



UNIVERSIDADE FEDERAL DA BAHIA
FACULDADE DE DIREITO
PROGRAMA DE PÓS GRADUAÇÃO STRICTO SENSU
MESTRADO EM DIREITO PÚBLICO

THAIS BANDEIRA OLIVEIRA

**LAVAGEM DE CAPITAIS: (DIS)FUNÇÕES POLÍTICO-
CRIMINAIS NO SEU COMBATE.**

A perda de efetividade do sistema penal, a quebra das garantias constitucionais e os seus prejuízos à cidadania.

Salvador
2009

THAIS BANDEIRA OLIVEIRA

LAVAGEM DE CAPITAIS: (DIS)FUNÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS NO SEU COMBATE.

A perda de efetividade do sistema penal, a quebra das garantias constitucionais e os seus prejuízos à cidadania.

Dissertação apresentada ao Programa de Pós Graduação Stricto Sensu – Mestrado em Direito da Universidade Federal da Bahia como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito.

Orientador: Prof. Dr. Dirley Victor da Cunha Júnior.

Salvador
2009

TERMO DE APROVAÇÃO

THAIS BANDEIRA OLIVEIRA

LAVAGEM DE CAPITAIS: (DIS)FUNÇÕES POLÍTICO-CRIMINAIS NO SEU COMBATE.

A perda de efetividade do sistema penal, a quebra das garantias constitucionais e os seus prejuízos à cidadania.

Dissertação aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de Mestre em Direito, Faculdade de Direito, Universidade Federal da Bahia, pela seguinte banca examinadora:

Nome: Prof. Dr. Dirley da Cunha Júnior
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Prof. Dr. Ricardo Maurício Freire Soares
Instituição: Universidade Federal da Bahia

Nome: Prof. Dr. George Sarmento Lins Júnior (Examinador Externo).
Instituição: Universidade Federal de Alagoas.

Salvador, ____ de _____ de 2009.

A Deus, força maior a quem sempre hei de apelar, por acreditar que para Ele nada é impossível.

Aos meus pais, por abdicarem tanto dos seus sonhos em benefício dos meus. E, por fazerem de minhas vitórias suas próprias conquistas. Tudo o que sou, devo a vocês.

A minha irmã, com quem sei que posso incondicionalmente contar. Mais do que laço de família, sei que temos enorme laço de amizade.

A Maurício, marido, amigo, companheiro de todos os momentos de alegria e aflição. Por entender meus momentos de solidão, por ter suportado esta batalha junto comigo. Nosso amor é mesmo destes de cinema...

AGRADECIMENTOS

Nem sempre é possível expressar todo carinho que temos pelas pessoas. Pelo corre-corre da vida, por timidez e por achar que estas pessoas já sabem o quanto são especiais para nós. Para a realização deste trabalho, algumas destas pessoas tiveram fundamental importância.

Ao professor Fernando Santana, que, desde a oportunidade da graduação, despertou em mim o interesse pelo Direito Penal Econômico.

A Dirley Cunha Júnior, meu orientador e incentivador nas horas difíceis.

Aos demais professores do mestrado, por terem engrandecido estes dois anos com seus conhecimentos. Em especial a Rodolfo Pamplona, que se mostrou ser um grande amigo de seus alunos.

A Francisco Salles e Guilherme Bellintani, por confiarem em meu potencial e oportunizarem o meu ingresso em uma das melhores instituições de ensino, o curso JusPodivm.

A Carolina Mascarenhas, não só pelas correções do texto, mas por ser minha conselheira de todos os assuntos relativos ao mestrado.

Aos alunos e ex-alunos que me têm como referência. Saibam que cada passo que dou para engrandecimento profissional tem a colaboração de vocês, com seus olhos atentos e canetas a postos, confiando o aprendizado do Direito Penal a mim. Farei sempre o melhor possível para contribuir com a excelência de nossas aulas.

A Rafael Carvalho Andrade, colega e companheiro, com quem iniciei o embrião desta pesquisa. Nossos estudos preliminares foram o berço desta dissertação.

A minha vó, Ia, por sempre me mandar palavras de apoio, enquanto estive horas em frente ao computador.

Aos meus sogros, Vanda e Marcelo, por confiarem a mim um de seus bens mais preciosos. Pelo carinho, incentivo e infindáveis projetos conjuntos.

Ao escritório Bandeira e Sales (Mayana, Vinícius e Lucimara), pois só quem já passou por muitos momentos difíceis sabe reconhecer o valor de uma verdadeira amizade. “Você meu amigo de fé meu irmão camarada, amigo de tantos caminhos de tantas jornadas. Você que me diz as verdades com frases abertas, amigo você é o mais certo das horas incertas.” Seja bem vindo, Augusto, nosso novo integrante.

Aos demais amigos, que, pacientemente, “entenderam” minha ausência nos últimos tempos, em especial a Bruno Nova, Camilla Lucena, Daniela Portugal, Fabiana Cotias, Gustavo Pavese, Larissa Khoury, Leila Portugal, Liana Carvalho, Marcus Vinícius Brito, Marcus Vinícius Claudino, Melina Prates, Vinícius Cunha, Vivian Santana e Henrico. Preparem-se, estou de volta!

"Todo mundo conhece a história de Ali-Babá. Numa deformação bem própria de nossa cultura, nós o associamos aos 40 ladrões como se ele fosse um deles. Na realidade ele roubou mesmo, só que roubou de ladrões e mereceu os cem anos de perdão de praxe. Mas todos nos esquecemos do irmão dele, que era rico, enquanto Ali-Babá era pobre. Chamava-se Cassim, Casimiro ou nome equivalente a isso, não importa. Esse irmão começou a invejar a fortuna que Ali-Babá trazia para casa. Acompanhou-o até a caverna dos ladrões, aprendeu a senha famosa ('abre-te, sésamo!'), mas, lá dentro, depois de encher sacos e sacos com ouro e jóias, esqueceu-se da senha para fechá-la. Dizia: 'Fecha-te, sesgo; fecha-te isso e aquilo' – e nada acontecia. Os ladrões voltaram, viram o estrago, mataram e esquartejaram o irmão de Ali-Babá. [...] A moral da história é óbvia: roubar é coisa fácil. E cada vez mais fácil. O difícil, às vezes, é esconder o roubo. Mas nem sempre. Os casos mais notórios da nossa vida pública repetem monotonamente a aflição de Cassim ou Casimiro tentando fechar a caverna do tesouro, mas se esquecendo da senha mágica. Mas nem todos são distraídos como o irmão de Ali-Babá. Num caderninho ou na agenda eletrônica, levam o nome salvador. Muitos conseguem entrar e sair. Ganham nas instâncias finais. Depois de saquearem a maravilhosa caverna do erário, alegam que enriqueceram na iniciativa privada."

Carlos Heitor Cony. O irmão de Ali-Babá, *Folha de São Paulo*, Seção Opinião, A2, 22.10.2001.b

RESUMO

O presente trabalho tem por finalidade estudar a Lavagem de Capitais como fenômeno de uma nova tendência do Direito Penal, em incriminar novas condutas, fruto de um movimento expansionista, e sob a fundamentação de tutelar novos bens jurídicos. A pesquisa desenvolve-se sobre bases históricas, tratando da proteção da ordem econômica pela própria Constituição Federal. Para além disso, é estudado o contexto internacional na criminalização destas novas demandas. Os crimes de colarinho branco apresentam-se enquanto nova espécie de criminalidade. E, neste movimento de justiça penal universal, é explicado o próprio surgimento da Lavagem de Dinheiro. A partir daí, são visto os principais aspectos da Lei 9.613/98, com largo enquadre crítico, procurando entender se as finalidades da pena estão mesmo atendidas com esta nova tipificação. É questionado o próprio conceito de função e qual o fundamento da tutela penal, fazendo-se uma abordagem das teorias legitimadoras e deslegitimadoras do Direito Penal. Questiona-se, inclusive, a própria incriminação enquanto símbolo, enquanto alibi para o legislador. Por fim, busca-se racionalizar esta expansão do Direito Penal, encontrando-se o equilíbrio entre a nova tutela e o garantismo implícito à repressão criminal.

Palavras-chave: Lavagem de Capitais, crimes de colarinho branco, função da pena, garantismo.

ABSTRACT

This work aims to study the Money Laundry phenomenon as a new trend of criminal law in incriminates new actions, considered as a result of an expansionist movement, and on the grounds of legal guardianship new goods. The research is carried out on historical foundations, in the protection of the economic order by the Federal Constitution. Furthermore, the international context in the criminalization of these new demands was studied. The white-collar crimes present themselves as a new kind of crime. And this movement of universal criminal justice, is itself explained the emergence of money laundering. From this context, the main aspects of Law 9613/98 were studied, with critical position, trying to understand the purpose of punishment. It is questioned the very concept of function and what is the basis for criminal protection, making it a legitimating and non-legitimizing theories of criminal law. Questions were made even the self-incrimination as a symbol, as an alibi for the legislature. Finally, try to rationalize the expansion of criminal law and is the balance between the new authority and implied warranty to criminal prosecution.

Key-words: Money Laundry, white collar crime, punishment function, warranty

SUMÁRIO

1 INTRODUÇÃO	11
2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO E AS NOVAS MODALIDADES DE DELINQUÊNCIA	15
2.1 A TEORIA DE SUTHERLAND E OS CRIMES DE COLARINHO BRANCO.....	16
2.2 PANORAMA HISTÓRICO E CONSIDERAÇÕES À LUZ DO DIREITO COMPARADO	20
2.3 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL ECONÔMICO. EVOLUÇÃO NO BRASIL E ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DE 1988	25
2.4 O BEM JURÍDICO TUTELADO NOS CRIMES ECONÔMICOS. ORDEM ECONÔMICA E ECONOMIA	30
2.5 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL: ALCANCE DO TERMO DIREITO PENAL ECONÔMICO	37
2.6 A MODERNA POLÍTICA CRIMINAL E A LEGISLAÇÃO EM MOSAICO	41
3 ANÁLISE DO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS	47
3.1 ORIGEM DA LAVAGEM DE DINHEIRO	48
3.1.1 Convenção de Viena	54
3.1.2 Gerações de Legislações	58
3.2 ORIGEM DA NOMENCLATURA “LAVAGEM DE DINHEIRO”	64
3.2.1 As Diferentes Acepções na Legislação Alienígena	64
3.2.2 Dinheiro sujo e dinheiro negro	65
3.3 CONCEITO DA LAVAGEM DE DINHEIRO	67
3.4 CARACTERÍSTICAS DESTA NOVA MODALIDADE DE DELINQUÊNCIA	70
3.5 FASES DA LAVAGEM DE DINHEIRO	73
3.5.1 A colocação, a ocultação e a integração	74
3.5.2 Técnicas mais utilizadas na lavagem	78
3.6 BREVE ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS – A LEI 9613/97	83
3.6.1 Explicações preliminares: a conduta criminosa	83
3.6.2 A Questão do Delito Antecedente	88

4 A (DIS)FUNCIONALIDADE DO SISTEMA PENAL NOS CRIMES ECONÔMICOS. (IN) CONGRUÊNCIAS E (IN) CONSTITUCIONALIDADES NA LEI DE LAVAGEM	99
4.1 A PERDA DE EFETIVIDADE DO SISTEMA PENAL	99
4.1.1 Proteção Mediata e Imediata. O Bem Jurídico Tutelado	100
4.1.2 Problematização. Ausência de função na incriminação. Funções não declaradas (?)	109
4.2 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS TIPOS PENAIS ABERTOS. A (I)LEGALIDADE E A <i>ABERTURA</i> DA NORMA PENAL INCRIMINADORA	114
4.3 SUJEITOS DO CRIME. A DUPLA INCRIMINAÇÃO E O PRINCÍPIO DO <i>NE BIS IN IDEM</i>	128
4.3.1 Concurso de pessoas no delito de lavagem. Quebra de requisitos (?)	136
4.4 A (AUSÊNCIA DE) RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA	142
4.5 ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS	150
4.5.1 A ponderação de valores: Segurança Jurídica e Legalidade <i>versus</i> Proteção à Ordem Econômica. Condenação com base em indícios?	152
5 DISCURSO ANTILAVAGEM. (DES) LEGITIMANDO O COMBATE. SOLUÇÕES?	155
5.1 DIREITO PENAL (DES) FUNCIONAL: CONCEITO DE FUNÇÃO. SENTIDO E FINALIDADE. CRISE DA LEGITIMIDADE	155
5.1.1 A constitucionalização simbólica e o problema interpretativo	161
5.1.2 A legislação-álibi e o Direito Penal Simbólico	165
5.2 (DES) NECESSIDADE DA TUTELA PENAL PARA CRIME ECONÔMICOS?	168
5.2.1 A <i>ultima ratio</i> do Direito Penal. Fundamentos pela constitucionalização da tutela: subsidiariedade e fragmentariedade	174
5.2.2 Expansionismo e quebra das funções da pena	179
5.3 QUEBRANDO PARADIGMAS: DEMONSTRAÇÃO QUE FATORES LEGÍTIMOS E ILEGÍTIMOS CONVIVEM NO MERCADO DE CAPITAIS	185
5.3.1 Centro off-shores e paraísos fiscais	191
5.3.2 As cifras douradas da criminalidade econômica e o <i>labeling approach</i>	193
5.3.3 A Criminologia Crítica e as teorias deslegitimadoras: breves apontamentos sobre o Abolicionismo e o Minimalismo	197

5.4 (RE)PENSANDO A SUBSIDIARIEDADE E A FRAGMENTARIEDADE. NECESSIDADE DE NOVOS TIPOS PENAIIS (?)	200
5.4.1 Possíveis Causas da Expansão Do Direito Penal	203
5.5 O GARANTISMO PENAL E A EFETIVA PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA NO ORDENAMENTO BRASILEIRO: NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO	205
5.5.1 O direito penal de segunda velocidade	208
6 CONCLUSÃO	211
REFERÊNCIAS	218

1 INTRODUÇÃO

O interesse pela temática “lavagem de capitais” se justifica pela constante massificação desta nova onda de criminalidade pelos meios de comunicação. Os crimes econômicos 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. O âmbito penal, tão acostumado a “selecionar” como clientela uma camada social menos favorecida, viu-se surpreendido pelos novos sujeitos ativos dos delitos: os criminosos de colarinho branco, denominação dada por Sutherland, e consagrada mundialmente para designar aquelas pessoas que, embora pertencentes a uma camada social elevada, não passavam despercebidas pelo mundo da criminalidade.

O ponto de partida da pesquisa encontra-se, então, justamente em fundamentar e legitimar o Direito de punir do Estado, sobretudo por não ser este um bem jurídico eminentemente penal. A discussão toca 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.

A pesquisa está estruturada em introdução e mais quatro Capítulos. O segundo Capítulo, então, desenvolve-se a partir de um contexto histórico, de surgimento e de tipificação inicial das condutas lesivas à ordem econômica. Para tanto, fundamental uma breve visita ao Direito Comparado, contextualizando, mundialmente, a tomada de posição do legislador brasileiro.

