e que o pagamento extingue a punibilidade, pois poderá continuar o processo penal pela ocultação posterior.⁵⁰⁴

Mais uma vez, volta-se à ideia de seletividade ao sistema penal: por pressões políticas internas e internacionais, o legislador brasileiro resolve abarcar novos criminosos ao contexto da lavagem, demonstrando uma das formas de vulnerabilidade propostas por Zaffaroni: a “criminalização devido à falta de cobertura”, situações excepcionais em que alguém – como o criminoso da ordem tributária – encontra-se em uma posição que o torna praticamente invulnerável ao sistema penal, mas “levou a pior parte em uma luta de poder hegemônico e sofreu por isso uma ruptura de vulnerabilidade.”⁵⁰⁵

5.4 A ADMINISTRATIVIZAÇÃO DO DIREITO PENAL: VULNERABILIDADE NA CRIMINALIZAÇÃO SECUNDÁRIA

⁵⁰⁴ “A questão relevante aqui é a extensão da extinção da punibilidade dos crimes tributários quando seu produto for ocultado com a finalidade de reinserção posterior na economia com aparência lícita. Ainda que o debate seja apenas inicial, é possível indicar que, nestes casos, a extinção da punibilidade afeta apenas o delito tributário, deixando intacto o crime de lavagem de dinheiro, uma vez que este tem autonomia e, segundo o artigo 2º, parágrafo 1º, da Lei 9.613/98, a extinção da punibilidade do crime antecedente não afeta a do crime de lavagem.” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. ESTELLITA, Heloísa. **Lei de Lavagem dá nova dimensão ao crime tributário**. 26 de Março de 2014. Disponível em <http://www.btadvogados.com.br/pt-br/content/lei-de-lavagem-d%C3%A1-nova-dimens%C3%A3o-ao-crime-tribut%C3%A1rio>.

⁵⁰⁵ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. p. 49.

Zaffaroni já indicava que a obra da criminalização secundária confere maior seletividade ao sistema penal. Isso ocorre por força da impossível tarefa que é dada às agências policiais, judiciais e penitenciárias, de colocar em prática toda a imensa gama de tipos penais previstos em lei. A seletividade é, segundo o criminólogo, estrutural: a tarefa de aplicar a lei penal abre margem à seletividade, uma vez que as agências de controle possuem limitações técnicas, de pessoas, de capacidade produtiva. “Na prática, a polícia exerce o poder seletivo e o juiz pode reduzi-lo, ao passo que o legislador abre um espaço para a seleção que nunca sabe contra quem será individualmente exercida.”⁵⁰⁶

Assim, indica Zaffaroni que o sistema penal atua “em forma de filtro”, selecionando pessoas e comportamentos, e cada uma delas estará, em sua medida, em estado de vulnerabilidade em relação ao sistema penal. O risco criminalizante dependerá do grau de vulnerabilidade ao sistema: aquelas pessoas que já são estereotipadas não precisam fazer muito esforço para se colocar em situação de risco perante o sistema; também aqueles que praticam crimes denominados de “obras toscas”, certamente, serão selecionados; por fim, e somente com o intuito de demonstrar a possibilidade de “mobilidade social vertical”, há a seleção de certas pessoas por “falta de cobertura”, somente para alimentar a ilusão de igualdade de funcionamento da persecução penal para todas as camadas e estamentos sociais.⁵⁰⁷

A Lei de Lavagem surge exatamente neste contexto. A princípio, pelos crimes que estavam descritos no rol de antecedentes (tráfico de drogas, terrorismo, tráfico de armas), certamente a intenção do legislador era alcançar uma certa espécie de criminoso e, inclusive, aplicar-lhe punição quando não fosse possível investigar e provar a criminalidade antecedente. A vulnerabilidade ao sistema se daria pelo estereotipo ou pela obra tosca, as mais usuais espécies de vulnerabilidade.

Porém, o que se assiste nos últimos anos é a cruzada em busca de criminalizar (também) o criminoso de colarinho branco. São diversos casos célebres divulgados pela mídia, com megaoperações realizadas pela polícia federal, com prisões temporárias decretadas, uso de algemas indiscriminadamente, busca e apreensões

⁵⁰⁶ Idem, *ibidem*. p. 50 -51.

⁵⁰⁷ Idem, *ibidem*. p. 49 – 50.

domiciliares, degravações de interceptações telefônicas expostas minuciosamente na mídia em horário nobre, trechos de decisões transcritos por jornalistas, reconstituições. Em suma: há uma supervalorização do fenômeno criminal.

Porém, se é certo que há uma liberdade de imprensa e um interesse público e do público em tomar conhecimento de certos acontecimentos no âmbito da criminalidade, assiste-se hoje a uma transmutação das finalidades da mídia, que busca “substituir aos próprios tribunais, esforçando-se para realizar, por seus próprios recursos, um julgamento virtual do caso concreto, de repercussão infinitamente superior à da própria persecução penal.”⁵⁰⁸

Silva Sánchez explica que a sensação de insegurança face ao fenômeno da criminalidade se deve muito ao proceder dos meios de comunicação. E, em muitos casos, as próprias instituições públicas de repressão da criminalidade fazem absoluta questão de transmitir esta imagem à população, valendo-se da mídia.⁵⁰⁹

Esta exposição midiática de insegurança acaba por legitimar o discurso expansionista do Direito Penal. Hulsmann indica dois fatores de criminalização (dentre outros) diretamente ligados a este tópico: a pressão de certos grupos sociais, em defesa de seus interesses (exemplo, ambientalistas, consumidores), entendendo que o Direito Penal é a melhor forma desses novos bens jurídicos; criminalização como solução aparente trazida pelo legislador, que se sente confortável por ter dado uma resposta à sociedade.⁵¹⁰

Segundo a doutrina, percebe-se que “a produção legislativa penal nas últimas décadas revela a perplexidade do legislador diante das novas situações de risco” e, além disso, as novas leis penais demonstram nitidamente “a tentativa de superar a insegurança pela criação de tipos penais que abarquem os comportamentos

⁵⁰⁸ BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. “Caso Isabella”: violência, mídia e direito penal de emergência. In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 186. Maio de 2008.

⁵⁰⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales.** 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2008.p. 28 -29.

⁵¹⁰ HULSMAN, Louk. Descriminalização, **Revista de Direito Penal** – Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Candido Mendes, em Capítulo Criminológico, nº 9/10, janeiro a junho de 1973. Tradução Yolanda Catão.

intoleráveis ou que pelo menos simbolizem uma resposta aos discursos desesperados por seu controle”.⁵¹¹

Assiste-se, assim, a um fenômeno denominado na doutrina “administrativização do Direito Penal”, que pode ser resumido da seguinte forma: criação de novos tipos penais que alcançam novos âmbitos dos quais tradicionalmente se vinha ocupando o direito administrativo; criação de tipos de perigo abstrato, em que a materialização do resultado torna-se dispensável; modificação das funções tradicionais da pena, que passa a ser tratada como “instrumento de gestão da delinquência como macrorrisco social.”⁵¹²

Sobre o fenômeno da administrativização do Direito Penal, Silva Sánchez afirma que há, em verdade, uma mudança de foco: o Direito Penal relacionava-se *a posteriori* contra um feito lesivo e individualmente delimitado (em relação são sujeitos ativo e passivo) e se converte em um Direito de gestão (punitiva) de riscos gerais e, por este motivo, “administrativizado”.⁵¹³

Assim, assiste-se a uma mudança em relação às técnicas seletivas da persecução penal.⁵¹⁴ Especificamente em relação à Lei de Lavagem, este fenômeno se concretiza em dois momentos, pelo menos, que serão objeto de estudo: na atuação do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras, um órgão encarregado de receber notificações de operações suspeitas de lavagem e encaminhá-las à investigação da Polícia; na oportunidade da privatização da produção da prova, através das novas regras e imposições do *compliance*, trazidas pela Lei 12.683.

⁵¹¹ MENDES, Gilmar. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. PACELLI, Eugênio. (coordenadores). **Direito Penal contemporâneo**. São Paulo : Saraiva, 2011. p. 87.

⁵¹² SANCHEZ, Bernardo Feijoo. **Sobre A “Administrativização” do Direito Penal na “Sociedade Do Risco”**. **Notas Sobre a Política Criminal no Início do Século XXI**. In: Revista Liberdades nº 07 - maio-agosto de 2011. Publicação do Departamento de Internet do IBCCRIM.

⁵¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. Ob. cit. p. 134.

⁵¹⁴ “Este processo de administrativização dos processos de criminalização não somente transforma radicalmente a configuração do direito penal substantivo, mas também as características do direito processual penal. O crescente recurso, na regulação do processo penal a técnicas seletivas de persecução, é um indício de que o direito penal está ocupando-se de mais fatos que os que lhe correspondem, alcançando uma extensão disfuncionalmente desmesurada e, por isso, suas técnicas de tratamento dos conflitos se administrativizam e se privatizam (a saber, perdem suas características penais).” SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Ob. cit.

Acerca dessas mudanças de finalidades na persecução penal, há Sérgio Moro indica claramente uma função de confisco por detrás da Lei de Lavagem, demonstrando que, para prevenir e reprimir o crime, não basta a aplicação de pena privativa de liberdade, mas é válido inculcar a noção de que “o crime não compensa”, com a imposição do confisco de bens oriundos de atividades criminosas.⁵¹⁵

Em sentido muito semelhante, Vladimir Aras indica que há uma mudança na intenção do Ministério Público em aplicar penas de multa e privação de liberdade, demonstrando que “há a necessidade de eliminar as forças econômicas das empresas criminosas, mediante a decretação judicial de perdimento de bens ou a consumação de perdimento administrativo.”⁵¹⁶

Alessandro Baratta já retratava que a função de prevenção geral positiva representaria uma função simbólica do Direito Penal, pois o que se pretende com a lei (penal) é simbolicamente demonstrar os valores assumidos pelo ordenamento com relação à validade das normas – confirmação que só se dá no plano simbólico e não empírico. Assim, a função de prevenção geral positiva é, em verdade, um instrumento de (tentativa) de impor uma moral dominante.⁵¹⁷

Diante das dificuldades de se retratar no texto da lei a complexidade e a dinâmica das relações sociais intensifica-se o “processo de lacunização consciente da norma

⁵¹⁵ “O que é essencial é ter presente que a criminalização da lavagem de dinheiro não se trata apenas de um novo tipo penal. A criminalização da lavagem de dinheiro significa, acima disso, uma nova política de prevenção e repressão da atividade criminal. Tem por base a constatação de que não basta, para prevenir ou reprimir o crime, a imposição de pena privativa de liberdade ao criminoso. O que é essencial é privar o criminoso dos ganhos decorrentes de sua atividade, ou seja, confiscar o produto do crime. É a consagração do velho adágio de que o “crime não deve compensar”. A criminalização da lavagem incrementa as chances de confisco do produto do crime. Se o criminoso utilizar artifícios para ocultá-lo ou dissimulá-lo ficará incurso na pena de novo crime. De forma semelhante, se terceiro participar, conscientemente, de transação envolvendo produto do crime, cometerá o crime de lavagem. O objetivo é isolar o produto do crime, facilitando o confisco.” MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro**. São Paulo : Saraiva, 2010. p. 12.