Os *gangsters* americanos, a *máfia* italiana, a impotência do Estado em lidar com tais situações; a crise de 1929 e a quebra do modelo estatal do *laissez faire*; a necessidade de um Estado mais presente economicamente; o contexto internacional do final da Guerra Fria, o expansionismo do capitalismo; as novas tecnologias de transferências de bens; a droga como grande vilã. Todos estes fenômenos culminam na necessidade internacional de uma justiça penal (cosmopolita) enérgica, com cooperação internacional no combate à nova tendência econômica e financeira da criminalidade.

O terceiro Capítulo estuda a Lei de Lavagem, então, neste contexto de justiça penal universal. Com fortes influências em convenções e tratados internacionais, o legislador brasileiro edita a Lei 9.613/98. O principal foco desta incriminação é, sem dúvidas, impedir a fruição de dinheiro com origem ilícita ou suspeita, evitando que este se misture aos ativos lícitos e passe a fazer parte do mercado financeiro.

Desta forma, são abordadas as fases pelas quais passa o delito de lavagem, as principais formas de se alcançar êxito nas operações e algumas características atinentes ao crime em questão. Em que pese uma tentativa de explicar minuciosamente estes aspectos, é preciso lembrar sempre que esta espécie de criminosos é extremamente astuta, e, por isso, as técnicas abordadas no trabalho são as conhecidas pelas instâncias de controle, por óbvio, havendo diversas outras já desenvolvidas, mas ainda não descobertas.

No quarto Capítulo, diversos problemas serão analisados com base nesta tipificação. Este sé um capítulo mais crítico, que se presta a analisar os possíveis defeitos da incriminação. A cópia do modelo norte-americano (até mesmo na nomenclatura), os sujeitos ativos do crime e a temática do concurso de pessoas, a existência de um rol supostamente taxativo de crimes antecedentes (aptos a gerar ativo que podem ser lavados) e o problema do

concurso necessário (dupla incriminação) com outras espécies de crimes econômicos (tributários e contra o sistema financeiro nacional), são temas enfrentados até se defender uma posição final acerca desta temática.

Desta forma, durante todo o trabalho, não se perdeu de mente que só se pode usar o Direito Penal quando se atendem duas exigências: é necessário que se fale, a um só tempo, na necessidade de limitar e de fundamentar racionalmente o Direito Penal. Destarte, no tocante à Lei de Lavagem de Capitais (Lei 9.613/98), é possível se 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?

Para responder a estas perguntas, necessário percorrer, durante o Capítulo cinco, as teorias atinentes à (des)legitimação do Direito Penal, analisando, desta maneira, as Teorias Absolutas, de Prevenção Geral (Positiva e Negativa), de Prevenção Especial, bem como, por outro lado, as chamadas teorias deslegitimadoras (Abolicionismo e Minimalismo).

Desta maneira, o ponto central da presente dissertação é questionar quais (dis)funções podem ser atribuídas à incriminação da lavagem de capitais e as repercussões que isto pode trazer para a proteção de Direitos. A idéia de função adotada no presente trabalho foi a de Norberto Bobbio, porém, sempre em contraponto com o funcionalismo sistêmico de Jakobs.

Aborda-se, desta forma, o mau funcionamento do Direito Penal, a legislação penal simbólica e a legislação-álibi. Tantos outros pontos de divergência e possíveis inconstitucionalidades são abordados no presente trabalho, visando a demonstrar o problema desta pesquisa: haveria uma tutela efetiva à economia, que protegesse a cidadania, com a mera incriminação do delito de lavagem? Verdadeiramente, é possível que o Direito Penal seja, no particular, puramente simbólico.

A partir destes questionamentos, toda a tutela penal dos novos interesses passa a ser posta em cheque. 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, culminando com a apresentação de uma alternativa que torne possível compatibilizar o sistema punitivo e suas garantias com uma expansão racional do Direito Penal.

2 O DIREITO PENAL ECONÔMICO E AS NOVAS MODALIDADES DE DELINQUÊNCIA

Percebe-se, claramente, uma mudança atual no paradigma da proteção à sociedade oferecida pelo Direito Penal; não mais se protege apenas a vida, a honra, o patrimônio: tutela-se, neste instante, a ordem econômica, o sistema financeiro, a ordem tributária, previdenciária, as relações de consumo.

Esta característica da legislação trouxe a criação dos chamados crimes vagos, que são aqueles que atingem toda a coletividade. Não se tem, como outrora, vítima certa e determinada para todos os tipos incriminadores, assim como ainda existe nos delitos clássicos, como o homicídio, o roubo, o estupro. Pelo contrário: a sociedade, o Estado, os consumidores, enfim, entes desprovidos de personalidade figuram no pólo passivo deste novo tipo de criminalidade.

Cria-se a vitimização de natureza difusa. Deixa-se de ter a consciência exata da dimensão da lesão causada com este tipo de crimes, pois cada um perde a percepção de sua qualidade de sujeito passivo. Pode-se afirmar, de certo, que tal ausência de conhecimento chega a mitigar a importância que estes novos delitos têm no seio social, sobretudo quando se trata de crime de natureza econômica, visto que a lesão causada é, quase sempre, absorvida pelas próprias leis de mercado e da economia.

Certamente, pode-se afirmar que esta característica transindividual da legislação não é movimento isolado do Direito Penal: está arraigada em outros ramos do Direito, a citar a Criação do Código de Defesa do Consumidor, implementação da Legislação Ambiental, da Previdência Social.

Lavagem de Capitais, portanto, é um dos temas que se refere às demandas de interesse coletivo, demonstrando que Direito Penal não poderia fugir a esta realidade. Em verdade, a Lei de Lavagem de Capitais faz parte deste novo tipo de criminalidade, dita “criminalidade econômica”.

2.1 A TEORIA DE SUTHERLAND E OS CRIMES DE COLARINHO BRANCO

Sempre se associou o fenômeno da criminalidade àquelas pessoas que não estavam adaptadas socialmente, que estavam à margem da sociedade. Forte corrente criminológica associa o cometimento de crimes ao problema da miséria social. O Código Penal brasileiro¹, 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 conta 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 idéias americanas e no movimento da Lei e Ordem², 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 capital como ponto nevrálgico da criminalidade atual. Indicam uma posição de “negatividade social”³, com

¹ 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 Néelson Hungria, Vieira Braga, Narcélio de Queiroz e por Roberto Lyra, representante do Ministério Público.

² 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.

³ “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

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 Molina⁴ 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.

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.”⁵ Esta expressão *white collar crime* foi adotada em seu discurso de posse na presidência da *American Sociological Association* (ASA)⁶, 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 atávicas⁷ (fator antropológico), ou sócio-patológicas e, fatores ligados à

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.

⁴ 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.

⁵ 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.

⁶ 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/>.

⁷ 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 sadios; algumas aranhas

miséria social⁸. Trouxe, este autor, 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.⁹

Márcia Dometila Lima de Carvalho¹⁰ tece importante observação cerca 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.”

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 (Basil e Portugal); *delincuencia de cuello blanco* (Espanha), *criminalità en colleti bianch o inquantiglialli* (Itália), *criminalité en col blanc* (França), *weissekragen-kriminalität* (Alemanha).

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

⁸ 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).

⁹ GULLO, Roberto Santiago Ferreira, op. cit, p. 16.

¹⁰ *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 109.

Confira-se, por oportuno, as observações de André Normandeu citado por Roberto Gullo¹¹ sobre a criminalidade de colarinho branco e os fatores sociais como impulso à criminalidade:

[...] os criminosos de colarinho branco e os criminosos da classe inferior, assim como os não criminosos vivem em uma mesma sociedade donde uma economia competitiva e uma filosofia que – adora o êxito - estão centrados exclusivamente sobre o dinheiro e o consumo material. As necessidades e os valores são, pois, os mesmos para os criminosos como para os não criminosos.

Mais modernamente, mas sem rechaçar por completo as idéias de Sutherland, a doutrina pátria e alienígena tem denominado este tipo de criminalidade de “novos crimes corporativos”¹², verificando a ampla especialização de seus agentes e a rede de cooperação que se forma para facilitar seu êxito.

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: primeiramente¹³, 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 sociedade, o que amplia o conceito, abarcando outros crimes que não só os ligados à criminalidade 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

¹¹ GULLO, Roberto Santiago Ferreira, op.cit., p. 12.

¹² CASTELLAR, João Carlos. *Insider trading e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

¹³ “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.

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*.

2.2 PANORAMA HISTÓRICO E CONSIDERAÇÕES À LUZ DO DIREITO COMPARADO

Questão a ser discutida é o aparecimento do Direito Econômico – ou, mais especificadamente, do Direito Penal Econômico. Joyce Roysen¹⁴ 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, 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 Catellar¹⁵ 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.”

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 modelos de atuação

¹⁴ Histórico da Criminalidade Econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 192

¹⁵ CASTELLAR, João Carlos. *Insider trading e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 13.

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 Andrade¹⁶ 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.

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. Só em matéria de luta contra armas especulativas (*Kriegswuchergesetze*) foram publicadas mais de quarenta mil disposições penais que depois veriam a sua vigência prolongada para além do termo da guerra na forma de leis reguladoras dos preços.

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 função¹⁷.

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:

Evidente a inviabilidade do capitalismo liberal, o Estado, cuja penetração na esfera econômica já se 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 economia¹⁸.

¹⁶ 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.

¹⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 15

¹⁸ *Ibidem*, p. 19

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”¹⁹, e não da proposta de atendimento a uma ideologia única, como se via nas Constituições ortodoxas.

Dirley da Cunha Júnior²⁰ indica, para além disso, o surgimento dos direitos sociais como nova contingência e as constituições não poderia furtar-se a tutelá-los. Assim, os paradigmas desta tutela indicados pelo autor são a Constituição Mexicana (1917) e a de Weimar (1919).

Com isso, consoante destaca Ana Carolina Squizzato²¹, 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 pela livre iniciativa e pela livre concorrência, traz consigo a possibilidade de formação de trustes, cartéis e da concorrência desleal”²².

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 delineiam o mercado contemporâneo tem como custo a submissão do indivíduo aos interesses do capitalismo, conforme a lição trazida por Max Weber²³:

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

¹⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p 37

²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008. p. 1042

²¹ SQUIZZATO, Ana Carolina. *Direito Financeiro e Econômico: questões comentadas CESPE e ESAF*. São Paulo: Método, 2008, p. 231-232

²² SQUIZZATO, Ana Carolina. *Ob. cit.* p. 232.

²³ 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

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 Técnica²⁴ 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.” Confira-se:

Então, quer por via do comezinho instinto de sobrevivência, quer ainda como forma de ampliar o alcance da atividade empresarial, tornou-se imprescindível a formação 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*.²⁵

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.”²⁶. 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”²⁷.

²⁴ 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).

²⁵ SILVA NETO, Manoel Jorge e. Op. cit., p. 24

²⁶ FURTADO, Celso. *O capitalismo global*. 6. ed. São Paulo: Editora Paz e Terra, 2008. p 38

²⁷ Idem. *Ibidem*. p. 38

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 Andrade²⁸ demonstram, ainda, que nos países capitalistas a superação do liberalismo não foi total. Nestes há um choque, uma “tensão dialética” entre os ditames da liberdade e a idéias 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 Lyra²⁹, “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.

Em que pese hoje 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 Estado³⁰ na economia quando da necessidade “aos

²⁸ 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

²⁹ *Criminalidade econômico-financeira*: introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 3

³⁰ 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

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 macro-economia e da globalização pode ter conseqüências negativas marcantes, como “a crescente vulnerabilidade e a exclusão social”³¹. 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.

2.3 O FUNDAMENTO CONSTITUCIONAL DO DIREITO PENAL ECONÔMICO. EVOLUÇÃO NO BRASIL E 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.³²

É preciso analisar, sob este enfoque, como de 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 antieconômicas. Neste

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).

³¹ FURTADO, Celso. *O capitalismo global*. 6. ed. São Paulo: Paz e Terra, 2008, p. 74.

³² ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 104.

sentido, pode-se afirmar que “a Ordem Econômica brasileira, desde o século passado, refletiu dois importantes pensamentos econômicos, moldados pelas peculiaridades locais: o liberalismo e o intervencionismo”³³.

Antes disso, entretanto, ainda que de forma insipiente, já se tem antigos registros de tutela jurídica da ordem econômica no Brasil. Neste sentido³⁴, 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*) falsos³⁵

Indica Roberto Lyra³⁶ 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. As decisões eram tomadas pelos donatários, em cada uma de suas capitanias 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.³⁷

Em 1830³⁸ 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

³³ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

³⁴ CASTELLAR, João Carlos. *Insider trading e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 14

³⁵ *Ibidem*, p. 14

³⁶ LYRA, Roberto. *Criminalidade econômico-financeira: introdução*. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 7

³⁷ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 1045.

³⁸ ROYSEN, Joyce. Histórico da Criminalidade Econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 193.

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.”³⁹ 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 na Consolidação das Leis Penais, 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 intuítos 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 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 Roysen⁴⁰:

³⁹ LYRA, Roberto. *Criminalidade econômico-financeira*: introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 29.

⁴⁰ ROYSEN, Joyce. Histórico da Criminalidade Econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, a. 11, n. 42, jan./mar. 2003, p 192.

[...] 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, mas, o que chamamos modernamente – e de modo genérico – 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”⁴¹.

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.”⁴² 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*:

TÍTULO 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 concorrência⁴³. A criação do CADE foi mais uma expressão desta batalha estatal no combate ao abuso do poder econômico. Em 1962, com a lei

⁴¹ OLIVEIRA, Elias de. *Crimes contra a economia popular e o juri tradicional*: doutrina, jurisprudência e legislação. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1952, p. 12

⁴² LYRA, Roberto. *Criminalidade econômico-financeira*: introdução. Rio de Janeiro: Forense, 1978, p. 29.

⁴³ 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.

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 180⁴⁴, todos os princípios e fundamentos para o seu regular andamento. Na visão constitucionalista de Eros Roberto⁴⁵ 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 Júnior⁴⁶ 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.”

⁴⁴ 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).

⁴⁵ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 47-48.

⁴⁶ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 1044.

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.”⁴⁷

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”.⁴⁸

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. E, é por este motivo que o Direito Penal encontra seu fundamento e seus limites no texto constitucional.

2.4 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. Em verdade, 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 Nacional⁴⁹, 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

⁴⁷ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴⁸ 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.

⁴⁹ Esta Lei, inclusive, ficou consagrada como a Lei do Colarinho Branco no Brasil, antes mesmo do advento da Constituição de 1988.

e 337-A⁵⁰, e a Lei 9.613/98, alvo de estudo no 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

⁵⁰Indébita Apropriação Previdenciária

Art. 168-A - Deixar de repassar à previdência social as contribuições recolhidas dos contribuintes, no prazo é forma legal ou convencional: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem deixar de: I - recolher, no prazo legal, contribuição ou outra importância destinada à previdência social que tenha sido descontada de pagamento efetuado a segurados, a terceiros ou arrecadada do público; II - recolher contribuições devidas à previdência social que tenham integrado despesas contábeis ou custos relativos à venda de produtos ou à prestação de serviços; III - pagar benefício devido a segurado, quando as respectivas cotas ou valores já tiverem sido reembolsados à empresa pela previdência social. § 2º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal. § 3º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: I - tenha promovido, após o início da ação fiscal e antes de oferecida a denúncia, o pagamento da contribuição social previdenciária, inclusive acessórias; ou II - o valor da contribuição devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais.