⁵¹⁶ “O direito penal sempre esteve focado na aplicação de penas privativas de liberdade aos criminosos, entre outras sanções corporais. Atualmente, embora continue sendo objetivo do Ministério Público obter a condenação de delinquentes a penas de prisão e de multa criminal, há a necessidade de eliminar as forças econômicas das empresas criminosas, mediante a decretação judicial de perdimento de bens ou a consumação de perdimento administrativo.” ARAS, Vladimir. **Sistema Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos**. Publicação de 2012. Disponível em: <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigosdocs/Sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-de-ativos.pdf/view>. Acesso em: 05 jan. 2015.

⁵¹⁷ BARATTA, Alessandro. **Funções Instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. In: Revista Brasileira de Ciências Criminas. ano 2, nº 5, janeiro-março de 1994.

penal, com a intenção de ampliar o espaço complementar ou interpretativo dos elementos típicos e garantir a atualidade da regra pela adaptação de seu conteúdo.”⁵¹⁸

Assim, passa-se a tratar da seletividade da Lei de Lavagem e sua função simbólica no tocante à criminalização secundária, especialmente no tocante à persecução penal e produção de provas. Para tanto, será analisada a agência criminalizante criada com a Lei 9.613, que é o supramencionado COAF, discutindo sua verdadeira natureza e função. Em seguida, será realizada uma análise crítica acerca de outro instrumento de investigação que é o (questionado) *compliance*.

5.4.1 A Criação do COAF e a Intenção de Recuperar Ativos Ilícitos

Quando da edição da Lei 9.613, em 1998, além dos tipos penais referentes à lavagem e os instrumentos de processo penal relativos ao seu combate, foi também prevista a criação do COAF – Conselho de Controle de Atividades Financeiras.

Enquanto órgão fiscalizador, vinculado ao Ministério da Fazenda, o COAF é um órgão de Inteligência Financeira que tem por objetivo receber comunicações de movimentações suspeitas no mercado financeiro, e “analisar operações financeiras e comerciais dos mais diversos tipos e estruturas, sendo que o evidenciamento de uma operação de lavagem de dinheiro na maior parte das vezes exigirá o exame de complexas estruturas negociais.”⁵¹⁹

As competências deste órgão estão estabelecidas entre os artigos 14 e 15 da Lei Antilavagem, e podem ser assim resumido: receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas; comunicar às autoridades competentes para a instauração dos procedimentos cabíveis nas situações em que o Conselho concluir pela existência, ou fundados indícios, de crimes de “lavagem”, ocultação de bens, direitos e valores, ou de qualquer outro ilícito; coordenar e propor mecanismos

⁵¹⁸ MENDES, Gilmar. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. PACELLI, Eugênio. (coordenadores). Ob. cit. p. 88.

⁵¹⁹ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM n° 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996.

de cooperação e de troca de informações que viabilizem ações rápidas e eficientes no combate à ocultação ou dissimulação de bens, direitos e valores; disciplinar e aplicar penas administrativas.⁵²⁰

Importante ressaltar que o COAF também foi responsável pela regulamentação da Lei de Lavagem, “criando obrigações para setores que não tinham um órgão próprio de supervisão e regulamentação, como as imobiliárias, os bingos, loterias, etc.” Por determinação do COAF, “esses setores econômicos ficaram obrigados a ter registros dos seus clientes e de suas transações e a comunicar operações e transações suspeitas.” Para se chegar a este entendimento, foram promovidos encontros entre os representantes do COAF e das entidades representativas dos setores, havendo, segundo relatos, uma compreensão dos entes privados da necessidade de colaboração com a persecução do crime de lavagem. “Não houve nenhum setor que se opusesse às novas regras e ninguém procurou o judiciário para evitar o cumprimento dessas obrigações”⁵²¹

Percebe-se, assim, que o COAF exerce o primeiro filtro no processo de criminalização secundária e, por este motivo, o mais importante no sentido da seletividade. Ao receber diversas comunicações identificadas como suspeitas, é o COAF que fará a análise daquilo que deve ser alvo ou não de investigação, sendo remetido às autoridades policiais.

Segundo relatório de atividades e resultados apresentado pelo COAF em 2013⁵²², das comunicações recebidas, foram abertas 26 Investigações Preliminares neste ano, e concluídas mais 27 que estavam em andamento. Os números não seriam

⁵²⁰ Além do texto legal, estas informações estão dispostas na página oficial do COAF na internet sob o sítio eletrônico: <http://www.coaf.fazenda.gov.br/o-conselho/competencias>.

⁵²¹ Pontes, Marcelo Silva (coord). Casos & Casos – I Coletânea de Casos Brasileiros de Lavagem de Dinheiro. Ministério da Fazenda, Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Brasília: COAF, 2011. p. 11.

⁵²² “Na vertente de fiscalização dos segmentos econômicos regulados pelo COAF, foram abertas 26 Averiguações Preliminares (AP) para verificação de conformidade das obrigações de prevenção à lavagem de dinheiro e financiamento do terrorismo. Nesse mesmo período, foram concluídas 27 AP abertas em anos anteriores, das quais nove resultaram em Processo Administrativo Punitivo (PAP). A atuação do órgão resultou na aplicação de multas pecuniárias que totalizaram R\$ 624 mil. Um dos desafios em 2014 será qualificar o cadastro de pessoas obrigadas reguladas pelo COAF, da ordem de 130 mil pessoas físicas e jurídicas, e assim permitir a execução de ações sistêmicas e fiscalizatórias junto a esses segmentos, potencializando o cumprimento de suas obrigações de PLD/FT.” Disponível em:

file:///C:/Users/user/Downloads/Relatorio%20de%20Atividades%202013_semlogo.pdf

espantosos se não houvesse uma comparação com a quantidade de comunicações de operações suspeitas recebidas também no ano de 2013: mais de 200.000, sendo fonte do próprio COAF.

Quadro 1 – Comunicações Recebidas dos Setores Obrigados

	1998-2010	2011	2012	2013	Total
Setores regulamentados pelo COAF					
Bens de Luxo ou de Alto Valor	0	0	0	3.589	3.589
Cartões de Crédito	1.257	558	14.166	26.368	42.349
Factoring e Securitização de Ativos, Títulos ou Recebíveis Mobiliários	70.381	15.026	17.114	32.376	134.897
Jóias, Pedras e Metais Preciosos	74	28	176	321	599
Objetos de Arte e Antiguidades	13	3	19	9	44
Remessa Alternativa de Recursos	5.590	1.069	24.170	61	30.890
Serviços de Assessoria, Consultoria, Auditoria, Aconselhamento ou Assistência	0	0	1	8	9
Setores com órgão regulador próprio					
Compra e Venda de Imóveis (COFECI)	15.789	3.768	5.473	4.442	29.476
Fundos de Pensão (Previc)	33.403	6.076	7.433	7.152	54.064
Instituições Financeiras (BCB) - Operações em Espécie	1.824.578	729.395	811.869	859.984	4.225.836
Instituições Financeiras (BCB) - Operações Suspeitas	134.678	37.237	41.819	53.243	266.978
Loterias e Sorteios (SEAE/MF)	150.322	162.128	195.499	170.789	678.738
Mercado de Valores Mobiliários (CVM)	4.264	1.176	1.139	1.616	8.195
Seguro, Previdência Privada Aberta, Capitalização e Resseguro (SUSEP)	2.075.699	332.606	467.512	125.451	3.001.268
Transporte e Guarda de Valores (DPF)	5	17	1.014	723	1.759
Outros setores previstos na Lei nº 9.613/1998					
Outros setores previstos na Lei nº 9.613/1998	0	0	23	86	109
Total Geral	4.316.053	1.289.087	1.587.427	1.286.233	8.478.800

Fonte: COAF

Há um mecanismo de análise automatizada das comunicações recebidas, em que são detectados sinais de alerta para cálculo do risco da comunicação, através do sistema denominado CGRP. Em seguida, abrem-se pastas virtuais para o SISCOAF e estas sinalizações de risco são analisadas uma a uma, podendo ser aberto o processo de investigação preliminar.⁵²³

Perceba-se, portanto, que há uma zona nebulosa entre todas as situações comunicadas (mais de 200.000) e as efetivamente apuradas como investigações. Os

⁵²³ “Na análise, quando, são detectados sinais de alerta, é calculado o risco inerente à comunicação recebida. Esse cálculo é efetuado de forma automatizada, por um mecanismo denominado Central de Gerenciamento de Riscos e Prioridades (CGRP). De acordo com o risco apurado na CGRP, são abertas pastas virtuais no SISCOAF, chamadas “Caso”, para aprofundamento da análise. Além do cálculo do risco das comunicações, a CGRP efetua o gerenciamento e a hierarquização dos Casos abertos, o que permite a priorização do tratamento daqueles com risco mais alto. Todos os Casos abertos são analisados.” – Relatório de atividades ano 2013. Disponível em file:///C:/Users/user/Downloads/Relatorio%20de%20Atividades%202013_semlogo.pdf.

setores obrigados vão-se desincumbindo da tarefa de comunicar situações suspeitas, ao passo que caberá ao COAF a análise seletiva de tais comunicações.

O sistema do COAF, por mais avançado que seja, e não se duvida de que esta aparelhagem técnica o seja, funciona de maneira similar ao Direito Penal: a quantidade de comunicações torna-se muito superior à capacidade investigativa pormenorizada, assim como a imensa quantidade de tipos penais é superior “à capacidade total do sistema penal considerando seu equipamento em um momento determinado. É lógico que quando o sistema está sobrecarregado, a qualidade do produto fornecido diminui.”⁵²⁴

Assim, conforme já apontava Zaffaroni, esta agência de criminalização secundária será o primeiro ponto da seletividade, pois deverá estabelecer critérios para esta investigação, corroborando o entendimento de que a agência judicial deverá funcionar como uma limitação a esta seletividade, fato este que não ocorre em relação à lavagem, conforme tópico adiante abordado.

Porém, todo o sistema aparentemente funciona de forma adequada, quando se pensa em números de recuperação de ativos ilícitos, que parece ser a função primordial (e não declarada) da Lei de Lavagem, numa nítida demonstração do fenômeno da administrativização do Direito Penal. Assim, aponta-se como situação exitosa “a atuação do COAF, juntamente com o Ministério Público e autoridades policiais, [que] possibilitou, em 2013, o bloqueio judicial de R\$ 927 milhões, relacionados a investigações sobre lavagem de dinheiro.”