Sonegação de Contribuição Previdenciária

Art. 337-A - Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: **I** - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; **II** - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; **III** - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias:

Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. § 1º É extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara e confessa as contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal.

§ 2º É facultado ao juiz deixar de aplicar a pena ou aplicar somente a de multa se o agente for primário e de bons antecedentes, desde que: **I** - (Vetado) **II** - o valor das contribuições devidas, inclusive acessórias, seja igual ou inferior àquele estabelecido pela previdência social, administrativamente, como sendo o mínimo para o ajuizamento de suas execuções fiscais. § 3º Se o empregador não é pessoa jurídica e sua folha de pagamento mensal não ultrapassa RS 1.510,00 (um mil, quinhentos e dez reais), o juiz poderá reduzir a pena de um terço até a metade ou aplicar apenas a de multa. § 4º o valor a que se refere o parágrafo anterior será reajustado nas mesmas datas e nos mesmos índices do reajuste dos benefícios da previdência social.

ramos jurídicos, mas do devido reconhecimento das peculiaridades que, inegavelmente, perfilham à mencionada disciplina a autonomia que lhe cabe por natureza.

Luciano Feldens⁵¹ 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.”⁵²

Indica Eros Roberto Grau⁵³, 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. 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 confundida 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 regulamentação, procurando atender aos interesses individuais, mas sobretudo, aos interesses coletivos.

⁵¹ 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.

⁵² 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.

⁵³ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 173.

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 fragmentário⁵⁴ 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 controle⁵⁵.

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 Neto⁵⁶:

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. 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. Enquanto o Direito Econômico cuida para que não se transgridam as normas efetivadoras da 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.

⁵⁴ 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).

⁵⁵ 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)

⁵⁶ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001, p. 31

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 Pimentel⁵⁷ 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*.

⁵⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

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 supra-individual e, com isso, reclamar do Estado a garantia de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição de riquezas.⁵⁸ 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 perigo⁵⁹.

Ademais, 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 Aflén da Silva⁶⁰ 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 uma 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.⁶¹

⁵⁸ ARAUJO JUNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 36.

⁵⁹ *Idem*, p. 50

⁶⁰ *Leis Penais em Branco e o Direito Penal do Risco: Aspectos Críticos e Fundamentais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 37.

⁶¹ *Apud* SILVA, Pablo Rodrigo Aflén da, *op.cit.*, p. 38.

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 Juarez Cirino dos Santos⁶² 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).

Para que se fale em delito contra a ordem econômica, ainda é preciso que a conduta delitiva 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.

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 Linhares⁶³:

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, mormente numa 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.

⁶² CIRINO DOS SANTOS, Juarez . *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.

⁶³ ROSA, Alexandre Moraes da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p 105.

2.5 DELIMITAÇÃO CONCEITUAL: ALCANCE DO TERMO DIREITO PENAL ECONÔMICO E O CONCURSO DE CRIMES

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 estrito⁶⁴, 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 Pimentel⁶⁵ faz uma salutar diferenciação entre Direito Penal Econômico, Direito 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, segundo entendemos, não estão necessariamente ligados ao Direito penal

⁶⁴ CALLEGARI, André Luis. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: Aspectos Criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 21.

⁶⁵ 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.

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 Penal⁶⁶ 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 Carvalho⁶⁷ 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 econômica que compõe um Direito Penal Econômico *latu sensu*, incluindo o Direito Penal Financeiro, Ambiental, Tributário, etc.”

Juan María Rodríguez Estévez⁶⁸ 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

⁶⁶ 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.

⁶⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 107.

⁶⁸ 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.

serviços, abarcando fatos que atentem contra a livre concorrência, a lealdade comercial, a lisura financeira, etc.⁶⁹

Desta maneira, gera-se um problema grave dos chamados “crimes econômicos”: o constante concurso⁷⁰ 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* Balestra⁷¹ 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 principio 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 mesmo fato.”⁷² 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 Tórtima⁷³, no sentido que, a grande maioria dos casos de evasão de dívidas (“contas mantidas clandestinamente no exterior”) tem a finalidade de ocultar

⁶⁹ *Ibidem*, p. 65.

⁷⁰ 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.

⁷¹ BALESTRA, Carlos Fontán. *Tratado de Derecho Penal*. 2. ed. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, t. III, p. 24.

⁷² COELHO, Yuri Carneiro. *Introdução Ao Direito Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2009, p. 108

⁷³ *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.

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*.”⁷⁴ E, explica Rogério Greco⁷⁵ 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 Machado⁷⁶ 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 trata-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.

Há, entretanto, julgados nos Tribunais Superiores em sentido contrário, afirmando pelo concurso formal imperfeito ou impróprio⁷⁷, segundo o qual, o agente, mediante única conduta, pratica mais de uma infração penal de forma dolosa, ou seja, com desígnos 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

⁷⁴ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal*. Curso Completo. Parte Geral. 2. ed. rev. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007, p. 116

⁷⁵ *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 29.

⁷⁶ MACHADO, Hugo de Brito. *Estudos de Direito Penal Tributário*. São Paulo:Atlas, 2002, p 219-220.

⁷⁷ 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).

analogia in bonam partem, pela aplicação da inteligência da súmula 17 do Superior Tribunal de Justiça⁷⁸ a outros delitos, já que este princípio, embora não positivado, é de amplo uso em crimes de natureza patrimonial.

2.6 A MODERNA POLÍTICA CRIMINAL E A LEGISLAÇÃO EM MOSAICO. BREVES ANOTAÇÕES.

Em primeiro plano, cumpre distinguir⁷⁹ a Política Criminal do próprio conceito de Direito Penal. Política Criminal é uma linha de pensamentos, é mais abrangente, pois não se prende aos mecanismos de repressão e combate à criminalidade – característica essencial ao Direito Penal.

O Direito Penal é, por excelência, o ramo do direito público, no qual o Estado se apóia quando percebe a necessidade de tutela mais drástica, pois se trata de descrição de condutas como crimes/contravenções penais (em franco desuso estas últimas, é sabido). E crimes, como se pode notar, possuem como sanção cominada, em sua imensa maioria⁸⁰, a privação de liberdade. Trata-se, então, de ramo do ordenamento que se ocupa do combate à criminalidade através da edição de leis penais e da aplicação das penas cominadas aos

⁷⁸ “Quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”

⁷⁹ Sobre a distinção entre Direito Penal, Política Criminal e Criminologia, ensina Paulo Queiroz. “A doutrina sói distinguir direito penal, política criminal e criminologia, recorrendo, ainda que não explicitamente, à estrutura tridimensional do direito: a criminologia se ocuparia do crime enquanto fato; a política criminal, enquanto valor; o direito penal, enquanto norma. Atualmente, entende-se que política criminal, criminologia e direito penal devem caminhar no sentido de um modelo integrado, imposto pela necessidade de um método interdisciplinar e pela unidade do saber científico. A criminologia deve incumbir-se, assim, de fornecer o substrato empírico do sistema, seu fundamento científico; a política criminal, de transformar a experiência criminológica em opções e estratégias concretas de controle da criminalidade; por último, o direito penal deve encarregar-se de converter em proposições jurídicas, gerais e obrigatórias, o saber criminológico esgrimido pela política criminal.” (QUEIROZ, Paulo de Souza. *É realmente possível distinguir direito penal de política criminal?* Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 19 de junho de 2009.

⁸⁰ O conceito de crime trazido na Lei de Introdução ao Código Penal (Decreto-lei nº 2.848/40) traz esta concepção, afirmando que só se pode falar em crime se a pena de privação de liberdade estiver presente: “**Art 1º** Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa”. Porém, já existem outros delitos, posteriores a esta Lei, que trazem a multa como única pena cominada, a exemplo dos crimes eleitorais, e mais: existe crime que comina pena de natureza alternativa como única sanção – o art. 28 da lei 11.343/07 (uso de substância entorpecente).

fatos definidos como crime ou contravenção penal. É, destarte, o núcleo central do controle da criminalidade.

Já a Política Criminal é um modelo de pensamento sobre a segurança pública, sobre políticas sociais efetivas e, também, sobre o Direito Penal. É um plano de ação do governo. Possui caráter dúplice: atuação, efetivando a tutela dos bens jurídicos, e constante olhar crítico, como forma de aprimoramento da atuação do Estado no âmbito penal. Busca fornecer orientação aos legisladores e aos aplicadores do direito, para que o combate ao crime se faça de modo lógico e coerente, com o emprego de meios proporcionais e adequados. Através do exame crítico do ordenamento em vigor, a Política Criminal busca promover sua alteração e adequação às políticas recomendadas.

Nos dizeres de Zaffaroni⁸¹ "a Política Criminal é a ciência ou a arte de selecionar os bens (ou direitos) que devem ser tutelados jurídica e penalmente e escolher os caminhos para efetivar tal tutela, o que iniludivelmente implica a crítica dos valores e caminhos já eleitos".

O grave problema que se pode apontar hoje, é que o Estado vê na repressão exercida pelo Direito Penal a única fonte de combate à criminalidade. A Política Criminal, que deveria ser programa oficial de controle social do crime e da criminalidade, abarcando políticas públicas de geração de emprego, implementação de salário mínimo digno, escolarização, condições dignas de moradia e saneamento básico, e outras medidas que possam reduzir as condições sociais adversas, transformou-se em "política penal": em resposta ao crime, só existe a edição de mais leis, aplicação da pena sempre mais severa e execução penal indigna.

Ocorre que, os velhos ditames contidos no Código Penal, elaborado nos idos de 1940, já não mais se amoldam à celeridade das mudanças e evoluções (ou até involuções) sociais. É preciso mudança, adaptação, renovação. Formas de adaptação à realidade social é a adoção dos chamados elementos normativos e das leis penais em branco. Estes temas serão combatidos em momento oportuno, mas, por ora, vale ressaltar os conceitos.

⁸¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, v.I. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 118.

Quanto aos elementos normativos, consistem eles em palavras ou expressões que necessitam de valoração casuística. Na verdade, são conceitos que variam no tempo e no espaço. (exemplo: “mulher honesta”; “sem justa causa”; “indevidamente”). Já as leis penais em branco, brevemente explicadas, são aquelas que necessitam de um complemento para que se possa extrair o seu verdadeiro sentido.

Atrelado a isso, vive-se hoje uma hiperinflação⁸² do sistema penal: a legislação extra-código 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 chamadas 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 Sánchez⁸³ 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.

A regra do artigo 12 do Código Penal⁸⁴ é clara em admitir que a legislação extra-código 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

⁸² Apud LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 28.

⁸³ 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.

⁸⁴ Legislação Especial

Art. 12 - As regras gerais deste Código aplicam-se aos fatos incriminados por lei especial, se esta não dispuser de modo diverso.

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.⁸⁵

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 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 microssistema 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 microssistemas, Orlando Gomes⁸⁶ 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

⁸⁵ Sobre o tema, vale a lição de Sebastián Borges de Albuquerque Melo. *Direito Penal – sistemas, códigos e microssistemas jurídicos*. Curitiba: Juruá, 2004.

⁸⁶ GOMES, Orlando. *Sans Adieu – 50 anos de cátedra*. Salvador: Ciência Jurídica, 1987.

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 microssistemas 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 microssistemas 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 subsidiariedade⁸⁷. Isto porque, no âmbito econômico e de acordo com o modelo adotado pelo Estado

⁸⁷ Este tema será amplamente abordado em oportunidade própria e com caráter mais crítico e conclusivo.

brasileiro, sua atuação deve ser distante, regulatória, com função de “reduzir os ruídos/externalidades”, ficando, via de regra, no “banco de reservas.”⁸⁸

Ensina Juan Maria Rodríguez Estévez⁸⁹ 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.”⁹⁰

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 lavagem de dinheiro. E, advirta-se que não se trata somente de uma análise da legislação brasileira, a Lei 9.613/98. É um trabalho que se presta a tecer questionamento sobre a própria legitimidade do Direito Penal e sua proteção efetiva (?) à sociedade.

⁸⁸ ROSA, Alexandre Morais da. LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law & Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009, p. 102.

⁸⁹ 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.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 85

3 ANÁLISE DO DELITO DE LAVAGEM DE CAPITAIS

Este Capítulo destina-se a uma análise mais aprofundada do delito de lavagem. Não se pretende esgotar o tema, visto que existem diversos manuais neste sentido, todos com o mesmo intento, porém sem êxito, pela diversidade de tópicos que envolvem a matéria. A própria caracterização da lavagem de capitais como fenômeno atinente à criminalidade econômica e fruto do atual “crime organizado” já indica a dimensão e a vastidão de subproblemas envolvidos nesta temática.

Porém, alguns pontos peculiares e relevantes não poderão passar despercebidos nesta monografia. Principalmente, para que se possa tecer críticas e propor soluções, é necessário um aprofundamento maior nos detalhes desta modalidade de crime, bem como uma análise da legislação referente a este tema. É o que se pretende abordar nos tópicos a seguir.

Diz-se que a lavagem de capitais é derivado do aparecimento das chamadas organizações criminosas. O ponto preliminar, então, é explicitar brevemente o que se entende atualmente por organização criminosa. E, apesar de não ser o objeto central da presente pesquisa, é antecedente lógico no estudo da lavagem.

Nem toda lavagem de dinheiro é realizada por organização criminosa, é certo. Porém, pela característica deste delito, pelo mascaramento que a lavagem envolve, é, usualmente, praticada em atividade típica de organização criminosa.

Este tópico merecerá estudo pormenorizado ao longo deste trabalho. Por ora, valem as observações de José Antonio Choclán Montalvo⁹¹, quando afirma que a organização criminosa é uma estrutura coordenada e “*cuenta con subestructuras internas o externas destinadas a reconducir a la legalidad los beneficios ilícitamente obtenidos.*” E adverte que, por vezes, “*la empresa criminal tiene como objeto exclusivo, precisamente, el blanqueo de capitales procedentes de aquellas ilícitas actividades, prestando sus servicios a otras organizaciones que concentran su actividad en el delito previo.*”

⁹¹ MONTALVO. José Antonio Choclán . *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal. Cuadernos Luiz Jiménez de Asúa*. Madrid: DYKINSON, 2000, p. 13.

É que, para se falar em organização criminosa, à mingua de uma explicação legislativa na Lei 9.034/95, Rodrigo Santiago⁹² indica a necessária coexistência de alguns elementos, a saber:

- existência de uma *entidade* com vista à prática de crimes, durante um longo período ou por um período indeterminado de tempo;
- adoção de métodos operacionais planejados metódica, sistemática e friamente, determinados pela vontade de maximização das vantagens;
- com recurso ao terror;
- e o desiderato de obtenção de influências políticas e econômicas.