Mais uma vez, esta não é e não pode ser a função do sistema penal. O sistema operativo do COAF acaba fazendo uma seleção criminalizante dentro da capacidade e limitação do poder investigativo interno, do poder investigativo da polícia judiciária, do Ministério Público transformando o ato de reconhecer a lavagem de dinheiro em um ato burocrático e isso leva ao esquecimento dos objetivos do sistema penal, “substituindo-os pela reiteração ritual”.⁵²⁵

⁵²⁴ HULSMAN, Louk. Descriminalização. Ob. cit.

⁵²⁵ ZAFFARONI, E. Raul; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. p. 45.

5.4.2 O *Compliance* a e imperiosa participação de particulares no processo de formação da culpa

A dualidade existente entre mercado formal e informal apresenta-se com os seguintes enfoques: a economia formal sofre constantes ameaças por conta do mercado informal e, este último, apresenta-se como uma oportunidade para aqueles que estão excluídos do mercado oficial. A economia informal acaba sendo absorvida pelo mercado formal, e acaba sendo força motriz para o desenvolvimento da economia oficial.⁵²⁶

A regulação legal da Economia encontrou o seu ápice com o esquema do Estado benfeitor, o *welfare state*, adotando o sistema de planificação da Economia e incorporando a ordem jurídica à econômica.⁵²⁷

Já a economia informal surge com o movimento oposto, de descentralização industrial, ocorrido sobretudo na Europa, nos idos de 1970. O modelo fordista de mercado, pautado em grande centralização (monopólios), estabilidade de empregos e valorização da mão-de-obra cede espaço a unidades produtivas menores, com menor número de funcionários e, de conseqüência, menores garantias, por conta do fracionamento do poder de barganha dos sindicatos. A partir daí, diversas práticas ilegais passaram a ser desempenhadas como redução de salários, ausência de políticas de recursos humanos, fraudes quanto aos equipamentos de proteção individual.⁵²⁸

A redução da interferência estatal na ordem econômica se deu de forma significativa, sobretudo por conta das privatizações. Reservou-se ao Estado um papel mínimo, retraído, enquanto as principais atividades empresárias são livremente exercidas por particulares.

⁵²⁶ RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e mercados: ensaios em anticriminologia**. TANGERINO, Davi de Paiva Costa ; BOITEUX, Luciana; PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 69.

⁵²⁷ ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. **El derecho penal en la actividad económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, 2000, p. 53.

⁵²⁸ RUGGIERO, Vincenzo. Ob. cit. p. 70.

Porém, o Estado é quem deve ditar as regras e tomar decisões (políticas) sobre o desenvolvimento do país. Garantindo este posicionamento, o Direito Penal continuou a exercer papel relevante no cumprimento das normas econômicas. E, em que pese a retração o Estado de bem-estar, o ramo penal não sofre qualquer diminuição. Ao contrário.⁵²⁹

É que a economia informal tem, adjacente a si, a economia do crime propriamente dita. Nesta forma de economia, a legalidade e ilegalidade possuem linha tênue de divisão, permitindo aos criminosos adquirirem negócios próprios, por conta da abertura de diversas empresas de pequeno e médio porte e se misturar facilmente aos empresários “limpos.” Em suma, a economia oculta abarca a economia informal e a criminal.⁵³⁰

Paulo Salvador Frontini⁵³¹ indica a camuflagem dos atos ilícitos, através das atividades empresariais, dificultando a persecução criminal por conta da sucessão de atos praticados e pela utilização de funcionários como “intermediários”, tais como prepostos, corretores, atuando estes, na maioria dos casos, com ausência de dolo.

Neste contexto, a incriminação da lavagem de dinheiro assume seu papel: a doutrina indica que permitir a fruição dos ganhos oriundos das atividades ilícitas tem o condão de aumentar as desigualdades sociais, visto que o dinheiro que deixa de ser tributado impede a realização de políticas públicas voltadas à saúde, educação, transporte, emprego, etc., e fomenta a prática de novos crimes (ou os mesmos, para aumentar os ganhos e lucros).⁵³²

Entretanto, o próprio mercado apresenta seus mecanismos de autodefesa, já que empresas e organizações desenvolvem mecanismos externos, extrajurídicos de

⁵²⁹ ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. Ob. cit. p. 53.

⁵³⁰ RUGGIERO, Vincenzo, op. cit., p. 71.

⁵³¹ “Percebe-se, ademais, que os delitos de maior repercussão econômica, nos grandes centros, se sucedem através de uma sucessão encadeada de atos, camuflados como ou em meio a atividades empresariais; e em sua execução interferem inúmeros intermediários, tais como prepostos, corretores, publicitários, agindo geralmente de boa-fé. A má-fé existe apenas naqueles poucos situados à cúpula do negócio, pessoas que pouco aparecem que não se fazem vez, que dão ordens a serem executadas por terceiros. É a realidade dos grandes organismos, das estruturas administrativas requintadas, que se pronunciam através de agentes e prepostos, em tom impessoal, distantes e inacessível.” FRONTINI, Paulo Salvador. Crime Econômico por meio da empresa. Relevância da omissão causal. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 5, 1972, p. 42.

⁵³² MENDRONI, Marcelo Batlouni. Ob. cit. p. 2.

proteção contra negociações fraudulentas. Existe, por exemplo, constantes pedidos de informações e cadastros de devedores/clientes, fazimento de seguros contra não pagamentos, especialização de profissionais para evitar fraudes.⁵³³ As condutas antieconômicas são combatidas e a confiança nos negócios é preservada, sem a tutela jurídica, muito menos a tutela penal.

Porém, como característica do já apontado fenômeno da administrativização do Direito Penal, “os comportamentos passam a ser criminalizados não porque são socialmente inadequados, mas para que passem a sê-lo.” Seriam situações facilmente identificadas pelo próprio mercado dos negócios, questões resolvidas em âmbito administrativo, mas que passaram à tutela penal, por força do expansionismo e da tentativa de colocar o Direito Penal como *prima ratio*. Assim, percebe-se que “em lugar de resposta e retribuição, a ênfase está na prevenção de futuras perturbações de grande magnitude”⁵³⁴.

Reconhecendo a importância e a esfera de combate que pode ser efetivada, antes mesmo de se trabalhar com a tutela penal, as Leis 9.613 e 12.683 criaram e ampliaram, respectivamente, um rol de pessoas físicas e jurídicas que auxiliarão (compulsoriamente, é importante que se diga) o poder público a identificar operações suspeitas de lavagem. Os agentes que possuem esta obrigação estão listados de forma pormenorizada no art. 9º desta lei – constante do Anexo 01: são, a título exemplificativo, empresas que negociem com compra e venda de moeda estrangeira ou ouro como ativo financeiro; bolsa de valores; administradoras de cartões de credenciamento ou cartões de crédito; as pessoas físicas ou jurídicas que comercializem jóias, pedras e metais preciosos, objetos de arte e antiguidades.

Até mesmo os advogados⁵³⁵, contadores e outros profissionais que atuam com dados sigilosos de seus clientes passaram a ter a obrigação de comunicação ao

⁵³³ CORREIA, Carlos. Novas críticas à penalização de actividades económicas. **Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários**. vol. I. problemas gerais. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 366.

⁵³⁴ SANCHEZ, Bernardo Feijoo. Ob. cit.

⁵³⁵ “É inegável que o art. 9.º, parágrafo único, XIV, da nova Lei de “Lavagem” foi influenciado pelo contexto normativo vigente no plano internacional, haja vista a existência, no âmbito da Comunidade Europeia, das Diretivas 91/308/CEE, 2001/97/CE, 2005/60/CE e 2008/20/CE, emitidas pelo Parlamento Europeu e pelo Conselho Europeu, relacionadas à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais e de financiamento do terrorismo.” DE GRANDIS, Rodrigo. Considerações Sobre o Dever Do Advogado de Comunicar Atividade Suspeita

COAF de atividades suspeitas, segundo texto legal. Há, na doutrina, inclusive, imensa indignação a este respeito.⁵³⁶

Este mecanismo de cooperação entre particulares e o poder público ficou conhecido como *compliance*⁵³⁷, palavra que pode ser traduzida como observância, cooperação. Pierpaolo Cruz Bottini salienta que o modelo brasileiro não obriga as pessoas físicas e jurídicas a “instituir mecanismos internos para evitar a prática de lavagem de dinheiro, mas apenas de organizar estruturas capazes de manter registro de informações e de notificação das atividades suspeitas.”⁵³⁸ São, entretanto, diversos modelos implementados na legislação comparada, mas, no Brasil, já se começa a defender a ideia da omissão imprópria, em que os agentes que atuam em setores sensíveis possuem dever legal de vigilância e que, por isso, estariam sim obrigados a evitar o cometimento da lavagem.⁵³⁹

Tal obrigação de registro e cadastramento de clientes, bem como obrigação de comunicação de operações suspeitas de lavagem podem até ser uma maneira efetiva de combate, visto que inibe (ao menos minimamente) a mistura de ativos lícitos e ilícitos no mercado. Como se sabe, entre a prática da atividade ilícita antecedentes e a fruição dos lucros dela oriundos, há a necessidade de que seja

de “Lavagem” de Dinheiro. *In*: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 20 - nº 237 - agosto/2012.**

⁵³⁶ Art. 9º - XIV - as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações: (Incluído pela Lei nº 12.683, de 2012)

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e (Incluída pela Lei nº 12.683, de 2012)

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais;

⁵³⁷ Sobre o tema: SILVA-SÁNCHEZ, Jesus Maria (diretor). FERNÁNDEZ, Raquel Montaner (coord). **Criminalidad de empresa y Compliance. Prevención y Reacciones corporativas.** Barcelona: Atelier Libros Jurídicos, 2013.

⁵³⁸ BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro Aspectos Penais e Processuais Penais.** 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013. p. 151 – 152.

⁵³⁹ ARAS, Valdimir. O garantismo penal integral: enfim uma proposta de revisão do fetiche individualista *In*: **Inovações no direito penal econômico - contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas.** Artur de Brito Gueiros Souza (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público, 2011.

realizada uma série de operações financeiras e comerciais com o fito de dar a esses recursos uma aparência de valores obtidos licitamente. Para tanto, “é inevitável o trânsito desses recursos pelos setores regulares da atividade econômica, seja na fase de encobrimento, seja na fase de aproveitamento, quando eles são transformados em ativos das mais variadas espécies”.⁵⁴⁰

Porém, transferir ao particular esta tarefa de identificação, ao menos preliminarmente, de “operações que, nos termos de instruções emanadas das autoridades competentes, possam constituir-se em sérios indícios dos crimes previstos nesta Lei, ou com eles relacionar-se” (texto legal) é reforçar estereótipos e etiquetamentos.

Isso porque, conforme demonstra Lola Aniyar de Castro, a grande maioria da sociedade vê no delinquente de colarinho branco alguém que goza de respeitabilidade, não se dando conta, muitas vezes, do crime por ele praticado. Por mais que o dano social e econômico causado seja infinitamente superior a furtos e roubos isolados, o criminoso de colarinho branco não é estigmatizado.⁵⁴¹ Assim, a tendência desta obrigação de *compliance* é apenas reafirmar esta estigmatização e contribuir para a cifra negra da criminalidade econômica: só serão efetivamente comunicados os casos de lavagem que envolvam agentes já estereotipados pela sociedade.

Sutherland⁵⁴² já muito já demonstrava esta realidade, sinalizando que até mesmo o legislador penal tem receio de antagonizar aquele considerado como homem de negócio. Legislações que não os satisfaçam podem até mesmo gerar uma quebra de apoio político e redução de contribuições.

⁵⁴⁰ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM nº 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996.

⁵⁴¹

⁵⁴² “Those who are responsible for the system of criminal justice are afraid to antagonize business men; among other consequences, such antagonism may result in a reduction in contributions to the campaign funds needed to win the next election. Probably much more important is the cultural homogeneity of legislators, judges, and administrators with business men. Legislators admire and respect business men and cannot conceive of them as criminals, that is, business men do not conform to the popular stereotype of “the criminal.” The legislators are confident that these business men will conform as a result of very mild pressures”. **Is White Collar Crime Crime?** American Sociological Review, Vol. 10, No. 2, 1944 Annual Meeting Papers (Apr., 1945), pp. 132-139.

É claro que aqui não se pretende defender a tese da cegueira deliberada, em que os agentes que atuam nos setores mais suscetíveis à utilização de ativos ilícitos com o propósito de serem mascarados devam ignorar sinais óbvios e contundentes de tal operação.⁵⁴³ Porém, a ampliação demasiada e as sanções – inclusive pecuniárias – impostas ao setor privado, contribuem para um denunciamento de toda e qualquer operação, visto que se transferiu ao particular a obrigação de ser o primeiríssimo filtro da seletividade no momento da criminalização secundária.

5.5 A PONDERAÇÃO DE VALORES: SEGURANÇA JURÍDICA E LEGALIDADE *VERSUS* PROTEÇÃO À ORDEM ECONÔMICA. SELETIVIDADE NO MOMENTO DO JULGAMENTO.

Questão polêmica é a incriminação da lavagem de capitais face à necessidade imperativa de comprovação que os bens e valores “lavados” são provenientes de alguma infração penal antecedente. Aqui não se discute o momento da denúncia, oportunidade em que são necessários indícios suficientes do cometimento dos crimes antecedentes. É a oportunidade da condenação que se pretende discutir.

Assim, paradoxal é o quanto disposto no Capítulo II, referente às disposições processuais especiais, em que advertências sobre o processamento do crime de lavagem são traçadas, face à existência necessária da infração penal prévia. São elas:

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

[...]

II - independem do processo e julgamento das infrações penais antecedentes, ainda que praticados em outro país, cabendo ao juiz

⁵⁴³ “Por outro lado, se o mesmo diretor desativa o setor de controle interno, e suspende os mecanismos de registro de dados sobre transações de clientes, com a direta intenção de afastar os filtros de cuidado, pode criar uma situação de cegueira deliberada. Mas, para isso, há um segundo requisito: o motivo da criação dos filtros de cegueira deve ser precisamente evitar o conhecimento específico de atos infracionais penais. Se o agente não quer conhecer a procedência dos bens, mas representa como provável sua origem delitiva, e ainda assim realiza a conduta, haverá cegueira deliberada. Por outro lado, se lhe faltar absolutamente a consciência da origem delitiva dos bens, fica “absolutamente excluído o dolo eventual” BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro.** Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>

competente para os crimes previstos nesta Lei a decisão sobre a unidade de processo e julgamento; (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

[...]

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência da infração penal antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor, ou extinta a punibilidade da infração penal antecedente. (Redação dada pela Lei nº 12.683, de 2012)

Este artigo consagra, em definitivo, o princípio da autonomia ou independência do processo penal em relação ao delito antecedente. Significa dizer que o processo pelo crime de lavagem ocorre independente do crime anterior já ter sido julgado ou estar em fase de julgamento. Ao contrário do que se esperava para punir um crime que possui o cometimento de outro como antecedente lógico e necessário, o legislador contentou-se com a existência de indícios para a *persecutio criminis* da lavagem.

Nos Estados Unidos, é comum a utilização da prova indiciária como elemento suficiente para a condenação. O Juiz Federal Sérgio Fernando Moro⁵⁴⁴, fazendo referências a casos extraídos de *US Department of Justice, Criminal Division*, corrobora o quanto explicitado:

Assim, por exemplo, *United States v. Abbel* [...], decidiu-se que a prova de que o cliente do acusado por crime de lavagem era um traficante, cujos negócios legítimos eram financiados por proventos do tráfico, era suficiente para concluir-se que as transações do acusado com seu cliente envolviam bens contaminados.

[...] Também já se entendeu que a falta de prova de renda legítima ou suficiente para justificar transações feitas por criminoso era prova suficiente da origem criminosa dos recursos empregados.

Destarte, como o crime de lavagem é um crime derivado por excelência, o legislador pátrio entendeu ser suficiente para a apuração deste delito, a base probatória mínima e suficiente do crime antecedente: o indício.

A questão que ora se coloca é saber se estes indícios são suficientes para a condenação criminal. Ora, se para a denúncia do crime de lavagem bastam indícios de infração penal antecedente, se a instrução do processo de lavagem é

⁵⁴⁴ *In: Lavagem de Dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. p. 120-121.

independente do processamento desta outra infração, como se poderá ter certeza da ocorrência deste segundo crime?

Raciocine-se: se para se iniciar a ação penal pelo crime de lavagem basta “indícios suficientes” que este delito foi cometido e se, para o cometimento da lavagem são necessários “indícios suficientes” de um crime antecedente, cuja fase de investigações pode nem ter sido iniciada, está-se falando na possibilidade de instauração de uma ação penal baseada em “indícios dos indícios”.

Resta saber qual das agências do sistema punitivo irá falhar no reconhecimento desses indícios. Isso porque, conforme explica Zaffaroni, a principal agência de criminalização secundária é a polícia (e, especificamente em relação à lavagem, inclui-se o particular responsável por algumas comunicações e o COAF, responsável pelas investigações preliminares).⁵⁴⁵ Caberia ao juiz reduzir o poder seletivo das agências criminalizantes apontadas, mas, pela forma como construída a lei, a ideia do punitivismo será exercido também pela agência judicial, e de forma legalizada.

Hulsmann já indicava que “a imagem que o legislador e o juiz possuem sobre o sistema penal e de suas consequências sociais, está principalmente baseada em suposições implícitas na própria doutrina penal e não leva suficientemente em consideração as diferenças entre estas suposições e a realidade social”. Assim, ao tipificar uma conduta ou ao condenar um sujeito, nem legislador nem o juiz levam em conta os “custos e benefícios” de se estar utilizando o Direito Penal para alcançar certas finalidades.⁵⁴⁶

A gravidade e absurdez desta autorização de condenação indiciária parece óbvia. Se já se mostra inconsequente a instauração de uma ação penal com base somente em “indícios” do delito prévio, quiçá uma condenação. É que, o processo penal, por si só, já é estigmatizante e traz uma pecha para aquele que o defronta.

Exatamente por suas peculiaridades, a questão das condições da ação no que se refere ao processo penal precisa ter uma nova leitura. A simples cópia ou reprodução do quanto disposto no processo civil não se coaduna com o Direito

⁵⁴⁵ ZAFFARONI, Eugênio. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. p. 51.

⁵⁴⁶ HULSMAN, Louk. Descriminalização, **Revista de Direito Penal** – Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Candido Mendes, em Capítulo Criminológico, nº 9/10, janeiro a junho de 1973. Tradução Yolanda Catão

Penal e Processual Penal Garantista⁵⁴⁷. Além das condições da ação ordinariamente conhecidas e “adaptadas” ao sistema processual penal (legitimidade, enquanto pertinência subjetiva; interesse de agir, enquanto necessidade e utilidade; e possibilidade jurídica do pedido) é preciso que se fale na justa causa para a ação penal.

Ainda: mesmo que se admita que os “indícios suficientes da existência do crime antecedente” sejam suficientes para a instauração de uma ação penal em desfavor de alguém, não se pode defender o quanto previsto no *caput* do supracitado art. 2º. Este dispositivo versa que o julgamento poderá ser realizado somente com base nestes indícios, visto não se fazer necessária a *persecutio criminis* do delito prévio.

Crê-se que tal posicionamento, com relação ao delito de lavagem, é uma verdadeira quimera! Pode-se chegar a situações completamente absurdas e descompassadas: condenação pelo delito de lavagem e absolvição pelo delito antecedente, por exemplo, no caso de uma excludente de ilicitude; condenação pelo delito de lavagem e prova que o produto ilícito é fruto de outro crime não previsto no rol taxativo de delitos antecedentes; condenação pelo delito de lavagem e prova que a origem do bem não era criminosa.

Callegari⁵⁴⁸ há muito já advertia que “[...] para que se possa condenar o sujeito pelo delito de lavagem, ao menos é necessário que haja uma prova convincente do delito prévio. Indícios do crime antecedentes não são suficientes para a condenação pelo delito de lavagem.”

Em suma, num processo penal onde vigora a presunção de não culpabilidade, indícios não podem ser elevados à categoria de prova, mesmo que, erroneamente, o critério topográfico do Código de Processo Penal assim os tenha disposto. Pensar que alguém poderia ser condenado só com base em indícios significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na Constituição.

⁵⁴⁷ Vale lembrar o comentário de Luiz Flávio Gomes (**Lavagem de Capitais**, São Paulo: RT, 1998) sobre a nova “tendência” do Direito: “O Direito, agora concebido como sistema de garantias, não é só condicionante (rege a sociedade) senão também condicionado, é dizer, seu conteúdo, sua substância, não pode extrapolar os limites da Constituição, especialmente os dados pelo seu núcleo material”.

⁵⁴⁸ CALLEGARI, André Luís. Ob. cit. p. 95.

É preciso mais do que é isso. É preciso prova. E como se falar em prova, se o delito antecedente não precisa estar transitado em julgado? Mais uma das mazelas de uma incriminação feita para não funcionar, feita para selecionar aqueles que, segundo Zaffaroni, encontram-se de alguma forma vulneráveis a este sistema punitivo. Há de se perguntar, mais uma vez e à exaustão, a que se presta o Direito Penal nesta tutela?

5.6 A FUNÇÃO DO SISTEMA PENAL NO COMBATE À LAVAGEM: REPRODUÇÃO DA SELETIVIDADE

O fenômeno da seletividade foi exaustivamente explorado no presente trabalho. Tratou-se do momento da seletividade na criminalização primária, em que o legislador – ainda que de forma ampla, geral e abstrata – descreve condutas sabendo, em certa medida, quais os agentes serão e as vítimas atingidas. Tratou-se, inclusive, da questão da coculpabilidade às avessas, oportunidade em que o legislador, deliberadamente, privilegia certas pessoas com a criação da lei, ao passo que, também pode tipificar comportamentos completamente seletivos, como eram os casos da mendicância e vadiagem.