Segundo Marcelo Mendroni, o êxito de uma organização criminosa depende necessária e inexoravelmente da lavagem do dinheiro, uma vez que este grupamento criminoso atua no eixo dinheiro - poder. Isso porque toda organização criminosa precisa, essencialmente, da lavagem de dinheiro e a pratica, como forma de fruição de seus proventos, mas o contrário nem sempre ocorre.⁹³

É neste contexto, então, que se estuda a lavagem: como atividade inexorável das organizações criminosas, oportunizando a fruição de bens frutos de suas atividades ilícitas.

3.1 ORIGEM DA LAVAGEM DE DINHEIRO

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 receptação⁹⁴,

⁹² 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 Econômico e Europeu: textos doutrinários*. vol II. Coimbra: Coimbra, 1999, p. 365.

⁹³ “É possível imaginar um único funcionário público que recebe alto valor ato de corrupção e pratica algum ato de ocultação ou dissimulação, o que significa que, sem pertencer a organização criminosa qualquer, praticou o crime de lavagem de dinheiro.” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 10).

⁹⁴ 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

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 Maia⁹⁵ 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”.

Porém, se este crime de natureza patrimonial tinha repercussão individual, com o crescimento da chamada criminalidade organizada, a proporção que dele advem é infinitamente maior. Os agentes envolvidos são mais astutos e, por conseqüência, esta macro-atuação gera ganhos cada vez maiores. A lavagem é fruto da inteligência destes criminosos; é uma conseqüência mundial da criminalidade em larga escala, de cunho transnacional. É necessário camuflar a origem obscura destes proventos, para incorporá-los livremente ao mercado.

A Lavagem de Dinheiro tem o seu eclodir no contexto internacional, desenhando-se como criminalidade 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.

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.

⁹⁵ 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 21.

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.⁹⁶

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 exigência⁹⁷.

Destarte, os delitos econômicos passaram a alcançar grande projeção, sendo necessária uma mudança do paradigma da criminalidade. A espécie de delito 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 Cervini⁹⁸ 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

⁹⁶ TIEDMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico*. Barcelona: PPU, 1993, p.206.

⁹⁷ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p 41

⁹⁸ CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio, *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 42-43.

que dificulta el esclarecimiento das dichas operaciones críticas”. Indica algumas nuances que são consideradas como potencialmente atreláveis à lavagem de capitais:

Globalización de las operaciones bancarias; dificultad de regular y controlar esas operaciones globalizadas; crecimiento acelerado del comercio mundial; crecimiento del intercambio entre euromonedas; advenimiento del ‘Euro’⁹⁹; generalización en el empleo de las transferencias vía electrónica.

No âmbito internacional¹⁰⁰, 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.

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).

Neste ponto, confira-se o quanto explanado por Rodolfo Tigre Maia¹⁰¹, no tocante ao rastreamento do dinheiro de Al Capone, o *Scarface*. Somente por sonegação fiscal,

⁹⁹ 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)

¹⁰⁰ 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 enterrava 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*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 4-5).

¹⁰¹TIGRE 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. 28.

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.”¹⁰²

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 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.¹⁰³

Tigre Maia¹⁰⁴ 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.

¹⁰² BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

¹⁰³ 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. 30.

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 30.

Rodrigo Santiago¹⁰⁵ 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*.¹⁰⁶

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.¹⁰⁷

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:

Observando-se que a relação drogas – violência também é predominante nas piores representações midiáticas sobre o problema das drogas, depara-se com um exemplo único de consenso intelectual entre a comunidade acadêmica e a mídia, reforçando mutuamente suas convicções. Essas convicções podem ser questionadas quando se examina a relação entre drogas e armas de fogo. A existência dessa relação é amplamente aceita, ainda que baseada em um silogismo sociológico, pois de uma premissa lógica desenha-se uma

¹⁰⁵ 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. 365.

¹⁰⁶ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 40.

¹⁰⁷ 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. Gravitava, 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.”

generalização ilógica. Um silogismo semelhante prevaleceu nos anos 1960, quando o uso de drogas era associado aos sexo, particularmente a orgias.¹⁰⁸

Foi, como se pode perceber, a busca internacional de atingir um sistema equânime no combate à lavagem - denominada Justiça Penal Universal ou Cosmopolita que impulsionou a adoção de uma política criminal transnacional que atendesse tanto aos interesses internos quanto aos externos no combate a esta nova espécie de criminalidade.

Diversos movimentos e encontros internacionais levaram o Brasil à adoção de uma lei de combate à lavagem. Destaca-se a Convenção de Viena, em tópico apropriado.

3.1.1 Convenção de Viena

O impulso primordial para o aparecimento do delito em voga no direito pátrio foi a assinatura do tratado multilateral decorrente da 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. Paulatinamente, os demais países signatários passaram a adotar legislações¹⁰⁹ que incriminassem a reinserção do dinheiro oriundo, precipuamente, do tráfico ilícito de estupefacientes e substâncias psicotrópicas, em razão de ser este o delito em maior evidência naquele momento histórico.

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”:

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

¹⁰⁸ RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e Mercados. Ensaios em Anticriminologia*. Trad. Davi Tangerino, Luciana Boiteux, Luiz Guilherme Mendes de Paiva. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 90.

¹⁰⁹ Em função da Convenção de Viena diversos países inseriram em seus ordenamentos normas regulamentando o crime de lavagem de capitais: Suíça (1990); Bélgica (1990); Itália (1990); Peru (1991); Alemanha (1992); Estados Unidos (1993) França (1994); Portugal (1995); Espanha (1995); México (1996); Brasil (1998).

participe na prática do delito, ou delitos em questão para fugir das conseqüências 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;

Assim, o Brasil ratificou os termos da Convenção através do Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991. Entretanto, o projeto de lei elaborado pelo Poder Executivo só foi encaminhado no ano de 1996. Subestimando a importância deste tema, o projeto de lei que tipifica o crime de lavagem de dinheiro foi examinado de forma célere (pouco mais de um ano), culminando na promulgação da Lei nº 9.613/98, não tendo esta Lei sido editada nos moldes da mais perfeita consonância com o Direito Constitucional, fator que será discutido com mais propriedade em tópico oportuno.

Outros movimentos internacionais são de extrema importância na adoção de um combate uniforme a esta criminalidade transnacional. Márcia Monassi Mougenot Bonfim e Edílson Mougenot Bonfim¹¹⁰ citam as Recomendações do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI¹¹¹) ou *Finacial Action Task Force* (FATF). O GAFI é um organismo internacional formado pelos países integrantes do G-7¹¹² (reunião dos sete países mais industrializados do mundo: Estados Unidos, Japão, Alemanha, Canadá, França, Reino Unido, Itália).

Em 1990, já com a adesão de outros países (o Brasil só faria parte deste grupo no ano de 2000), foram publicadas 40 Recomendações, que tratam de matéria penal, financeira, e de cooperação internacional. Depois do 11 de setembro de 2001, um conjunto de 8 Recomendações Especiais passou a fazer parte do rol, desta feita com o intuito de combater também o fenômeno do terrorismo.¹¹³

Segue a motivação desta alteração, em texto das Recomendações da GAFI:

A versão revista das Quarenta Recomendações aplica-se agora não apenas à lavagem de dinheiro, mas também ao financiamento do terrorismo e, quando conjugada com as Oito Recomendações Especiais sobre Financiamento do Terrorismo, constitui um quadro avançado, completo e consistente de medidas

¹¹⁰ BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 17.

¹¹¹ Site oficial: www.fatf-gafi.org

¹¹² Hoje, pode-se falar em G-8, incorporando-se também a Rússia.

¹¹³ BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 18.

de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. O GAFI reconhece que os sistemas jurídicos e financeiros variam entre os países e como, por isso, não podem estes adotar medidas idênticas para alcançar o objetivo comum, especialmente no que diz respeito a pormenores. Assim, as Recomendações estabelecem padrões mínimos de ação que requerem a aplicação de medidas concretas pelos países, em função de suas circunstâncias específicas e enquadramento constitucional. As Recomendações cobrem todas as medidas que os sistemas nacionais deveriam prever em matéria de justiça criminal e de regulamentação, as medidas preventivas a serem adotadas pelas instituições financeiras e por algumas outras atividades e profissões, bem a cooperação internacional.

No âmbito europeu, podem ser citados alguns sinais desta incessante busca pela cooperação entre países, no sentido de “acordar” a comunidade jurídica internacional para o problema da lavagem de dinheiro”.¹¹⁴ Cita Rodrigo Santiago a Recomendação do Conselho da Europa de 1980, relativa às disposições contra a transferência e a dissimulação do dinheiro com origem ilícita. Indica, ainda, o autor que a legislação portuguesa baseou-se, primordialmente, na Diretiva do Conselho das Comunidades Europeias nº 308/1991.¹¹⁵

Em 2001, a Diretiva 97/2001 modificou o instrumento anterior. Serviu como forma de ampliar o âmbito de aplicação da Primeira Diretiva (limitada ao sector financeiro) a uma série de outras atividades e profissões também vulneráveis à ação dos autores de lavagem de capitais. Assim, as obrigações previstas pela nova diretiva em matéria de identificação de clientes, manutenção de registos e notificação de transações suspeitas são alargadas aos auditores e técnicos de contas, agentes imobiliários, notários e advogados. São aplicadas obrigações semelhantes a determinados negociantes em bens de elevado valor, tais como pedras ou metais preciosos, ou obras de arte, e aos leiloeiros, sempre que o pagamento seja efetuado em dinheiro e de um montante igual ou superior a 15.000€ (quize mil Euros).

Em 2005, a Diretriz nº 60 da Comunidade Europeia indica uma ampliação do combate, adotando uma repressão, paralela à da lavagem, ao financiamento do terrorismo.. O

¹¹⁴ 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. 370.

¹¹⁵ “O que foi feito através do Decreto-Lei nº 313/93, de 15 de Setembro, que transpõe para a ordem jurídica interna a Directiva nº 91/308/CEE, do Conselho, de 10 de Junho, relativa à prevenção da utilização do sistema financeiro para efeitos de branqueamento de capitais”. (op. cit., p. 373).

título, inclusive, desta diretriz indica “uso do sistema financeiro para fins de lavagem de dinheiro e inclusive financiamento do terrorismo.”¹¹⁶

Adeverte Kai Ambos, sobre a importância da Convenção de Viena de 1988, como fonte para os demais encontros e direcionamentos internacionais:

Os instrumentos europeus – a Convenção do Conselho da Europa (*Europarat*) de 1990, bem como as Diretrizes Europeias de 1991, 2001 e 2005 – resultam, desde o ponto de vista do tipo penal objetivo da lavagem de dinheiro, literalmente da Convenção de Viena sobre Drogas de 1988, a qual se pode caracterizar como sendo a “convenção mãe” do Direito Penal Internacional.¹¹⁷

Em que pese a inegável influência da Convenção de Viena de 1988, a adoção de uma lei de combate a este tipo de criminalidade no Brasil, foi, ainda, estimulada por outros instrumentos internacionais segundo a Exposição de Motivos¹¹⁸ à Lei 9.613/98: em 1992, o Brasil participou da XXII Assembléia Geral da OEA (Organização dos Estados Americanos), realizada em Bahamas, sendo aprovado o “Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos”; em 1994, o Brasil participou da “Cúpula das Américas”, realizada em Miami, oportunidade em que foi ditado um “plano de ações”; por fim, o Brasil comparece à Conferência Ministerial sobre a Lavagem de Dinheiro e Instrumento do Crime, realizada em Buenos Aires, em 1995, sendo aprovada uma Declaração de Princípios relativa ao tema lavagem de dinheiro, com diretrizes, inclusive, sobre a forma de tipificação e as regras processuais penais aplicáveis.

¹¹⁶ 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, p. 19.

¹¹⁷ Ibidem. p. 16.

¹¹⁸ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM nº 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996: “2. O Brasil ratificou, pelo Decreto nº 154, de 26 de junho de 1991, a “*Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas*”, que havia sido aprovada em Viena em 20 de dezembro de 1988. [...] 5. Posteriormente, com a participação do Brasil, a XXII Assembléia-Geral da OEA, em Bahamas, entre 18 e 23 de maio de 1992, aprovou o “*Regulamento Modelo sobre Delitos de Lavagem Relacionados com o Tráfico Ilícito de Drogas e Delitos Conexos*”, elaborado pela Comissão Interamericana para o Controle do Abuso de Drogas - CICAD. 6. Em dezembro de 1994, Vossa Excelência, convidado pelo então Presidente Itamar Franco, participou da “*Cúpula das Américas*”, reunião essa integrada pelos Chefes de Estado e de Governo dos Países Americanos, no âmbito da OEA, realizada em Miami. Foi firmado, então, um Plano de Ação prevendo que: “*Os Governos: Ratificarão a Convenção das Nações Unidas sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 e sancionarão como ilícito penal a lavagem dos rendimentos gerados por todos os crimes graves.*” 7. Finalmente, em 2 de dezembro de 1995, em Conferência Ministerial sobre a Lavagem de Dinheiro e Instrumento do Crime, realizada em Buenos Aires, o Brasil firmou Declaração de Princípios relativa ao tema, inclusive quanto à tipificação do delito e sobre regras processuais especiais.”

Ressalte-se, por oportuno, que foi criada uma agência pública de combate à lavagem no cenário internacional. De tempos em tempos, suas atividades são sumariadas e se faz um “balanço” dos avanços e retrocessos na busca por uma harmonização internacional do combate à lavagem. O sumário de 1996, o *International Narcotics Control Strategy Report*, foi o ápice para esta consonância legislativa entre o Conselho da Europa e outros organismos internacionais.¹¹⁹

3.1.2 Gerações de Legislações

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.

Embora a lei brasileira tenha sido promulgada cronologicamente depois da terceira geração, seu conteúdo alinhou-se às legislações da segunda geração. Existe, no artigo 1º da Lei 9613/98, um rol taxativo de crimes capazes de gerar proventos ilícitos a serem mascarados. Sobre estes delitos antecedentes e a (suposta) taxatividade, será aberto tópico exclusivo.

Em que pese a primeira geração de legislação ter sido feita baseando-se somente no delito de tráfico de entorpecentes, alterações legislativas já foram incorporadas aos Códigos e Leis internacionais, alterando esta concepção. Hoje, as legislações alienígenas dividem-se

¹¹⁹ CHOURK, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 181.

em adoção ou não do rol taxativo de crimes antecedentes. Confirma-se o posicionamento de alguns países.