Demonstrou-se a seleção operada também pelas agências de criminalização secundária, ainda mais forte e gritante do que aquela operada pelo legislador, uma vez que a linha de frente (a polícia, e, na lavagem, o COAF) levam ao Judiciário apenas uma pequeníssima parcela da criminalidade real, gerando, inclusive as denominadas cifras ocultas do sistema.

Assim, pelo que se pode perceber do sistema punitivo, o Direito Penal cumpre muitas funções periféricas e simbólicas, deixando de lado, muitas vezes, a missão de proteção efetiva ao bem jurídico, operando de forma seletiva, dada a sua incapacidade de perseguir, punir e executar toda a tarefa que lhe é posta pelo legislador, cada vez mais expansionista.

Especialmente em relação ao criminoso denominado de colarinho branco, relacionado à criminalidade econômica, sobretudo à criminalidade voltada à lavagem de dinheiro há uma neosseletividade no sistema.

O desvelar da face oculta da criminalidade pela Criminologia da Reação Social esclareceu ao grande público que o discurso de igualdade era desigual em sua incidência, deixando para trás um verdadeiro déficit funcional. Este descobrimento do criminoso de colarinho branco acabou gerando o que se denomina “inversão da seletividade”: “o efeito desse processo foi ‘demonizar’ os responsáveis por delitos vinculados ao poder”, como os crimes econômicos, contra o sistema financeiro, previdência social.⁵⁴⁹

Zaffaroni⁵⁵⁰ também apontou a ocorrência deste fenômeno quando descreveu que uma das formas de vulnerabilidade está na ausência de cobertura política, na criminalização de pessoas que, aparentemente passariam imunes ao sistema punitivo, mas que são criminalizadas, até mesmo com veemência, com o firme propósito de demonstrar a suposta e imaginária igualdade do sistema.

Em nome desta necessidade de “encobrir ideologicamente a seletividade do sistema”⁵⁵¹, a Lei de Lavagem de dinheiro passa por todos os processos de seletividade (ou neosseletividade) do sistema punitivo: na oportunidade do “surgimento” de um novo bem jurídico a ser tutelado, foi a experiência norteamericana com o tráfico de drogas que impulsionou os demais países a adoção desta nova forma de criminalidade. Cria-se a Lei 9.613, em 1998, sem que uma premissa básica do sistema penal fosse estabelecida: não se identificou o bem jurídico que se pretendia tutelar. Os imperiosos ditames de limitar e justificar a tutela penal restaram desatendidos.

Assim, perpetuando a ideia que apenas determinadas espécies de pessoas seriam descobertos e incriminados pela lavagem de dinheiro, o legislador brasileiro adota um rol de crimes antecedentes, aparentemente taxativo, com uma fresta para a

⁵⁴⁹ CARVALHO, Amílton Bueno de. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008. p. 84.

⁵⁵⁰ ZAFFARONI, Eugênio. BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. Ob. cit. p. 50.

⁵⁵¹ Idem, ibidem. p. 50.

criminalidade organizada. Em 2012, abre-se, repentinamente este rol e, mais uma vez, erra o legislador, pois cria situações desproporcionais entre as infrações antecedentes e a lavagem. Todo o quanto delimitado na Exposição de Motivos desmorona, como a noção de taxatividade e descrição pormenorizada das condutas criminosas. Há uma seletividade no momento da tipificação.

Em relação aos agentes da criminalização secundária, percebeu-se que há mais uma faceta da seletividade do sistema penal, quando deixa a um órgão eminentemente administrativo – o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) a tarefa de iniciar as investigações preliminares, segundo seus próprios métodos (eletrônicos, inclusive) de identificação de risco em operações comunicadas. E, sobretudo, quando impõe ao particular a obrigação de cooperação e comunicação de atividades suspeitas, deixando em ebulição o etiquetamento de determinadas pessoas e atividades, bem como, corroborando com a ideia de estereotipo do criminoso.

Por fim, e talvez o mais gravoso dos pontos abordados, é a seletividade que pode ocorrer por oportunidade da sentença penal condenatória. Isso porque, o legislador criou dispositivo que torna dispensável o processamento e julgamento da infração penal antecedente para processamento e julgamento da lavagem, criando uma possibilidade de o membro do Ministério Público atuar somente com base em indícios, na oportunidade da denúncia, e o magistrado, baseado nesta prova indiciária inicial, formar sua convicção acerca da existência da ocultação.

Em resumo⁵⁵², pode-se afirmar que a Lei de Lavagem representa a neosseletividade do sistema penal, aplicável a uma parcela da população que precisa ser criminalizada para demonstração da igualdade de tratamento do sistema penal. Utiliza-se o Direito Penal apenas de modo simbólico, não para cumprir as

⁵⁵² Indica João Carlos Castellar: “esta lei, editada sob os auspícios de uma política criminal emergencial, prega o direito penal simbólico e descrê da prevenção especial; mitiga garantias individuais em prol de um interesse público que não se pode identificar com clareza; é, enfim, produto de exigências estrangeiras, mais especificamente norte-americanas, cujo precípua e inegável intento sempre foi o de buscar o confisco do dinheiro oriundo do tráfico de drogas, mas não por ser “sujo” ou por ser “negro” – afinal pecúnia *non olet* – e sim por não ter sofrido qualquer modo de controle.” (Lavagem de dinheiro, a questão do bem jurídico, p. 133.)

funções de prevenção, mas para dar azo à cruzada contra a criminalidade econômica, grande vilã dos últimos tempos no pensamento da sociedade.

6. CONCLUSÕES

Diante de todas as explanações apontadas nos Capítulos precedentes, é possível chegar às seguintes conclusões acerca do sistema punitivo penal, sobretudo quando se trata da punição de crimes de colarinho branco, com especial atenção à Lavagem de Dinheiro:

1. Primeiramente, apontou-se a constante confusão terminológica que existe entre a noção de Direito Penal, poder punitivo, política criminal e Criminologia;
2. Apontou-se que esta confusão terminológica se deve, substancialmente, ao Direito Penal ser usado apenas com função punitiva, confundindo-se, destarte, o *jus puniendi* do Estado com as próprias missões e funções do Direito Penal;
3. Além disso, demonstrou-se como a Criminologia é um ramo olvidado no sistema penal, quando, na verdade, é aquele que traz, sob a forma científica, dados empíricos de funcionamento do sistema. Com base nela é que deveriam ser tomadas as diretrizes criminais;
4. A Criminologia, assim, é o principal norte quando da adoção de diretrizes político-sociais-penais, o que se denomina política criminal, tão sujeitada a um expansionismo desmedido, com acréscimo no número de tipos penais e aumento de penas, demonstrando único propósito do sistema repressor: punir;
5. Cotejou-se, então, este exercício punitivo com as possíveis missões que deveriam ser cumpridas pelo sistema penal, sobretudo trazendo à baila o antagonismo das doutrinas funcionalistas propostas por Claus Roxin, para quem a missão do Direito Penal é a proteção subsidiária de bens jurídicos, e Günther Jakobs, que propõe um funcionalismo sistêmico, que delimita como função do Direito Penal a contradição do projeto do infrator da norma penal, neutralizando seus efeitos e reavivando os anseios sociais e a conformação ao ordenamento;

6. Como analisar o Direito Penal é, sobretudo, analisar a função da pena privativa de liberdade, passou-se ao estudo (sob uma perspectiva fundamentadora) das funções da pena, analisando desde as ideias retributivas às ideias preventivas;
7. A noção de função da pena é de grande valia quando do estudo da criminalidade econômica, uma vez que quase todas as funções que são abstratamente propostas se mostram completamente inúteis quando contempladas à luz dessa espécie de criminalidade;
8. Assim, e com o objetivo de apontar que pode haver uma função negativa da pena, sobretudo com a dessocialização proveniente do encarceramento, tratou-se de forma breve da teoria agnóstica, sedimentada com o pensamento do criminólogo Eugênio Raúl Zaffaroni;
9. Como se teceu duras críticas às funções declaradas do sistema penal, era imperioso destacar as possíveis funções escusas desempenhadas, tais como a função ético-social; função simbólica; função de psicologia social;
10. Destarte, uma vez que foram identificadas (dis)funções no sistema punitivo, pode-se chegar à conclusão que há uma seletividade deste sistema, que se opera na oportunidade da criminalização primária (momento legislativo, de criação nas normas penais) e na oportunidade da criminalização secundária (oportunidade da aplicação da lei);
11. Em relação à criminalização primária, como não há um critério pré-estabelecido de formas para tipificação de condutas, a atuação do legislador é vista como uma atividade racional, mesmo quando os motivos para a tipificação não ficam bem delineados;
12. Já em relação à criminalização secundária, como a quantidade de tipos penais trazidas para o sistema é enorme, haverá sempre um déficit que as agências operativas tentarão suprir. Como a linha de frente é exercida, basicamente pela polícia – e, conforme dito mais adiante, pelo COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) em relação à lavagem, este será o ponto nevrálgico da seletividade;

13. Isto porque, a quantidade de crimes que ocorre nunca será igual à quantidade que efetivamente passa a ser investigada pela polícia; o sistema atuará em forma de filtros, sendo o primeiro deles a atuação da agência policial, no que se denomina seleção policizante;

14. Além disso, apenas alguns casos selecionados pela polícia serão solucionados e levados ao Judiciário, que, por sua vez, realizará apenas algumas condenações. Desta forma, o filtro da seletividade vai-se operando;

15. A partir dessa compreensão, é possível perceber que há certos gestores da moral, que serão responsáveis por influenciar tanto o poder do legislador, na seleção de condutas que devem ser tipificada, quanto influenciarão o processo de aplicação da lei penal;

16. Sabendo destas informações, é possível concluir que esta tarefa de aplicar a lei penal, aliada à noção dos filtros seletivos do sistema, gera uma imensa gama de cifras ocultas da criminalidade: o número de crimes que ocorre na prática não corresponde aos dados oficiais em seu combate;

17. Em relação à criminalidade de colarinho branco, tem-se a denominada cifra dourada, que é ainda maior do que cifra oculta da criminalidade comum, uma vez que os crimes dos poderosos fogem aos estereótipos de combate das agências punitivas;

18. Entretanto, mesmo que em menor escala, percebe-se que até mesmo para os criminosos de colarinho branco há uma seletividade no sistema repressor. Questiona-se, neste ponto, o motivo de apenas uma parcela daqueles envolvidos na criminalidade econômica ser selecionada pelo Direito Penal;

19. É assim que se inaugura o Capítulo Três, que faz uma abordagem criminológica acerca da figura do agente tido como criminoso, demonstrando uma breve evolução de correntes, trazendo os pensamentos mais relacionados aos fatores da anormalidade do delinquente e dos problemas ligados à miséria social como pontos de partida;

20. A partir, entretanto, das ideias desenvolvidas por Edwin Sutherland, que buscou demonstrar que não há anormalidade na delinquência, passou-se a perceber o homem de negócios também como agente de crimes, desenvolvendo-se a dicotomia entre os crimes de colarinho azul (furtos, roubos, estupros dos grandes centros urbanos) e os crimes de colarinho branco (desempenhados por pessoas de alto *status* social, em regra, no exercício de atividades empresariais);

21. Para que se desenvolva este raciocínio acerca da nova espécie de criminalidade, entretanto, foi necessário tratar da teoria criminológica desenvolvida por Sutherland da associação diferencial;

22. Para este sociólogo, o conceito de crime não estava atrelado àquilo que está descrito necessariamente em lei, sendo qualquer ato danoso à sociedade considerado como tal;

23. Algumas outras correntes criminológicas que tentaram explicar o conceito de crime e de criminoso foram também abordadas, a fim de demonstrar que esta sempre foi uma grande inquietação conceitual;

24. A noção de criminoso, entretanto, muda de forma vertiginosa a partir da Criminologia da Reação Social, que propõe uma quebra dos paradigmas anteriores: crime e criminoso são conceitos construídos na sociedade, dependendo da reação que se tem a determinado comportamento;

25. Assim, não se questiona mais o porquê são cometidos os crimes. O enfoque passa a ser o questionamento acerca dos motivos de algumas pessoas serem tratadas como criminosas, e qual a legitimidade desta definição. É o que se denomina etiquetamento, ou, em inglês, teoria do *labelling approach*.

26. Esta noção é extremamente necessária às conclusões posteriores. Todo o sistema penal é pautado nesta noção de rotulação, de estereotipo, inclusive no tocante a criminalidade econômica, que passa a ser estudada no Capítulo seguinte;

27. Desta forma, inaugura-se o Capítulo quatro com o propósito de perquirir o motivo de a criminalidade econômica ter adentrado à legislação penal e qual a implicação criminológica na definição desta espécie de delito;

28. Inicialmente, entretanto, demonstra-se como o Direito Econômico passou a permear o texto constitucional e as motivações políticas e econômicas desta inclusão;

29. A partir da constitucionalização deste âmbito econômico, entendeu-se pela existência de um novo bem jurídico a ser tutelado pelo Direito Penal: a ordem econômica;

30. Porém, como não se trata de um bem jurídico com as características intrínsecas ao Direito Penal, o primeiro questionamento que se passou a ter foi a extensão desta expressão, havendo doutrinadores a defender um conceito amplo, incluindo, entre os objetos de tutela, inclusive o meio ambiente;

31. Optou-se, entretanto, pela adoção do conceito estrito da expressão. Mesmo assim, para fundamentar e legitimar a tutela penal, houve a necessidade de se fincar marcos acerca dos bens jurídicos envolvidos nesta nova forma de criminalidade;

32. Percebeu-se que, ao adentrar a uma tutela que genuinamente não lhe pertence, o Direito Penal passou a usar técnicas diferenciadas na persecução penal, quebrando certas garantias em nome da repressão;

33. Observou-se que foram criados microssistemas, trazendo, cada legislação especial, seus conjuntos de regramentos próprios, que não condizem com a Parte Geral do Código; adotou-se os tipos penais de perigo; a legislação penal em branco, sempre carente de complementação por outras normas, tudo em nome do expansionismo do poder de punir;

34. A Lei de Lavagem de Dinheiro, então, surge exatamente neste contexto expansionista do Direito Penal e, no último Capítulo, fez-se uma análise crítica desta forma de criminalização, aliando aspectos criminológicos aos preceitos dogmáticos;

35. O fenômeno da seletividade foi exaustivamente explorado neste Capítulo, em seus mais diversos âmbitos. Demonstrou-se sua faceta em sede de criminalização primária e secundária, apontando que o criminoso ligado à lavagem se encontra exatamente em uma das posições de vulnerabilidade ao sistema, proposta por Zaffaroni, a falta de cobertura política.

36. Assim, tratou-se do momento da seletividade na criminalização primária, analisando o processo de reconhecimento de um novo bem jurídico a ser tutelado: o Brasil se rendeu à experiência e preocupação americana com os gangsteres e o tráfico de drogas, assinando Convenção Internacional e se obrigando a tipificar a conduta de lavagem.

37. Ainda na criminalização primária, percebeu-se certa seletividade do sistema repressor ao fixar, inicialmente, um rol de crimes antecedentes, deixando de incluir, entre eles, os crimes contra ordem tributária, por um lado, e deixando ao julgador a margem para incluir, dentre os atos de lavagem, todo e qualquer crime praticado por organizações criminosas;

38. Em 2012, abre-se, repentinamente este rol e, mais uma vez, erra o legislador, pois cria situações desproporcionais entre as infrações antecedentes e a lavagem. Todo o quanto delimitado na Exposição de Motivos desmorona, como a noção de taxatividade e descrição pormenorizada das condutas criminosas. Há nítida seletividade no momento da tipificação.

39. Em seguida, demonstrou-se a seleção operada também pelas agências de criminalização secundária, ainda mais forte e gritante do que aquela operada pelo legislador, uma vez que a linha de frente, no caso da lavagem, o COAF e aos entes privados que fazem as comunicações de operações suspeitas, levam ao Judiciário apenas uma pequeníssima parcela da criminalidade real, gerando, inclusive as já mencionadas cifras ocultas do sistema.

40. Por fim, demonstrou-se a possibilidade de a seletividade se operar na oportunidade da sentença. Já que é permitida a denúncia por lavagem apenas com indícios de uma infração penal antecedente, e a persecução pela lavagem independe do processamento e julgamento da infração anterior, abre-se a possibilidade de o juiz, corroborando a saga punitiva, condenar sem a certeza da primeira infração, dada a independência forçada e forçosa criada pela Lei de Lavagem entre a infração antecedente e os atos de ocultação;

41. Assim, pelo que se pode perceber do sistema punitivo – e, não só em relação à criminalidade econômica, o Direito Penal cumpre muitas funções periféricas e

simbólicas, deixando de lado, muitas vezes, a missão de proteção efetiva ao bem jurídico, operando de forma seletiva, dada a sua incapacidade de perseguir, punir e executar toda a tarefa que lhe é posta pelo legislador, cada vez mais expansionista;

42. Atualmente, há uma demonização da criminalidade econômica, com uma nítida função de caça às bruxas operando o sistema repressivo penal;

43. Esta demonização atual que é feita com o criminoso relacionado ao colarinho branco é apenas mais uma forma de vulnerabilidade, pela ausência de cobertura política nestas espécies de crimes, uma vez que, sua persecução e punição ajudará a manter a ideologia falaciosa de que o sistema penal, embora defeituoso, é aplicável de forma igualitária a todas as camadas da sociedade.

ABRÃO, Guilherme Rodrigues. **O acordo de leniência no Direito Penal**. Disponível em http://ibccrim.org.br/site/artigos/_imprime.php?jur_id=9724#_ftnref5

AGUIAR, Roberto A.R. de. **Direito, Poder e Opressão**. 3ª edição. rev e atual. São Paulo: Editora Alfa-Omega, 1990.

ALMEIDA COSTA, Mário Júlio. **História do Direito Português**. 6ª ed. Lisboa: Almedina, 1996.

AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2007.

ANIYAR DE CASTRO, Lola. A Evolução da e Avaliação de Teoria Criminológica Seu Estado Atual. tradução Eliane Junqueira. *In: Revista de direito penal e criminologia*. vol. 1 nº 1. Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1971.

_____. Sistema penal e sistema social: a criminalização e a descriminalização como funções de um mesmo processo, *In: Revista de direito penal e criminologia*. vol. 1 nº 1. Rio de Janeiro: Forense: Instituto de Ciências Penais do Rio de Janeiro, 1971

_____. **Criminologia da Reação Social**. Tradução e Acréscimos de Ester Kosovski Rio de Janeiro: Forense, 1983.

ANSELMO, Márcio Adriano. **Lavagem de dinheiro e cooperação jurídica internacional: de acordo com a Lei nº 12.683/2012**. São Paulo: Saraiva, 2013.

ARAS, Valdimir. O garantismo penal integral: enfim uma proposta de revisão do fetiche individualista *In: Inovações no direito penal econômico - contribuições criminológicas, político-criminais e dogmáticas*. Artur de Brito Gueiros Souza (org.). Brasília: Escola Superior do Ministério Público, 2011.

_____. **Sistema Nacional de Combate à Lavagem de Dinheiro e de Recuperação de Ativos**. Publicação de 2012. Disponível em: <http://gtld.pgr.mpf.gov.br/artigos/artigosdocs/Sistema-nacional-de-combate-a-lavagem-de-dinheiro-e-de-recuperacao-deativos.pdf/view>.

ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais.

ARENDT, Hannah. **Origens do totalitarismo**. São Paulo: Companhia da Letras, 1989.

BACIGALUPO, Enrique. **Manual De Derecho Penal**. Parte general. Exposición referida a los derechos vigentes en Argentina, Colombia, España, México y Venezuela. 3ª reimpressão. Santa Fé de Bogotá- Colômbia: editorial Temis S.A., 1996.

_____. (org.) **Derecho Penal Económico**, 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

_____. **Principios constitucionales penales de derecho penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.

BADARÓ, Gustavo Henrique. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Lavagem de Dinheiro Aspectos Penais e Processuais Penais**. 2ª ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

BALESTRA, Carlos Fontán. **Tratado de Derecho Penal**. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, t. III.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. *In* **Lavagem de Dinheiro: comentários à lei pelos juízes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp**. (org. José Paulo Baltazar Júnior e Sérgio Fernandes Moro). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARATTA, Alessandro. **Funções Instrumentais e simbólicas do Direito Penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico**. *In*: Revista Brasileira de Ciências Criminais. ano 2, nº 5, janeiro-março de 1994.

_____. **Criminologia crítica e crítica do direito penal: introdução à sociologia do direito penal**. Tradução Juarez Cirino dos Santos. 2ª ed. Rio de Janeiro: Freitas Bastos: Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BARROS, Flaviane de Magalhães. **A Participação da Vítima no Processo Penal**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BARROS, Marco Antônio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.

BAUMAN, Zygmund. **Medo Líquido**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed., 2008.

_____. **O Mal-Estar da Pós-Modernidade**. Tradução: Mauro Gama; Claudia Martinelli Gama. Revisão técnica: Luís Carlos Fridman. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Editor.

BECCARIA, Cesare. **Dos Delitos e das Penas**. tradução Flório de Angelis. Bauru-SP: Edipro, 1992.

BECHARA, Ana Elisa Liberatore S. **"Caso Isabella": violência, mídia e direito penal de emergência**. *In*: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais nº 186. Maio de 2008.

BERGALLI, Roberto. BUSTOS RAMÍREZ, Juan. MIRALLES, Teresa. **El Pensamiento Crimonológico**. Temis: Bogotá, 1983.

BERISTAIN, Antonio. **A Nova Criminologia à luz do Direito Penal e da Vitimologia**. tradução Cândido Furtado Maia Neto. São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2000.