O Código Penal Alemão (StrafGesetzBuch – StBG)¹²⁰, foi uma legislação de vanguarda nesta tutela. Porém, muito embora tenha inserido a tutela da Lavagem de dinheiro em 1974, sofreu modificações nos anos de 92 e 93. A legislação alemã traduz a segunda geração das legislações, vez que limita, textualmente, quais os delitos considerados antecedentes à lavagem:

§261 StGB Geldwäsche, Verschleierung unrechtmäßig erlangter Vermögenswerte

(1) Wer einen Gegenstand, der aus einer in Satz 2 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, verbirgt, dessen Herkunft verschleiert oder die Ermittlung der Herkunft, das Auffinden, den Verfall, die Einziehung oder die Sicherstellung eines solchen Gegenstandes vereitelt oder gefährdet, wird mit Freiheitsstrafe von drei Monaten bis zu fünf Jahren bestraft. Rechtswidrige Taten im Sinne des Satzes 1 sind

1. Verbrechen,

2. Vergehen nach

a) § 332 Abs. 1, auch in Verbindung mit Abs. 3, und § 334,

b) § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Betäubungsmittelgesetzes und § 19 Abs. 1 Nr. 1 des Grundstoffüberwachungsgesetzes,

3. Vergehen nach § 373 und nach § 374 Abs. 2 der Abgabenordnung, jeweils auch in Verbindung mit § 12 Abs. 1 des Gesetzes zur Durchführung der Gemeinsamen Marktorganisationen und der Direktzahlungen,

4. Vergehen

a) nach den §§ 152a, 181a, 232 Abs. 1 und 2, § 233 Abs. 1 und 2, §§ 233a, 242, 246, 253, 259, 263 bis 264, 266, 267, 269, 271, 284, 326 Abs. 1, 2 und 4, § 328 Abs. 1, 2 und 4 sowie § 348,

b) nach § 96 des Aufenthaltsgesetzes, § 84 des Asylverfahrensgesetzes und nach § 370 der Abgabenordnung, die gewerbsmäßig oder von einem Mitglied einer Bande, die sich zur fortgesetzten Begehung solcher Taten verbunden hat, begangen worden sind, und

5. Vergehen nach §§ 129 und 129a Abs. 3 und 5, jeweils auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1, sowie von einem Mitglied einer kriminellen oder terroristischen Vereinigung (§§ 129, 129a, jeweils auch in Verbindung mit § 129b Abs. 1) begangene Vergehen.

Satz 1 gilt in den Fällen der gewerbsmäßigen oder bandenmäßigen Steuerhinterziehung nach § 370 der Abgabenordnung für die durch die Steuerhinterziehung ersparten Aufwendungen und unrechtmäßig erlangten Steuererstattungen und -vergütungen sowie in den Fällen des Satzes 2 Nr. 3 auch für einen Gegenstand, hinsichtlich dessen Abgaben hinterzogen worden sind.

¹²⁰ Texto original extraído em site alemão: <http://www.jusline.de>

(2) Ebenso wird bestraft, wer einen in Absatz 1 bezeichneten Gegenstand

1. sich oder einem Dritten verschafft oder

2. verwahrt oder für sich oder einen Dritten verwendet, wenn er die Herkunft des Gegenstandes zu dem Zeitpunkt gekannt hat, zu dem er ihn erlangt hat.

(3) Der Versuch ist strafbar.

(4) In besonders schweren Fällen ist die Strafe Freiheitsstrafe von sechs Monaten bis zu zehn Jahren. Ein besonders schwerer Fall liegt in der Regel vor, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung einer Geldwäsche verbunden hat.¹²¹

¹²¹ Tradução do texto realizada por Kai Ambos, em obra citada, encontrada nas páginas 129 a 131. Código Penal Alemão (StGB) § 261 **Lavagem de dinheiro e ocultação de bens** (1) Quem oculta um bem, que provém de um dos atos ilícitos mencionados no inciso (2), encobre a sua origem, impede ou põe em perigo a investigação da origem, da localização, a entrega, o confisco ou a proteção do mesmo, será punido com pena privativa de liberdade de três meses a cinco anos. Atos ilícitos no sentido do inciso (1) são: 1. crimes, 2. delitos conforme o: a) § 332 inciso 1, também combinados com o inciso 3 e o § 334. b) § 29 inciso 1, alínea 1, número 1 da Lei de Vigilância de Matérias Básicas (GUG), 3. delitos de acordo com o § 373 e, quando o autor atua profissionalmente, de acordo com o § 374 da Lei Geral Tributária (AO), também combinado com o § 12, inciso 1 da Lei de Execução das Organizações Comuns de Mercado (MOG), 4. delitos: a) de acordo com o §§ 152a, 181a, 232 incisos 1 e 2, § 233 incisos 1 e 2, §§ 233a, 242, 246, 253, 259, 263 à 264, 266, 267, 269, 284, 326 incisos 1, 2 e 4, bem como o § 328 incisos 1, 2 e 4, b) de acordo com o § 96a da Lei de Estrangeiro (AufenthG) e do § 184 da Lei de Procedimentos para Exilados (AsylVfG), que tenham sido cometidos profissionalmente ou por um membro de um bando que tenha se associado para o cometimento continuado de tais fatos e 5. delitos de acordo com os §§ 129 e 129a inciso 3 e 5, e combinados respectivamente com o § 129b inciso 1, bem como os delitos cometidos por um membro de uma associação criminosa ou terrorista (§§ 129, 129a, também respectivamente em combinação com o § 129b Abs 1). A alínea 1 vale para os casos de sonegação fiscal praticada por profissional ou bando, de acordo com o § 370a da AO, para as despesas, restituições e reparações de impostos obtidos ilegalmente economizados através de sonegação fiscal, bem como nos casos da alínea 2, número 3, inclusive para um bem em relação ao qual tenham sido sonegadas taxas. (2) Da mesma forma será punido quem, em relação a um bem referido no inciso (1) 1. adquire para si ou para um terceiro ou 2. guarde ou utilize para si ou para um terceiro, quando conhecia a origem do bem no momento em que o adquiriu. (3) A tentativa é punível. (4) Nos caso especialmente graves a pena será privativa de liberdade de seis meses a dez anos. Um caso especialmente grave ocorre, em geral, quando o autor atua profissionalmente como membro de um bando, que tenha se associado para o cometimento continuado de lavagem de dinheiro. (5) Quem, nos casos do inciso 1 ou 2, não reconheça por falta de cuidado que o objeto provenha de algum dos atos ilícitos descritos no inciso (1), será punido com pena privativa de liberdade até dois anos ou com a pena de multa. (6) O fato não é punível de acordo com o inciso 2, quando antes um terceiro tiver obtido o objeto, sem ter cometido por isso um fato punível. (7) Objetos que digam respeito ao fato podem ser confiscados. Deve aplicar-se o § 74a. Os §§ 43a e 73d devem aplicar-se quando o autor atuar como membro de um bando que tenha se associado para o cometimento continuado da lavagem de dinheiro. O § 73d também deve aplicar-se quando o autor atuar profissionalmente. (8) Os objetos descritos nos incisos 1, 2 e 5 se equiparam àqueles que provenham de fatos cometidos no estrangeiro, assinalados no inciso 1, quando o fato também for punível com pena, no lugar dos fatos. (9) Não será punido por lavagem de dinheiro, de acordo com os inciso 1 a 5, quem: 1. voluntariamente denunciar o fato à autoridade competente, ou dispor voluntariamente tal denúncia, quando o fato nesse momento não tivesse sido descoberto total ou parcialmente e o autor tivesse conhecimento deste ou logo após uma avaliação objetiva da situação, tivesse que contar com isto; 2. nos casos dos incisos 1 e 2, sob os pressupostos descritos no número 1, efetuar o asseguramento do objeto, ao qual se refere o fato punível. Em conformidade com os incisos 1 a 5 não será punido quem assim o for em razão da participação no ato antecedente. (10) O tribunal pode, nos casos dos incisos 1 a 5, diminuir a pena (§ 49, inciso 2) de acordo com sua discricionariedade ou prescindir da punição, de acordo com esta norma, quando o autor, por meio da revelação voluntária de seu conhecimento, tiver contribuído essencialmente

(5) Wer in den Fällen des Absatzes 1 oder 2 leichtfertig nicht erkennt, daß der Gegenstand aus einer in Absatz 1 genannten rechtswidrigen Tat herrührt, wird mit Freiheitsstrafe bis zu zwei Jahren oder mit Geldstrafe bestraft.

(6) Die Tat ist nicht nach Absatz 2 strafbar, wenn zuvor ein Dritter den Gegenstand erlangt hat, ohne hierdurch eine Straftat zu begehen.

(7) Gegenstände, auf die sich die Straftat bezieht, können eingezogen werden. § 74a ist anzuwenden. § 73d ist anzuwenden, wenn der Täter gewerbsmäßig oder als Mitglied einer Bande handelt, die sich zur fortgesetzten Begehung einer Geldwäsche verbunden hat.

(8) Den in den Absätzen 1, 2 und 5 bezeichneten Gegenständen stehen solche gleich, die aus einer im Ausland begangenen Tat der in Absatz 1 bezeichneten Art herrühren, wenn die Tat auch am Tatort mit Strafe bedroht ist.

(9) Nach den Absätzen 1 bis 5 wird nicht bestraft, wer

1. die Tat freiwillig bei der zuständigen Behörde anzeigt oder freiwillig eine solche Anzeige veranlaßt, wenn nicht die Tat in diesem Zeitpunkt ganz oder zum Teil bereits entdeckt war und der Täter dies wußte oder bei verständiger Würdigung der Sachlage damit rechnen mußte, und

2. in den Fällen des Absatzes 1 oder 2 unter den in Nummer 1 genannten Voraussetzungen die Sicherstellung des Gegenstandes bewirkt, auf den sich die Straftat bezieht.

Nach den Absätzen 1 bis 5 wird außerdem nicht bestraft, wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist.

(10) Das Gericht kann in den Fällen der Absätze 1 bis 5 die Strafe nach seinem Ermessen mildern (§ 49 Abs. 2) oder von Strafe nach diesen Vorschriften absehen, wenn der Täter durch die freiwillige Offenbarung seines Wissens wesentlich dazu beigetragen hat, daß die Tat über seinen eigenen Tatbeitrag hinaus oder eine in Absatz 1 genannte rechtswidrige Tat eines anderen aufgedeckt werden konnte.

Seguindo este posicionamento, podemos citar a legislação francesa¹²², que definiu o rol de delitos antecedentes, como o rufianismo, os crimes aduaneiros e o tráfico de drogas. Neste mesmo sentido, está a legislação portuguesa, que tutela a lavagem através do

para que o fato, para além da sua própria contribuição, ou de um ato ilícito de terceiro descrito no inciso (1), possa ser descoberto.

¹²² *Section 1 : Du blanchiment simple et du blanchiment aggravé. Article 324-1 Le blanchiment est le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect. Constitue également un blanchiment le fait d'apporter un concours à une opération de placement, de dissimulation ou de conversion du produit direct ou indirect d'un crime ou d'un délit. Le blanchiment est puni de cinq ans d'emprisonnement et de 375000 euros d'amende. Article 324-2 Le blanchiment est puni de dix ans d'emprisonnement et de 750000 euros d'amende : 1° Lorsqu'il est commis de façon habituelle ou en utilisant les facilités que procure l'exercice d'une activité professionnelle; 2° Lorsqu'il est commis en bande organisée. Texto original disponível em www.legifrance.gouv.fr.*

Decreto-lei n.º 325/95¹²³, e define o catálogo de delitos antecedentes como sendo crimes de “terrorismo, tráfico de armas, extorsão de fundos, rapto, lenocínio, corrupção e das demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro”.

Ainda, seguindo o modelo do rol dos crimes antecedentes, está o *United States Code*, a legislação norte-americana. Seu §1.956¹²⁴ traz disposição sobre *laundering of monetary instruments*, dispondo um vasto rol de crimes considerados como pressupostos da lavagem.

De outra banda, temos a legislação italiana. A Itália foi também um dos pioneiros a tipificar a lavagem. Em maio de 1978 foi criado um novo artigo, o 648 *bis*, que a incorporou ao delito de receptação. Após a Convenção de Viena, em 1990, este artigo é modificado, recebendo sua redação original, oportunidade em que foi incluído o delito de tráfico de entorpecentes como crime antecedente à lavagem¹²⁵. Hoje, este delito está previsto nos artigos 648 *bis* e 648 *ter*, sob a denominação de *riciclaggio*, com a seguinte redação:

648.bis . Riciclaggio. - Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque sostituisce denaro, beni o altre utilità provenienti dai delitti di rapina aggravata, di estorsione aggravata, di sequestro di persona a scopo di estorsione o dai delitti

¹²³ Artigo 2.º Conversão, transferência ou dissimulação de bens ou produtos. Quem, sabendo que os bens ou produtos são provenientes da prática, sob qualquer forma de participação, de crimes de terrorismo, tráfico de armas, extorsão de fundos, rapto, lenocínio, corrupção e das demais infracções referidas no n.º 1 do artigo 1.º da Lei n.º 36/94, de 29 de Setembro: a) Converter, transferir, auxiliar ou facilitar alguma operação de conversão ou transferência desses bens ou produtos, no todo ou em parte, directa ou indirectamente, com o fim de ocultar ou dissimular a sua origem ilícita ou de ajudar uma pessoa implicada na prática de qualquer dessas infracções a eximir-se às consequências jurídicas dos seus actos, é punido com pena de prisão de 4 a 12 anos; b) Ocultar ou dissimular a verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação, propriedade desses bens ou produtos ou direitos a eles relativos, é punido com pena de prisão de 2 a 10 anos; c) Adquirir ou receber tais bens ou produtos a qualquer título, os utilizar, detiver ou conservar, é punido com pena de prisão de 1 a 5 anos.

¹²⁴ (a)(1) *Whoever, knowing that the property involved in a financial transaction represents the proceeds of some form of unlawful activity, conducts or attempts to conduct such a financial transaction which in fact involves the proceeds of specified unlawful activity - (A)(i) with the intent to promote the carrying on of specified unlawful activity; or (ii) with intent to engage in conduct constituting a violation of section 7201 or 7206 of the Internal Revenue Code of 1986; or (B) knowing that the transaction is designed in whole or in part - (i) to conceal or disguise the nature, the location, the source, the ownership, or the control of the proceeds of specified unlawful activity; or (ii) to avoid a transaction reporting requirement under State or Federal law, shall be sentenced to a fine of not more than \$500,000 or twice the value of the property involved in the transaction, whichever is greater, or imprisonment for not more than twenty years, or both.*

¹²⁵ CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio, *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 194 – 195.

concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope, con altro denaro, altri beni o altre utilità, ovvero ostacola l'identificazione della loro provenienza dai delitti suddetti, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da lire due milioni a lire trenta milioni. La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale.

648. ter. Chiunque, fuori dei casi di concorso nel reato e dei casi previsti dagli articoli 648 e 648-bis, impiega in attività economiche o finanziarie denaro, beni o altre utilità provenienti da delitto, è punito con la reclusione da quattro a dodici anni e con la multa da euro 1.032 a 15.493. La pena è aumentata quando il fatto è commesso nell'esercizio di un'attività professionale. La pena è diminuita nell'ipotesi di cui al secondo comma dell'articolo 648. Si applica l'ultimo Comma dell'articolo 648.¹²⁶

Como se pode observar, a legislação italiana adotou o rol de crimes antecedentes no seu artigo 648 bis (*rapina aggravata, di estorsione aggravata, di sequestro di persona a scopo di estorsione o dai delitti concernenti la produzione o il traffico di sostanze stupefacenti o psicotrope*), porém, no artigo 648 ter, deixa em aberto o delito capaz de gerar bens, dinheiros ou outras utilidades a serem recicladas (*provenienti da delitto*). Isto demonstra que a legislação italiana está filiada à terceira geração.

Seguindo este entendimento, pode-se citar a legislação espanhola¹²⁷, que em seu art. 301 trata da receptação e da lavagem de dinheiro, e que não limita o rol dos antecedentes, pois dispõe que “el que adquiriera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen en un delito, o realice cualquier otro acto para ocultar o encubrir su origen ilícito, o para ayudar a la persona que haya participado en la infracción o infracciones a eludir las consecuencias legales de sus actos”. Veja-se, então, que a lavagem de capitais pode ocorrer com relação a qualquer delito prévio.

A Inglaterra segue a mesma orientação, no seu *Criminal Justice Act*¹²⁸, de 1988, dispondo que os atos antecedentes serão qualquer “criminal conduct”. A Argentina, da mesma forma, quando dispõe de forma genérica sobre a inversão, venda ou transferência de bens provenientes de “hechos previstos en esta ley.”¹²⁹ Outros países, ainda, seguem também esta orientação, como a Bélgica, a Suécia, Polônia.¹³⁰

¹²⁶ Texto disponível no site da Câmara Italiana: www.camera.it

¹²⁷ Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹²⁸ CJA 93-A *Money laundering and other offences. Assisting another to retain the benefit of criminal conduct*. Texto disponível no site <http://www.legislation.gov.uk>.

¹²⁹ “Será reprimido con prisión de dos a diez años y multa de seis mil a quinientos australes, el que sin haber tomado parte ni cooperado en la ejecución de los hechos previstos en esta ley, interviniere en la inversión, venta, pignoración, transferencia o cesión de las ganancias, cosas o bienes provenientes de aquellos, o del beneficio económico obtenido del delito siempre que hubiese conocido ese origen o lo

Em que pese a quase unanimidade dos países ocidentais em adotar legislação concernente à lavagem, como se pôde observar pela leitura de excertos das leis, estas diferentes espécies de legislação, adotam *nomen iuris* diferenciados para este fenômeno. Embora todas as nomenclaturas decorram de mesma origem estrangeira, o nome lavagem de dinheiro não é, como se observa, consenso entre as legislações. É o que se passa a estudar.

3.2 ORIGEM DA NOMENCLATURA “LAVAGEM DE DINHEIRO”

3.2.1 Dinheiro sujo e dinheiro negro

Fala-se em lavagem de dinheiro e, imediatamente, pensa-se em um dinheiro sujo, apto a ser reciclado. Para que se entenda, então, uma das possíveis razões na adoção da nomenclatura “lavagem de dinheiro”, é preciso entender primeiramente o que venha a ser um dinheiro “sujo”.

Ainda é importante, no tocante aos objetos materiais do delito de lavagem, diferenciar as expressões “dinheiro sujo” e “dinheiro negro”. No meio econômico e financeiro estes termos são utilizados para caracterizar a irregularidade de certas operações, sendo considerados sinônimos. Todavia, no âmbito deste delito, estas expressões não se confundem, servindo para distinguir a origem dos proventos que serão manipulados pelos lavadores.

Se o dinheiro foi obtido por meio de atividades comerciais lícitas, mas que para fugir do pagamento dos tributos são suprimidas ou sonegadas as obrigações fiscais, este é considerado como “dinheiro negro”. Desta forma, negro é o dinheiro é originalmente lícito: o que o transforma em objeto idôneo à lavagem é uma conduta posterior. Neste sentido, dinheiro “negro” significa obscuro, com origem não declarada.

hubiera sospechado”. (CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio, *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 198).

¹³⁰ 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, p. 38-39.

Em contrapartida se o dinheiro tem sua origem em atividades ilícitas *per se*, ou seja, qualquer atividade delitiva, está caracterizado o “dinheiro sujo”. É aquele que apresenta uma ilicitude desde o momento em que foi auferido, visto se tratar de ganho sobre atividade criminosa.

Marco Antônio de Barros¹³¹ ainda indica uma linguagem popular para tratar destas diferentes acepções da palavra dinheiro, ou do dinheiro que está fora do país: dinheiro “quente” é aquele que possui origem regularmente comprovada; dinheiro “frio” é o sonegado, não declarado ao Fisco, originário, em regra, de “caixa 2” (conduta criminosa prevista no art. 11 da Lei 7.492/86, que significa movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação); dinheiro “sujo”, por sua vez, é aquele oriundo de uma atividade ilícita.

“Lavagem”, então, aplica-se perfeitamente ao caso enquanto linguagem metafórica. É que, a conduta incriminada é exatamente esta de tentar “limpar”, “purificar” a origem deste dinheiro, para, mais facilmente, inseri-lo no mercado financeiro.

3.2.2 As Diferentes Acepções na Legislação Alienígena.

Sabe-se que o nome “lavagem de dinheiro” tem origem americana (*money laundry*). O Brasil segue esta exatamente esta nomenclatura, apesar da legislação pátria abarcar a lavagem de “bens, direitos ou valores” (art. 1º), sem se referir diretamente ao termo dinheiro. Porém, convém anotar que nem todos os países adotam esta designação, e com razões diferentes.

O significado desta expressão “lavagem” é explicado na doutrina de duas formas. Ambas com total significação, seja quando se delinea o sentido da expressão face à conduta descrita no tipo, seja quando se faz uma análise histórica do seu surgimento.

É que, pensando-se na lavagem enquanto tipo penal, o termo é empregado no sentido de que, ao perceber os grandes êxitos econômicos das atividades criminosas, os sujeitos

¹³¹ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 45.

passaram a fazer um processo de “lavagem” com o dinheiro, uma espécie de reciclagem. É que o dinheiro limpo torna-se mais suscetível à impunidade, visto que será reinvestido no sistema econômico.

Esta é a fundamentação de Marcelo Mendroni¹³², para quem o fundamento da adoção desta nomenclatura se dá por conta do processamento que é realizado com os ganhos ilícitos. “O dinheiro por um processo de ‘limpeza’ e acaba sendo reutilizado, de forma ‘nova’”.

Um outro sentido que é empregado para este termo “lavagem” está ligado a sua origem histórica. Blanco Cordero indica que a primeira vez que esta expressão foi utilizada data de 1982, oportunidade em que, em um Tribunal americano, se denunciava a prática da lavagem de dinheiro oriundo de tráfico de cocaína colombiana.¹³³

É que, nos Estados Unidos, umas das formas usadas para mascarar a origem ilícita destes ganhos era através de lavanderias automáticas, as *laundromats*. Os grandes mafiosos adquiriram redes de lavanderias automáticas como forma de investir lucros da atividade criminosa. Esta era uma técnica simples, porém eficaz, visto que não há forma de fiscalização da quantidade de clientes e roupas que circulam diariamente.

O legislador pátrio adotou este *nomen iuris* “lavagem de dinheiro” – denominação legal – acolhendo a experiência alemã e norte-americana. Para estes países o que é levado em consideração é a ação praticada, partindo-se dos núcleos verbais referidos no tipo. O fator levado em consideração é a operação, e não o resultado deste mascaramento.

Na Alemanha o termo adotado foi *Geldwachen*, nos Estados Unidos e Inglaterra, *Money Laundry*. Além do Brasil (lavagem de dinheiro), também seguiu este modelo a Argentina, o México (*lavado de dinero*, para ambos) e a Itália (*riciclaggio di denaro*).

Outro posicionamento foi o assumido pela França, Bélgica, Espanha e Portugal, adotando termos que levam em conta não a ação em si mesma, e sim, o seu resultado. É que, para estes países, o fator que é levado em consideração é a ação já completa, o dinheiro já “branqueado”.

¹³² MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 23.

¹³³ *Apud* BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Aspectos gerais sobre o crime de 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, p. 25.

Na França e na Bélgica a denominação utilizada foi *Blanchiment d'argent*, na Espanha *Blanqueo de Dinero*, na Suíça, *Blanchissage d'argent* e em Portugal *Branqueamento de Dinheiro*.

A opção brasileira tem fundamentação expressa na Exposição de Motivos (EM 692/96). É que o então Ministro da Justiça, Nelson Jobim, em conferencia realizada em Maputo (Moçambique), juntamente com outros países de língua portuguesa, indicou que a denominação "*branqueamento*", utilizada em Portugal, por exemplo, além de não estar inserida no contexto da linguagem cotidiana do Brasil, sugere a inferência racista do vocábulo, motivando estéreis e inoportunas discussões.¹³⁴

Por fim, não se pode caracterizar a o fenômeno da lavagem num fenômeno de oposição entre o dinheiro "branco" e o dinheiro "negro", seja por uma questão de serem estas expressões fruto de utilização politicamente incorreta dos termos, seja por que não se pretende fazer uma análise maniqueísta deste fenômeno, com associação do branco e do negro com o bem e o mau.¹³⁵

3.3 CONCEITO DE LAVAGEM DE DINHEIRO

¹³⁴ Consoante a EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM n° 692 / 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 laundering*). 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 estéreis e inoportunas discussões.

¹³⁵ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Aspectos gerais sobre o crime de 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, p. 24

O conceito não está expressamente previsto na legislação brasileira. É que o artigo 1º da Lei 9.613 limita-se a indicar a forma de se praticar o crime: “ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime”, trazendo, em seguida, o rol de antecedentes.

Em que pese a ausência conceitual legalmente estabelecida, pode-se dizer que a lavagem de dinheiro é o conjunto das operações que buscam dar aparência de licitude ao montante de dinheiro obtido por meio de ações delituosas.

Tigre Maia¹³⁶ 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 Barros¹³⁷ 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”. Da mesma forma que Tigre Maia, a fim de explicitar melhor qual seria este conjunto de operações, indica as fases pelas quais passa o delito de lavagem: “e tal se dá por um processo dinâmico, teoricamente composto por três fases independentes e simultâneas, denominadas colocação, dissimulação e integração.”

Rodrigo Santiago¹³⁸ 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*.

¹³⁶ 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.

¹³⁷ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 46

¹³⁸ 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.

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 libertados dos vestígios da respectiva origem”. É a primeira fase da lavagem: separar o dinheiro de sua origem criminosa. 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”.

Entretanto, pelo que se pode perceber, os doutrinadores utilizam-se dos procedimentos para se alcançar a lavagem como forma de explicá-la. Porém, à mingua de definição, não se pode confundir a conceituação com a operacionalização da lavagem. Estas fases, presentes em subtópico específico, são etapas escalonadas para se efetivar a lavagem, mas não fazem parte de seu conceito.

Márcia Monassi Mougenot Bonfim e Edílson Mougenot Bonfim¹³⁹ indicam características comuns no processo de lavagem, que estão presentes frequentemente nas conceituações doutrinárias acerca do tema. São elas:

- 1) a lavagem é um processo onde somente a partida é perfeitamente identificável, não o ponto final;
- 2) a finalidade desse processo não é somente ocultar ou dissimular a origem delitiva dos bens, direitos e valores, mas igualmente conseguir que eles, já lavados, possam ser utilizados na economia legal.

O que ocorre é, em verdade, uma verdadeira tautologia¹⁴⁰ na tentativa de se explicar o conceito de lavagem. É que se explica o seu conceito com os próprios métodos de prática do crime e, até, com a finalidade alcançada com o seu cometimento.

Em suma, o que se pode afirmar sobre o conceito da lavagem, sem muitos rigores científicos, é que, o próprio *nomen iuris* e a figura metafórica nele contida expressam seu conceito e sentido. Desta forma, opta-se por uma definição legal¹⁴¹, aquela contida no art.

¹³⁹ BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 27.

¹⁴⁰ Conceito da Enciclopédia Wikipédia: “em filosofia e outras áreas das ciências humanas, diz-se que um argumento é tautológico quando se explica por ele próprio, às vezes redundantemente ou falaciosamente. Por exemplo, dizer que “o mar é azul porque reflete a cor do céu e o céu é azul por causa do mar” é uma afirmativa tautológica.” Disponível em <http://pt.wikipedia.org>

¹⁴¹ André Luis Callegari resume o problema da conceituação: “todos os autores têm sua definição para o fenômeno da lavagem de dinheiro e o definem em termos iguais ou muito parecidos.” (*Direito Penal*

1º da Lei 9.613, ainda que não satisfaça completamente a doutrina, que busca aprimorar o que já está simploriamente entendido.

3.4 CARACTERÍSTICAS DESTA NOVA MODALIDADE DE DELINQUÊNCIA

Através do estudo do fenômeno da lavagem de dinheiro é possível identificar determinadas características que acompanham esta espécie delitiva, servindo como ponto de congruência e diferenciação dos outros tipos penais. É certo que estas características podem estar presentes em outros crimes. Todavia, é a cumulação das mesmas que determinará a especialidade deste delito.

Uma das características mais marcantes da lavagem é a internacionalização das atividades. É que, como já foi dito alhures, o delito de lavagem de dinheiro está intrinsecamente ligado à delinquência internacional. Isto se dá, primeiramente, em função da natureza dos bens e serviços que servem para a prática do delito precedente: tráfico de drogas e armas, contrabando, terrorismo. Em segundo plano, esta internacionalização dificulta a persecução por parte das autoridades, facilitando a ocultação do dinheiro.

Segundo ensinamentos de Blanco Cordero¹⁴², pode-se apontar algumas vantagens proporcionadas pela internacionalização, valendo-se transcrever integralmente:

a) a possibilidade de elidir a aplicação de normas estritas, e com isso a jurisdição de países que mantêm políticas severas de controle da lavagem de dinheiro; b) a obtenção de vantagens através dos problemas de cooperação judicial internacional e de intercâmbio de informação entre países que têm leis diferentes, sistemas penais diferentes e, também, distintas culturas administrativas; c) permite aos lavadores que se beneficiem das deficiências da regulação internacional e sua aplicação, desviando os bens objetos da lavagem àqueles países com sistemas mais débeis de controle e persecução da lavagem de dinheiro.

Alguns países são denominados internacionalmente como “praças fortes”¹⁴³, no sentido de serem locais comumente utilizados para a lavagem, seja por constituírem um forte

Econômico e Lavagem de Dinheiro: Aspectos Criminológicos. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 72).

¹⁴² *Apud CALLEGARI*, André Luis, op. cit., p. 40.

¹⁴³ *Ibidem*, p. 367.

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 antinomia entre “país negócio/ país do branqueamento”.

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.

Rodrigo Santiago chama atenção para um caso considerado paradigmático em termos de paraísos fiscais: Liechtenstein (ou Listenstaine, forma usada oficialmente pela União Européia) que é um minúsculo principado, um microestado, considerado um dos lugares mais ricos do mundo. Relata o autor que “em meados dos anos 70 tinha uma população de 24.000 (vinte e quatro mil) habitantes, mas que era sede de mais de 30.000 ‘firmas’, a maioria das quais fictícias (*Briefkastenfirmer*).”¹⁴⁴

Outra característica inarredável da lavagem é o grande montante de dinheiro envolvido nas operações. Esta 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.

Segundo dados oferecidos pelo Conselho de Controle de Atividades Financeira¹⁴⁵ (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.

¹⁴⁴ 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.

¹⁴⁵ Disponível em <https://www.coaf.fazenda.gov.br>

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.

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 Callegari¹⁴⁶ 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.

¹⁴⁶ *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: Aspectos Criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p. 41.

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 dos meios empregados acabam por conectar estes crimes às organizações criatividades empresárias. Estas, por sua vez, estão dispostas de modo a estabelecer relação de subordinação e com certo grau de confiança entre seus membros.