BETTI, Francisco de Assis. **Aspectos dos Crimes Contra o Sistema Financeiro no Brasil: leis 7.492/86 e 9.613/98**. Belo Horizonte. Livraria Del Rey, 2000.

BITTERNCOURT, César Roberto. **Falência da Pena de Prisão. Causas e Alternativas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.

_____. **Tratado de Direito Penal**. vol. 01 – Parte Geral. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, 2012.

BLANCO CORDERO, Isidoro. **El delito de Blanqueo de Capitales**. Pamplona-Espanha: Aranzadi Editorial, 1997.

BOBBIO, Norberto. **Da Estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito**. trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007.

BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Malheiros, 2005.

BOTTINI, Pierpaolo Cruz. **Crimes de Perigo Abstrato e princípio da precaução na sociedade de risco**. São Paulo Ed. Revista dos Tribunais, 2007.

_____. **A tal cegueira deliberada na lavagem de dinheiro**. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-set-04/direito-defesa-tal-cegueira-deliberada-lavagem-dinheiro>.

_____. **Lavagem de dinheiro é crime permanente ou instantâneo?** Publicado em 23 de outubro de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-out-23/direito-defesa-lavagem-dinheiro-crime-permanente-ou-instantaneo>.

_____. ESTELLITA, Heloísa. **Lei de Lavagem dá nova dimensão ao crime tributário**. 26 de Março de 2014. Disponível em <http://www.btadvogados.com.br/pt-br/content/lei-de-lavagem-d%C3%A1-nova-dimens%C3%A3o-ao-crime-tribut%C3%A1rio>.

BUENO, Paulo Eduardo. Crimes Empresariais. **Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal**, v. III, p. 31-38, 2002.

BUSTOS RAMIREZ, Juan; LARRAURI PIJOAN, Helena. **Victimología: Presente y Futuro de La Victimología**. Barcelona: PPU, 1993.

CALLEGARI, André Luis. **Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: Aspectos Criminológicos**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

_____. WEBER, Ariel Barazzetti. **Lavagem de Dinheiro**. São Paulo: Editora Atlas, 2014.

CÂMARA. Guilherme Costa. **Programa de política criminal orientado para a vítima do crime**. São Paulo: Ed. Revista dos Tribunais, 2008.

CARVALHO, Amilton Bueno de. **Magistratura e Direito Alternativo**. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001..

_____. CARVALHO, Salo de. **Aplicação da Pena e Garantismo**. 4ª edição. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2008.

CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.) **Justa Causa Penal Constitucional**. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. p. 32

CARVALHO, MÁRCIA DOMETILA LIMA DE. **Fundamentação constitucional do direito penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 72.

CASTELLAR, João Carlos. **Lavagem de Dinheiro: a questão do bem jurídico**. Rio de Janeiro: Renavam, 2004.

_____. **Insider trading e os novos crimes corporativos**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

CEREZO MIR, José. **Curso de Derecho Penal: Parte General**. Motevideo -Buenos Aires: editorial IBdeF, 2008.

CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. **Lei de Lavagem de Capitais**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

_____. CESANO, José Daniel; TERRADILLOS BASOCO, Juan Maria. **El delito de blanqueo de capitales de origen delictivo: cuestiones dogmáticas y político-criminales**. Cuestiones dogmáticas y político-criminales. Un enfoque comparado: Argentina – Uruguay. Espanha. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2008.

_____. **La criminalidad del tercer milenio**. Escrito em 21.09.2001. Disponível em http://www.ibccrim.org.br/artigo/446-Artigo-La-criminalidad-del-tercer-milenio#_ftn26, acesso em 18 de janeiro de 2015.

CHOURK, Fauzi Hassan. **Processo Penal de Emergência**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 5.

CIRINO DOS SANTOS. Juarez . **Direito Penal**: parte geral. 2. ed. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. **A criminologia radical**. 3. ed. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

COELHO, Yuri Carneiro. **Introdução Ao Direito Penal**. Salvador: Jus Podivm, 2009.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos**. VII edição. 3ª tiragem. São Paulo: Saraiva, 2010. p. 146.

COMPARATO, Fábio Konder. **A Evolução Histórica dos Direitos Humanos**. São Paulo: Editora Saraiva, 4a. edição, 2005.

CONDE, Francisco Muñoz. HASSEMER, Winfried. **Introducción a Criminología y al Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanc, 1989.

CORREIA, Eduardo. Evolução Histórica das Penas, *in* **Boletim da Faculdade de Direito – Universidade de Coimbra**. Comissão redatora: Teixeira Ribeiro, Almedino da Costa, Ehrhardt Soares, Castanheira Neves. vol LIII, 1977.

COSSIO, Carlos. **El derecho en el derecho judicial**. Buenos Aires: Libreria “El Foro”, 2002.

CUNHA JÚNIOR. Dirley da. **Curso de Direito Constitucional**. Salvador: Juspodivm, 2008.

DARMON, Pierre. **Médicos e assassinos na Belle Époque**. Trad. Regina Grisse de Agonstino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.

EDELHERTZ, Hebert. **The Nature, Impact and Prosecution of White-Collar Crime**, maio de 1970, p. 3. disponível em <https://www.ncjrs.gov/App/publications/abstract.aspx?ID=4415>.

ESTELLITA, Heloisa. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. Alterações na Legislação de Combate à Lavagem: Primeiras Impressões *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 20 - nº 237 - agosto/2012.

ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. **El derecho penal en la actividad económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma. 2000.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco: por uma relegitimação da atuação do ministério público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. 1. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, Newton. FERNANDES, Valter. **Criminologia Integrada**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1995.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal**. Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Estevam Xavier Tavares, Luiz Flávio Gomes (trad.). 2ª ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002.

FERRI, Enrico. **Princípios de Direito Criminal. O criminoso e o Crime**. tradução Luiz de Lemos D'Oliveira. 3ª edição. Campinas-SP: Russell editores, 2009.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. **Questões fundamentais do direito penal revisitadas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____; COSTA ANDRADE, Manuel da. Problemática Geral das Infracções contra a Economia Nacional. In: PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2000.

_____. ANDRADE, Manoel da Costa. **Criminologia. O homem delinquente e a sociedade criminógena**. 1ª edição, 3ª reimpressão. Coimbra: Coimbra Editora, 2011.

FOUCAULT, Michel. **Vigiar e Punir: nascimento da prisão**. Trad. Raquel Ramallete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.

FRONTINI, Paulo Salvador. Crime Econômico por meio da empresa. Relevância da omissão causal. **Revista de Direito Mercantil Industrial, Econômico e Financeiro**, n. 5, 1972.

FURTADO, Celso. **O capitalismo global**. 6. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008. p 38

GARCÍA, Olga Lucia Gaitán. Direito Penal Contemporâneo: da Tutela Penal a uma Lesão à Proteção de Riscos. **Discursos Sediciosos Crime, Direito e Sociedade**. a. 7, n. 12, 2º semestre de 2002. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Antonio. GOMES, Luiz Flávio. **Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos: introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 – Lei dos Juizados Especiais Criminais**. 4. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

GOMES, Orlando. **Sans Adieu – 50 anos de cátedra**. Salvador: Ciência Jurídica, 1987.

GRANDIS, Rodrigo. Considerações Sobre o Dever Do Advogado de Comunicar Atividade Suspeita de “Lavagem” de Dinheiro. In: **Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais. Ano 20 - nº 237 - agosto/2012**.

GRAU, Eros Roberto. **A ordem econômica na Constituição de 1988**. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira (**Direito Penal Econômico**). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal**. Tradução da 2ª Ed. Alemã, rev. e ampl. Por Pablo Robrigo Aflen da Silva. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Ed., 2005.

HULSMAN, Louk. Descriminalização, **Revista de Direito Penal – Órgão Oficial do Instituto de Ciências Penais da Faculdade de Direito Candido Mendes**, em Capítulo Criminológico, nº 9/10, janeiro a junho de 1973. Tradução Yolanda Catão.

_____. Celis, Jacquelin Beniat de. **Penas Perdidas. O sistema penal em questão.** tradução Maria Lúcia Karam. 1ª edição. Niterói-RJ: LUAM EDITORA LTDA, 1993. p. 57.

JAKOBS, Günther. **Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y Teoría de La Imputación.** 2ª ed. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas, S.A., 1997.

_____. **Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional.** trad. Manuel Cândio Meliá y B. Lima: Três Editores, 2000.

JIMENEZ DE ASÚA, Luis. **Principios de Derecho Penal: La Ley y el Delito.** Buenos Aires: Editorial Sudamericana, 1997. JÚNIOR, Paulo José da Costa. **Direito Penal das Sociedades Anônimas.** Direito Penal dos Negócios. São Paulo: A.A.S.P., 1990.

KARAM, Maria Lúcia. **De crimes, penas e fantasias.** Niterói, Rio de Janeiro: Luam, 1993

LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos: introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus.** Trad.: Marcela Varejão. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais.** 2. ed. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2002.

LYRA, Roberto. **Criminologia.** Imprensa: Rio de Janeiro, Forense, 1964.

_____. **Criminalidade Econômico Financeira: introdução.** Rio de Janeiro, Forense, 1978.

MACHADO, Fábio Guedes de Paula. **A Culpabilidade no Direito Penal Contemporâneo** - São Paulo: Quartier Latin, 2010.

MACHADO, Hugo de Brito. **Estudos de Direito Penal Tributário.** São Paulo:Atlas, 2002, p 219-220.

MALINOWSKI, Bronislaw. **Crime e costume na sociedade selvagem.** Trad. Maria Clara Corrêa Dias. Brasília: Universidade de Brasília; São Paulo: Imprensa Oficial do Estado, 2003..

MARCO, Daniel Alejandro de. **La Culpabilidad por la Vulnerabilidad. El Esfuerzo Personal por Alcanzar la Situación Concreta de Vulnerabilidad como Vínculo Entre el Sujeto y el Derecho Penal Para la Formulación del Reproche Jurídico: ¿Retribucionismo En la Teoría Agnóstica De La Pena?.** Disponível em <http://www.cejamericas.org/index.php/biblioteca/biblioteca-virtual>.

MELLO, Sebastián Borges de Albuquerque. **Direito Penal – sistemas, códigos e microssistemas jurídicos.** Curitiba: Juruá, 2004.

MENDES, Gilmar Ferreira. COELHO, Inocêncio Mártires. BRANCO, Paulo Gustavo Gontê. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

_____. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. PACELLI, Eugênio. (coordenadores). **Direito Penal contemporâneo**. São Paulo : Saraiva, 2011.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. **Crime de Lavagem de Dinheiro**. 2ª edição. São Paulo: Editora Atlas S.A., 2013.

MIR PUIG, Santiago. **Introducción a las bases Del Derecho Penal**. 2ª edição. Buenos Aires: editorial IBdeF, 2007.

MORO, Sérgio Fernando. **Crime de lavagem de dinheiro** São Paulo: Saraiva, 2010.