Conseqüentemente, estas “empresas”, em função da natureza de sua organização e complexidade de sua 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.”¹⁴⁷

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.

3.5 FASES DA LAVAGEM DE DINHEIRO

Já se estudou que a lavagem de dinheiro é, em verdade, um conjunto de operações, todas elas com objetivo de ocultar ou mascarar a origem de bens, direitos ou valores provenientes de crime. O que se pretende, agora, é indicar quais as fases fazem parte destas operações.

¹⁴⁷ 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. España*. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2008.

Ainda, será discutido, de forma breve, quais os métodos mais utilizados nesta prática, relacionado-os com cada uma das fases. Não se pretende, com isso, indicar todas as formas encontradas na prática deste mascaramento. Até porque, indica a doutrina que este tipo de criminalidade está sempre “um passo à frente” das investigações, desenvolvendo diversos métodos novos, à medida que outros (poucos) vão sendo descobertos.

3.5.1 A colocação, a ocultação e a integração

Blanco Cordero¹⁴⁸ faz 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.

O certo é que, na doutrina brasileira, são três as fases de lavagem: colocação, ocultação e integração. O COAF, Conselho de Controle de Atividades Financeiras, órgão vinculado

¹⁴⁸ *Apud* BONFIM, Márcia Monassi Mougnot; BONFIM, Edílson Mougnot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 33.

ao Ministério da Fazenda e criado com a Lei 9.613 para fins fiscalizatórios indica que “os mecanismos mais utilizados no processo de lavagem de dinheiro envolvem teoricamente três etapas independentes que, com frequência, ocorrem simultaneamente.”¹⁴⁹

A primeira etapa deste processo de lavagem é a *colocação* do dinheiro no sistema econômico. Colocação¹⁵⁰ 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.

André Luis Callegari¹⁵¹ indica que este distanciamento é necessário porque os criminosos “tem ciência que a acumulação de grandes somas de dinheiro em moeda pode chamar a atenção em relação a sua procedência ilícita.”

Esta primeira fase pode ser feita mediante uma série de operações, a seguir explicitadas. As primeiras delas, talvez as mais rudimentares, mas ainda utilizadas, são o contrabando e o “cabodólar”. O contrabando consiste no tráfico ilegal de notas¹⁵² através de empresas de transporte, de um agente contratado ou do próprio correio. É um método comum, barato e com poucos riscos. Já o “cabodólar” é a operação de envio de notas através dos chamados “doleiros”.

Os agentes envolvidos com a lavagem responderão 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 Nacional.

No tocante ao Sistema Financeiro, é de se ressaltar também, que estes doleiros cometem crime previsto na Lei 7.492/86, que é operação de câmbio com finalidade de evasão de

¹⁴⁹ <https://www.coaf.fazenda.gov.br>

¹⁵⁰ Márcia Monassi Mougnot Bonfim e Edilson Mougnot Bonfim indicam outra nomenclatura para esta fase: “introdução”. (op. cit., p. 35).

¹⁵¹ CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos*. Livraria do Advogado: 2003, p. 48

¹⁵² Dois 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 US\$ 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.

divisas, prevista no art. 22¹⁵³. É que esta lei equipara a pessoa física a uma instituição financeira, quando esta pessoa física pratica atos, por exemplo, de câmbio de moedas. A redação do art. 1º, em seu parágrafo único, inciso II, dispõe que “equipara-se à instituição financeira a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.”

Como o objetivo da colocação é promover, de forma imediata a separação física entre sujeito criminoso e proventos do crime, pode-se fazer aplicações em entidades financeiras ilegais ou não tradicionais. Há, desta forma, um distanciamento com a aplicação do montante em instituições financeiras, graças ao sigilo das operações e às diferentes regulamentações dadas pelos países. Um exemplo destas instituições não tradicionais são as agências de seguros.

Com o objetivo de definir a fase de colocação, duas operações podem ser realizadas: fracionamento e mistura de fundos lícitos e ilícitos. Através do fracionamento, o valor total é dividido em depósitos menores, que escapam ao montante alvo de investigações pela Administração. Exemplo: se os depósitos acima de R\$ 1.000 são investigados, o sujeito realiza dois depósitos de R\$ 500. Já a mistura de valores deve ser feita com o valor conseguido com o crime e valores lícitos, porém produto de atividades sem muito controle, como bares, restaurantes, estacionamento.

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 Barros¹⁵⁴ 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 maquiar a trilha contábil.

¹⁵³ 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.

¹⁵⁴ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 48.

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, 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, como se lícito fosse. Exemplo: consegue-se comprovar a origem de um grande montante de dinheiro justificando-se com a venda de um imóvel, com os juros de uma aplicação.

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.

Este posicionamento é, inclusive, o posicionamento dos Tribunais Superiores¹⁵⁵, quando do tratamento da consumação da lavagem. Siga-se, por oportuno, a orientação dada por Marco Antônio de Barros¹⁵⁶:

É dizer: esta nova posição sustentada por parte da literatura especializada, que desde o princípio dos estudos a respeito da matéria se apresentou de forma subjacente e transnacional, já não pode mais ser ignorada e merece ser levada em conta no exame do caso concreto, até porque, o texto descritivo do tipo penal não exige expressamente a superação das fases *dissimulação e integração* para configuração do crime de “lavagem”.

Não se exige resultado exitoso na operação de lavagem. Qualquer conduta que tenha como objetivo mascarar a origem ilícita de bens, direitos ou valores já torna o delito consumado.

3.5.2 Técnicas mais utilizadas na lavagem

Algumas técnicas foram brevemente explicitadas em tópico anterior. Relembre-se, por oportuno, que as formas de execução aqui explanadas não pretendem esgotar a matéria, visto se tratar de mecanismos que estão em constante mudança, por conta da necessidade de burla à fiscalização e conseqüente impunibilidade.

A modalidade mais comum, já explicitada, denominada “cabodólar”¹⁵⁷, envolve a “rede de transferência de valores à margem do sistema financeiro oficial, ou seja, por intermédio de *doleiros* e casas de câmbio que realizam a transferência de valores de um local ou país a outro”, sem o devido pagamento da tributação, sem declaração ou autorização legal.

¹⁵⁵ Confira-se o exemplo do caso conhecido brasileiro denominado de “Mensalão”: “EMENTA: Lavagem de dinheiro: L. 9.613/98: caracterização. O depósito de cheques de terceiro recebidos pelo agente, como produto de concussão, em contas-correntes de pessoas jurídicas, às quais contava ele ter acesso, basta a caracterizar a figura de “lavagem de capitais” mediante ocultação da origem, da localização e da propriedade dos valores respectivos (L. 9.613, art. 1º, caput): o tipo não reclama nem êxito definitivo da ocultação, visado pelo agente, nem o vulto e a complexidade dos exemplos de requintada “engenharia financeira” transnacional, com os quais se ocupa a literatura.” (RHC 80816, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 18/06/2001, DJ 18-06-2001 PP-00013 EMENT VOL-02035-02 PP-00249) Grifou-se.

¹⁵⁶ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50.

¹⁵⁷ op. cit., p. 21.

A próxima forma usual é o contrabando de notas. Este contrabando consiste no transporte físico do dinheiro para outra localidade ou país, na prática conhecida como *mala preta*. André Luis Callegari¹⁵⁸ indica duas razões para esta prática ser tão comum no Brasil: facilidade ao passar pelas fronteiras de países como o Uruguai, a Argentina e Paraguai; dimensão continental do país, que possui áreas sem qualquer tipo de fiscalização. Este método é bastante “indicado”, pois não deixa rastros nem vinculações do dinheiro com sua origem.

Outra técnica realizada é o fracionamento, também denominado como estruturação (*structuring*) ou *smurfing* (este termo é utilizado fazendo-se alusão ao desenho animado Smurfs, pequenos seres). Este método consiste em dividir o “‘bolo de dinheiro’ em muitas quantias pequenas, no limite permitido pela legislação”¹⁵⁹. É fracionar uma grande operação financeira em diversas outras de pequenos valores, de modo a não chamar a atenção, evitando a fiscalização por se tratar de valores inferiores aos limites fiscalizados.

Com este fracionamento, é possível realizar a colocação destes ativos no mercado financeiro através das próprias instituições financeiras. Esta forma dá uma aparência de legalidade acima das suspeitas, visto que as pequenas operações não sofrem fiscalização e não são alvos de investigação frequentemente. Com estas aplicações iniciais, pode-se fazer diversas outras aplicações menores, desvinculando, quase que completamente, o dinheiro de sua origem.

Também é possível tentar ludibriar a fiscalização através da mescla ou *comminglig*. Consiste na mistura de dinheiro ilícito com outros fundos de origem lícita, “em especial no ramo de serviços, de difícil mensuração, ou de vendas a varejo realizadas em espécie, como restaurantes, lancherias ou lotéricas”¹⁶⁰ ou utilizando-se dos recursos ilícitos na própria atividade empresarial, com pagamento de pessoal, compra de matéria-prima ou qualquer bem que possa ser negociado em dinheiro.¹⁶¹

¹⁵⁸ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 53.

¹⁵⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 62.

¹⁶⁰ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Aspectos gerais sobre o crime de 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, p. 22.

¹⁶¹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 62.

É possível a realização de falsa especulação com obras de arte ou pedras preciosas, visto que seus valores podem ser facilmente simulados e superiores aos reais, pois se trata de bens de difícil avaliação para as autoridades fiscalizadoras.

Sobre esta compra de bens, ela pode, por si só, ser uma forma de lavagem de dinheiro. Blanco Cordero assinala que as finalidades desta compra podem ser três: manter estilo luxuoso de vida; transformar grandes ganhos em outros bens, que podem ser menos valiosos e menos chamativos; obter bens que servirão como forma de incrementar a atividade empresarial.¹⁶²

A utilização de laranjas, homens de palha ou testas-de-ferro também é comum dentre as atividades criminosas. Estes laranjas são pessoas cujos nomes e, por vezes, contas-bancárias, são utilizados, com seu conhecimento ou não, para titularizarem dinheiro ou bens de propriedade do lavador. Perceba-se que, nem sempre, estas testas-de-ferro serão punidos pelo crime, visto que poderá haver ausência completa de total de dolo, com desconhecimento da participação em atividade criminosa.

Márcia Monassi Mougenot Bonfim e Edílson Mougenot Bonfim¹⁶³ indicam a técnica utilizada em cartéis colombianos, que ficou conhecida com técnica Franklin Jurado:

Técnica de Franklin Jurado: 1) o dinheiro, vindo da Colômbia, é colocado em um paraíso fiscal; 2) o dinheiro é transferido para a conta do Sr. X na Alemanha; 3) da Alemanha, o dinheiro é transferido para uma conta do Sr. Y em Mônaco; 4) o Sr. Y efetua transferências para contas de empresas na Suíça e em Luxemburgo; 5) o dinheiro é transferido a uma conta com pseudônimo na Áustria; 6) o dinheiro volta a Colômbia através de sociedades européias sob forma de investimentos industriais. Estas sociedades são controladas de fatos pelos membros do cartel.

Baltazar Júnior¹⁶⁴ denomina esta operação de *prêt adossé*, e indica que ela se caracteriza pelo depósito em contas bancárias nos chamados paraísos fiscais do dinheiro de origem ilícita e, em seguida, por intermédio de sociedades empresárias o dinheiro é enviado para outro país, e o autor sugere como exemplo Luxemburgo; os titulares das contas nos paraísos fiscais controlam uma atividade lícita, “uma cadeia de restaurantes em Nova

¹⁶² Apud CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos*. Livraria do Advogado: 2003, p. 53

¹⁶³ BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 38.

¹⁶⁴ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Aspectos gerais sobre o crime de 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, p. 22.

Iorque por hipótese”, pedindo esta sociedade de restaurantes nova-iorquina um empréstimo a um banco da sua praça “e garante o empréstimo com a conta do banco luxemburguês; se porventura não reembolsar o empréstimo, o banco de Nova Iorque pagar-se-á como dinheiro ‘preso’ no Luxemburgo”.

Outra operação utilizada é a dos empréstimos de regresso, também conhecida como *loan back*, utilizada desde o início dos anos 20, pelo conhecido Meyer Lansky, situação abordada em tópico anterior. Consiste em técnica que consiste em empréstimos de fachada. É possível a sua prática através do uso de empresas de fachada localizadas em paraísos fiscais, sendo seus proprietários os mesmos de empresas localizadas no Brasil, havendo, então, simulação de empréstimos ou dependerá da conivência de instituições financeiras internacionais, mediante recebimento de percentual.

Paralelo a esta situação de cumplicidade de bancos estrangeiro e funcionários do sistema financeiro, existe a utilização das contas numeradas como forma de diminuir o vínculo entre o dinheiro e sua origem. “Há países que admitem a existência de contas sem identificação dos titulares, ou cujo conhecimento é restrito aos mais altos funcionários dos bancos, como são a Áustria e a República Tcheca.”¹⁶⁵

Caso paradigmático no Brasil de método utilizado na lavagem foi o caso dos “anões do orçamento”¹⁶⁶, ocorrido no ano de 1993. Foram 18 acusados em CPI (comissão parlamentar de inquérito): seis foram cassados, oito absolvidos e quatro preferiram renunciar para fugir da punição e da inelegibilidade. O então deputado baiano João Alves afirmou ter ganho mais de cem vezes na loteria. Este método consiste na compra superfaturada de bilhetes ao portador pelo lavador, que simula uma fonte lícita para o dinheiro sujo.

Baltazar Júnior¹⁶⁷ indica ainda a prática da “operação esquentar-esfria ou especulação financeira cruzada”. Esta técnica consiste em operações na Bolsa de Valores, “com simulação de lucros e prejuízos em operações casadas e de sinal contrário, com os mesmos titulares ou com a utilização de laranjas, que compram e vendem os mesmos

¹⁶⁵ Ibidem, p. 22.

¹⁶⁶ Disponível em: <http://www.senado.gov.br/sf/noticia/senamidia/historico/1999/4/zn040525.htm>. Acesso em: 11 jul. 2009.

¹⁶⁷ Ibidem.

títulos, no mesmo dia (*day trade*)”. Estas operações estão acima das suspeitas, visto que geram prejuízos para um, diminuindo, com isso, imposto de renda devido. Os lucros falsos que são gerados para o outro é que possibilita a lavagem de dinheiro.

Outra técnica comumente praticada, até mesmo por pessoas não envolvidas com crimes antecedentes, mas com a intenção de iludir o pagamento de tributação devida, é a venda de propriedade imobiliária de forma fraudulenta. O agente compra um imóvel por um preço x e o declara com preço $x/2$, pagando o restante “por fora” ou “por debaixo do pano”. No momento da nova venda, alega o proprietário-lavador que realizou benfeitorias que geraram uma valorização do imóvel.¹⁶⁸ Baltazar Júnior¹⁶⁹ denomina esta operação de “falsa especulação imobiliária”. Indica esta forma já mencionada de praticar o mascaramento e mais: “com a hipótese da incorporação imobiliária, em que o agente constrói o imóvel, declarando custos superiores aos reais e assim dando aparência de um lucro maior, que pode ser declarado como legal.”