MOURA. Grégore. **Do princípio da co-culpabilidade**. Rio de Janeiro: Impetus, 2006. p. 38.

MUNÓZ CONDE, Francisco. **Introduccion al Derecho Penal**. Buenos Aires: BdeF, 2001. p.200.

NEUMANN, Ulfrid. Bem jurídico, Constituição e os limites do Direito Penal. *In Direito como Crítica da Pena*. Organizadores: Luís Greco e Antonio Martins. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo: Marcial Pons, 2012. p. 522.

NEVES, Eduardo Viana Portela. A Atualidade Edwin H. Sutherland. *In Inovações no Direito Penal Econômico. Contribuições Criminológicas, Político-Criminais e Dogmáticas*. Organizador Artur de Brito Gueiros Souza. Brasília-DF: ESMUP, 2011. p. 45 e seguintes.

NEVES, Marcelo. **A Constitucionalização Simbólica**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

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

ORSI, Omar Gabriel. **Sistema Penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto**. 1ª ed. Buenos Aires, Del Puerto, 2007.

PASOLD, Cesar Luiz. **Função Social do Estado Contemporâneo**. 3º. ed. ver. atual. e amp. Florianópolis: OAB/SC Editora co-edição Editora Diploma Legal, 2003.

PASSOS, Thais Bandeira Oliveira. **Lavagem de Capitais: (dis)funções político-criminais no seu combate**. Salvador: editora JusPodivm, 2011.

PAVARINI, Massimo. **Control y dominación: teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico**. Traducción de: Ignacio Muñagorn. Buenos Aires: Siglo XXI Editores Argentina, 2002.

PIMENTA, Paulo Roberto. **Contribuições de intervenção no domínio econômico**. São Paulo: Dialética, 2002.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.

_____. **O crime e a pena na atualidade**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.

_____. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**: Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PITOMBO, Antônio Sergio A. de Moraes. **“Lavagem” de dinheiro – A tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

PODVAL, Roberto (org.). **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

Pontes, Marcelo Silva (coord). **Casos & Casos – I Coletânea de Casos Brasileiros de Lavagem de Dinheiro**. Ministério da Fazenda, Conselho de Controle de Atividades Financeiras. Brasília: COAF, 2011.

PRADO, Luiz Regis. BITENCOURT, Cezar. **Elementos de Direito Penal**. Parte Geral. São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais. 1995.

_____. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.

_____. **Bem jurídico-penal e Constituição**. 4. ed. Revista dos Tribunais: 1996-2009.

QUEIROZ, Paulo de Souza. **Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

REZENDE, Bruno Titz de. **Lavagem de dinheiro**. São Paulo: Saraiva, 2013.

RIOS, Rodrigo Sánchez. Alterações Na Lei De Lavagem De Dinheiro: Breves Apontamentos Críticos. *In: Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*. Ano 20 - nº 237 - agosto/2012.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. **Direito Penal Simbólico**. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060525202914116.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. **Direito Penal**. Curso Completo. Parte Geral. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. **Diálogos com a Law and Economics**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal Parte General**, Tomo I, Fundamentos. La estructura de La Teoria Del Delito. Madrid, Espanha: Civitas, 1997.

_____ ; ARTZ, Gunther; TIEDMANN, Klaus. **Introdução ao Direito Penal e ao Direito Processual Penal**. Tradução Gercelia Batista de Oliveira Mendes. Coord e Supervisor Luiz Moreira – Belo Horizonte: Del Rey, 2007..

ROYSEN, Joyce. Histórico da Criminalidade Econômica. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003.

RUGGIERO, Vincenzo. **Crimes e Mercados. Ensaio em Anticriminologia**. Trad. Davi Tangerino, Luciana Boiteux, Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

RUSCHE, Georg. KIRSCHHEIMER, Otto. **Pena y Estructura Social**. tradução Emilio Garcis Méndes. Bogotá, Colômbia: Editorial Temis Librería, 1984.

SABADELL, Ana Lucia. **Manual de sociologia jurídica: Introdução a uma leitura externa do direito**. 4.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

Sanchez, Bernardo Feijoo. **Sobre A “Administrativização” do Direito Penal na “Sociedade Do Risco”**. **Notas Sobre a Política Criminal no Início do Século XXI**. In: Revista Liberdades nº 07 - maio-agosto de 2011. Publicação do Departamento de Internet do IBCCRIM.

SANTIAGO, Rodrigo. O “Branqueamento” de capitais e outros produtos do crime. Contributos para o estudo do art. 23º do Decreto-lei nº 15/93, de 22 de janeiro, e do regime da prevenção da utilização do sistema financeiro no “branqueamento” (decreto-lei nº 313/93, de 15 de setembro). In **Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários**. vol II. Coimbra: Coimbra, 1999.

SANTORO FILHO, Antonio Carlos. **Bases críticas do direito criminal**. Leme: Led, 2000.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O Crimes de Colarinho Branco – da origem do conceito e sua relevância ciminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal**. Boletim da Faculdade de Direito Universidade de Coimbra. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. Criminologia e Política. in **Criminologia no Século XXI**. Coordenação Walter Barbosa Bittar. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2007.

_____. **Criminologia Radical**. Ed. Forense. Rio de Janeiro, 2008. p. 97

SANTOS, Renata Rivelli Martins. **Paradoxo do capitalismo**: Concentração de capitais é essencial, mas gera instabilidade. Disponível em <<http://www.conjur.com.br>>.

SARMENTO, George. **Dignidade da Pessoa Privada de Liberdade Proibição da tortura, tratamentos desumanos ou degradantes**. Disponível em

<http://www.georgesarmento.com.br/wp-content/uploads/2011/02/Dignidade-da-pessoa-Privada-de-Liberdade2.pdf>.

_____. Tutela da Intimidade. In: CHAGAS CRUZ, Ariele; SARMENTO, George; SEIXAS, Taysa Matos (Org.) **Direitos Humanos Fundamentais**. São Paulo: Saraiva, 2014.

SCHECAIRA, Sérgio Salomão. **Criminologia**. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008.

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.

SÉVERIN, Carlos Versele. A cifra dourada da delinqüência. **Revista de Direito Penal**, n. 27, Rio de Janeiro: Forense, 1980.

SICA, Leonardo. Caráter simbólico da intervenção penal na ordem econômica. **Revista do Instituto dos Advogados do Estado de São Paulo**, n. 2, p.105-116, São Paulo: Revista dos Tribunais, jul./dez., 1998.

SILVA NETO, Manoel Jorge e. **Direito constitucional econômico**. São Paulo: LTr, 2001.

_____. **Curso de Direito Constitucional**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SILVA, Pablo Rodrigo Aflen da. **Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

SILVA SÁNCHEZ, Jesus Maria. **La Expansión Del Derecho Penal. Aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales**. 2ª reimpressão. Montevideo-Buenos Aires: IBdeF, 2008.

_____. **Aproximação ao Direito Penal Contemporâneo**. tradução Roberto Barbosa Alves. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011.

SMITH, Adam. **Investigação sobre a Natureza e as Causas da Riqueza das Nações**. Tradução Luiz João Baraúna. 3ª Ed. São Paulo: Nova Cultural, 1988. VIII.

SOARES, Ricardo Mauricio Freire: **O Princípio Constitucional da Dignidade da Pessoa Humana**. São Paulo Saraiva, 2010.

SUTHERLAND, Edwin H. **Is White Collar Crime Crime?** American Sociological Review, Vol. 10, No. 2, 1944 Annual Meeting Papers (Apr., 1945).

_____. **Princípios de Criminologia**. São Paulo : Livraria Martins, 1949

_____. *White Collar Crime*. In: MANNHEIM, Hermann (org.). **Criminologia Comparada**, vol. II, Tradução Faria Costa e Costa Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, s/d.

_____. **El delito de cuello blanco**. tradução Rosa del Olmo. Madrid: La Piqueta, 1999.

TAYLOR, Ian. WALTON, Paul. YOUNG, Jock. **La Nueva Criminología. Contribución a una teoría social de La conducta desviada**. Traducción Adolfo Crosa. Primera edición en castellano, 1977; primera reimpressão, 1990; segunda reimpressão, 1997. Buenos Aires: Amorrortu editores.

TIEDMANN, Klaus. **Leciones de Derecho Penal Económico**. Barcelona: PPU, 1993.

TIGRE MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. **Lavagem de Dinheiro. Lavagem de ativos provenientes de crime**. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004.

TORON, Alberto Zacharias. BOTTINI, Pierpaolo Cruz. VILARDI, CELSO SANCHES. **Podem bons advogados defender pessoas más?** Publicado em 06 de junho de 2012. Disponível em <http://www.conjur.com.br/2012-jun-06/direito-defesa-podem-bons-advogados-defender-pessoas>.

TÓRTIMA, José Carlos. TÓRTIMA, Fernanda Lara. **Evasão de Divisas**. Uma crítica ao conceito territorial de saída de divisas contido no parágrafo único do art. 22 da Lei 7492/86. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TRINDADE, Jorge. **Manual de Psicologia Jurídica para Operadores do Direito**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

WACQUANT, Loïc. **As Duas faces do Gueto**. Tradução Paulo Cezar Castanheira. São Paulo: Boitempo, 2008.

WACQUANT, Loïc. **Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

WEBER, Max. **A ética protestante e o espírito do capitalismo**. 2. ed. Trad. M. Irene de Q. F. Szmrecsányi, Tamás J. M. K. Szmrecsányi. São Paulo: Cengage Learning, 2008.

WELZEL, Hans. **Derecho Penal: Parte General**. Buenos Aires: Roque Depalma Editor, 1956.

WUNDERLICH, Alexandre; OLIVEIRA, Rodrigo Moraes de. Resistência, prática de transformação social e limitação do poder punitivo a partir do sistema de garantias pela (re) afirmação do garantismo penal na contemporaneidade. In: **Novos desafios**

do Direito Penal no terceiro milênio: estudos em homenagem a Fernando Santana. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

YOUNG, Jock. **A Sociedade Excludente.** Tradução Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Renavan, 2002.

ZAFFARONI, E. Raul. **Em Busca das Penas Perdidas.** 4ª edição. tradução Vânia Romano Pedrosa, Amir Lopez da Conceição. Rio de Janeiro: Revan, 1992.

_____. Derechos Humanos y Sistemas Penales en América Latina. *in* VARIOS AUTORES, **Criminología Crítica y Control Social I. El Poder Punitivo del Estado**, Argentina: Editorial Juris, 1993.

_____. **Culpabilidade por vulnerabilidade.** *in* Revista Discursos Sediociosos n. 14. Tradução: Fernanda Freixinho e Daniel Raizman. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

_____. **Manual de Direito Penal Brasileiro**, volume 1: Parte Geral – 7a ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

_____; BATISTA, Nilo; ALAGIA, Alejandro. SLOKAR, Alejandro. **Direito Penal Brasileiro: primeiro volume – Teoria Geral do Direito Penal.** Rio de Janeiro: Revan, 2003, 4ª edição, 2011.