A grande parte das operações de lavagem é praticada através de atividade empresária. Algumas das técnicas apontadas¹⁷⁰ como forma de lavagem nesta prática societária são feitas através das sociedades pré-constituídas (*en rayon, prête à l'emploi*); sociedades de fachada; sociedades-fantasma; sociedades *offshore* ou sociedades de não-residentes.

As sociedades pré-constituídas (*en rayon, prête à l'emploi*) que são aquelas criadas formalmente, mas que não chegam a entrar em atividade, apesar de pagas todas as taxas e cumpridas as formalidades necessárias; já as sociedades de fachada são aquelas legalmente constituídas que possuem, aparentemente, uma atividade lícita, que serve somente com forma de encobrir a atividade principal ilícita; quanto às sociedades-fantasma, estas são empresas inexistentes, sem registro, cujos nomes passam a ser utilizados em documentos de expedição de mercadorias ou transferências de valores; por

¹⁶⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 70.

¹⁶⁹ BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Aspectos gerais sobre o crime de 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, p. 22.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 20.

fim, as sociedades *off-shore* ou sociedades de não-residentes, caracterizadas por não possuírem atividade no país onde estão sediadas, geralmente um “paraíso fiscal”.¹⁷¹

3.6 BREVE ANÁLISE DOS DISPOSITIVOS LEGAIS

A legislação brasileira de combate à lavagem entrou em vigor em 3 de março de 1998, pouco mais de um ano após o envio do seu Projeto para votação e aprovação. Como já explicitado, a Lei brasileira optou por tratar, expressamente, quais os delitos considerados antecedentes ao da lavagem, criando rol (supostamente) taxativo.

Neste tópico, buscar-se-á fazer uma análise dos dispositivos legais, com enfoque à parte penal (visto que a processual penal será estudada em item apartado). Quais os núcleos previstos no tipo, as formas equiparadas, estudo das suas elementares, quais os delitos antecedentes, são os principais assuntos abordados a seguir.

3.6.1 Explicações preliminares: a conduta criminosa

Em linhas gerais, o delito de lavagem consiste em condutas alternativas de ocultar ou dissimular operações realizadas com bens, direitos e valores oriundos de crimes taxativamente previstos na própria Lei. “Lavar dinheiro”, destarte, é o sentido figurado que se emprega à operação de camuflar a origem suja ou negra do dinheiro, e aqui não se limitando apenas à moeda corrente.

Portanto, os núcleos previstos no tipo são ocultar e dissimular. Em que pese a semelhança entre estes verbos, a doutrina indica sentidos diferentes para tais condutas. Ocultar significa esconder, encobrir, tornar algo inacessível para as demais pessoas. Já o núcleo dissimular, significa esconder com astúcia, disfarçar. Na verdade, a dissimulação

¹⁷¹ Luís Góes Pinheiro *apud* BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. *Aspectos gerais sobre o crime de 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, p. 20.

pode ser entendida como uma fase posterior à ocultação: primeiro o sujeito esconde, depois tenta, arditamente, encobrir a origem¹⁷².

Para Marco Antônio de Barros¹⁷³, há diferença nestes verbos, sendo que a ocultação “significa encobrir, esconder, sonegar, não revelar”, enquanto que a dissimulação é “ocultar com astúcia, fingir, disfarçar.”

Márcia Monassi Mougenot Bonfim e Edílson Mougenot Bonfim¹⁷⁴ indicam que estes comportamentos podem se dá através de uma ação (chamados tipos comissivos), como é o caso de encobrir, esconder, ou através de uma omissão (tipos omissivos), como é a conduta de silenciar, não revelar.

Ainda, cumpre ressaltar que este é um delito misto alternativo, plurinuclear ou crime de ação múltipla¹⁷⁵, que significa dizer que, embora o sujeito pratique mais de um verbo previsto no tipo, haverá crime único. Assim, se o sujeito, após a prática das fases lê lavagem, consegue, primeiramente ocultar e, em seguida, dissimular a origem do capital, haverá conduta única de lavagem de dinheiro.

Tigre Maia¹⁷⁶, neste mesmo sentido indica também esta característica, afirmando que “a realização de quaisquer das ações elencadas nos núcleos verbais ali consignados caracteriza o ilícito e, por outro lado, a subsunção a mais de uma ação nuclear não configura pluralidade de crimes.”

Além disso, o tipo previsto no art. 1º da Lei 9.613 fala em ocultar ou dissimular “bens, direitos ou valores”, sem mencionar, expressamente, a palavra dinheiro. É que o tipo previsto na lei brasileira tentou ser ainda mais abrangente. E, sem necessidade! Explica-

¹⁷² Nesta distinção, alguns autores não conseguem encontrar uma clareza para diferenciar os dois verbos, e acabam criando uma confusão terminológica: “O legislador adotou o critério de definir ‘ocultação’, com o mesmo significado de ‘lavagem’ (em sentido genérico), de bens, direitos e valores. Então, ‘ocultar’ é o mesmo que ‘lavar’, sendo ‘dissimular’ espécie do gênero ‘lavar’ – em situação mais específica.” (MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 38).

¹⁷³ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro – implicações penais, processuais e administrativas*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 7.

¹⁷⁴ BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 42.

¹⁷⁵ “Diante do contexto fático único, nos crimes plurinucleares, se o agente realiza mais de um verbo o crime é único (por força do princípio da alternatividade)”. (GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 527)

¹⁷⁶ 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. 65.

se. É que a Convenção de Viena de 1988¹⁷⁷, marco fundamental para elaboração da lei pátria trouxe expressamente o conceito de bens em seu artigo 1º alínea c: “por ‘bens’ se entendem os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos legais que confirmam a propriedade ou outros direitos sobre os ativos em questão”.

A doutrina, entretanto, faz diferença entre estes conceitos, a saber. O conceito de bens é, em regra, o mesmo trazido pela Convenção de Viena para a imensa maioria dos doutrinadores. Já os direitos, explica-se como sendo equivalente a créditos, como os cheques, os títulos de crédito tradicionais (nota promissória, letra de câmbio), as ações e demais valores mobiliários. Valores, de sua feita, significa dinheiro (papel moeda ou moeda metálica ou o chamado cheque de viagem (*traveler check*), que possui o mesmo valor nominal que o dinheiro.¹⁷⁸

Por fim, vale ressaltar que esta lei tratou da ocultação ou dissimulação da “natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade”¹⁷⁹ destes capitais. Quando se fala na ocultação/ dissimulação da natureza, significa encobrimento sobre a qualidade; quando se fala em origem, significa que o mascaramento se dá sobre a procedência ilícita dos proventos; quando se menciona a localização, significa que a situação espacial dos bens não é revelada; a disposição dos bens é usada no sentido de distribuição dos bens; já a movimentação significa conjunto de operações realizadas com os valores; por fim, quando se esconde a propriedade, significa que o titula que exerce direito sobre os bens é encoberto.

Em seu parágrafo primeiro, o art. 1º da Lei de Lavagem indica figuras equiparadas à do caput, dispondo que “incorre na mesma pena quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes

¹⁷⁷ Incorporada ao ordenamento brasileiro em 1991, através do Decreto nº 154.

¹⁷⁸ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 39.

¹⁷⁹ “Cuida-se de *ocultar* (esconder) ou *dissimular* (encobrir) a *natureza* (a essência, a substância, as características estruturais ou a matéria), *origem* (procedência, lugar de onde veio ou processo através do qual foi obtido), *localização* (a situação atual, o lugar onde se encontra), *disposição* (qualquer forma de utilização, onerosa ou gratuita), *movimentação* (no sentido de aplicação; de circulação, especialmente financeira ou bancária, ou, também, de deslocamento físico de bens móveis) ou *propriedade* (domínio, poder sobre a coisa, titularidade, qualidade legal ou fática de dono) de *bens, direitos e valores* (objetos materiais do crime).” (BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 65).

referidos neste artigo: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.”

Há, ainda, norma de equiparação prevista no parágrafo segundo do referido artigo, que será alvo de dedicação em seguida.

Por ora, cabe analisar a conduta do §1º. O tipo descreve a conduta de quem cria meios para que os bens, direitos e valores descritos no caput como provenientes de ilícito antecedente possa ser introduzido no circuito econômico, *mutatis mutandis* assemelhando-se aos delitos de favorecimento real (art. 349 do Código Penal: “Prestar a criminoso, fora dos casos de co-autoria ou de receptação, auxílio destinado a tornar seguro o proveito do crime.”) e de receptação (art. 180 do Código Penal: “Adquirir, receber, transportar, conduzir ou ocultar, em proveito próprio ou alheio, coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte.”)¹⁸⁰

O inciso I, que trata da conversão em ativos lícitos significa dizer que há transformação, modificação, alteração ou mudança dos bens, direitos e valores adquiridos de forma ilícita em “ativos lícitos”. “Ativo” significa a acepção ampla da palavra patrimônio, e podem se apresentar como capital social, ações, aplicações financeiras, imóveis, bens moveis de valor elevado.¹⁸¹

No inciso II está a conduta de quem “adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere” os ativos ilícitos. Adquirir significa obter o título, seja através da compra, seja gratuitamente; receber é aceitar, acolher, e também pode ser a título oneroso ou gratuito; a operação de troca significa permuta; dar e receber em garantia indica que há situação de aval, de fiança, de seguro, cobertura; guardar denota cuidado, vigilância, custódia; ter em depósito significa ter em

¹⁸⁰ CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 335.

¹⁸¹ 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. 96.

estoque; movimentar, aí, não está necessariamente relacionada ao aspecto físico, mas ao aspecto de circulação; por fim, transferir significa ceder, transmitir.¹⁸²

Este inciso II é denominado na doutrina de “receptação específica”¹⁸³ em uma alusão ao delito previsto no Código Penal, mas com as especificidades relativas à lavagem. É que esta receptação tem por finalidade o encobrimento da fruição do patrimônio obtido por meio ilícito.

Já o inciso III, incrimina a conduta de quem “importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros.” Esta é uma modalidade comum de lavagem, em que existe um valor sobrestimado – em regra, para as mercadorias importadas ou exportadas, recebendo os demais valores de forma escamoteada. Os núcleos são importar (que significa trazer para o mercado nacional) e exportar (que significa remeter para o exterior).

Marco Antônio de Barros¹⁸⁴ sugere um exemplo desta operação contida no inciso III:

o agente importa ou exporta bens – quaisquer bens e não necessariamente aqueles que sejam produtos do crime básico -, que no mercado internacional estão cotados em cem mil dólares, mas a negociação é feita pelo valor de um milhão de dólares. Se a diferença fictícia entre os valores for utilizada como disfarce para ocultar ou dissimular a utilização do lucro obtido com o crime antecedente, configura-se esta figura delituosa paralela do crime de “lavagem”.

O parágrafo segundo do art. 1º da Lei 9.613/90 trata, mais uma vez, de figuras equiparadas ao caput dispondo que “incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo; 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.”

O inciso I trata especificamente da fase de reinversão ou integração, buscando coibir a última etapa da lavagem, a oportunidade em que o agente procura inserir os lucros

¹⁸² BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 45.

¹⁸³ CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003, p. 123.

¹⁸⁴ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro – implicações penais, processuais e administrativas*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998, p. 184.

obtidos com atividade criminosa no mercado. É uma proteção, em última análise, do próprio sistema financeiro ou da própria ordem econômica.

Veja-se, por oportuno, que o dolo presente nesta conduta está bem delineado pelo legislador, no momento em que dispõe que o agente “sabe” da proveniência dos bens, direitos e valores. Desta forma, admite somente a modalidade de dolo direto¹⁸⁵, sendo aquela em que o sujeito deseja a atividade criminosa. O dolo na modalidade indireta resta excluído, que é a oportunidade em que o sujeito assume o risco da ocorrência do resultado. Assim, havendo dúvidas sobre a procedência, não se pode falar, em tese, em conduta criminosa.

O inciso II trata de modalidade de associação ou participação em grupo ou escritório que atua na lavagem de dinheiro. É uma modalidade de concurso de pessoas, oportunidade em que mais de um sujeito realiza a conduta típica. Para existência deste concurso de agentes, é necessário que haja pluralidade de pessoas, com unidade de designos (vínculo subjetivo entre elas, acordo de vontades), praticando o mesmo tipo penal (unidade típica) e que cada comportamento seja relevante para a execução ou finalização da atividade criminosa.

Sobre os sujeitos da lavagem, o capítulo seguinte destinará um tópico para abordar o tema.

É de se ressaltar, por fim, que as condutas previstas tanto no §1º quanto no §2º são independentes entre si e também não significam que o agente praticou as condutas previstas como crime antecedentes. A preocupação do legislador, agora, foi a de evitar a reinserção destes ativos no mercado.

3.6.2 A Questão do Delito Antecedente.

¹⁸⁵ “O art. 18, I, apresenta duas modalidades de dolo: na primeira, o agente quer o resultado; na segunda, o agente assume o risco de produzir o resultado. A primeira modalidade do dolo (querer o resultado) é chamada de dolo direto. Adotou-se aqui a Teoria da Vontade. [...] A segunda modalidade de dolo (assumir o risco de produzir o resultado) é o chamado dolo eventual. Com relação a esta modalidade de dolo adotou-se a teoria do consentimento” (BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003. p. 69-70).

Rol de crimes antecedentes. Dois comentários inarredáveis: primeiro, o rol é taxativo; segundo, esta taxatividade representa uma garantia face ao princípio da legalidade. Entretanto, ao se descer às minudências desta lista elaborada pelo legislador, percebe-se que o argumento da taxatividade é uma falácia!

Em que pese o rol do artigo 1º, alguns destes incisos, estudados brevemente a seguir, não são satisfatoriamente fechados, encerrando uma descrição aberta e evasiva de algumas condutas, o que pode levar à ampliação, à extensão desta lista. Os delitos considerados antecedentes são: 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 seqüestro; contra a Administração Pública; contra o sistema financeiro nacional; praticado por organização criminosa; praticado por particular contra a administração pública estrangeira.

Assim, a lei demonstra incongruências e desleixos, tendo deixado de lado alguns delitos graves e, de outra banda, tendo inserido delitos que não são capazes de gerar ativos ilícitos. Confira-se, por oportuno, a lição de Gerson Godinho Costa¹⁸⁶:

[...] 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 (art. 331 do Código Penal)”.

No inciso I, está o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes. Está disposto como primeiro dos crimes antecedentes em função da origem histórica do combate internacional à lavagem de capitais. Inicialmente, o combate no âmbito internacional se ateve ao dinheiro oriundo do tráfico, devido aos grandes lucros obtidos com esta prática, somada à notoriedade alcançada por este delito.

Atualmente, a Lei que trata sobre o uso e tráfico de substâncias entorpecentes é a 11.343/06¹⁸⁷. Esta nova Lei prescreve medidas para prevenção do uso indevido, atenção e

¹⁸⁶COSTA, 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.

¹⁸⁷ Art. 33. Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou

reinserção social de usuários e dependentes de drogas; estabelece normas para repressão à produção não autorizada e ao tráfico ilícito de drogas; define crimes e dá outras providências. O dispositivo que trata do tráfico é o artigo 33, com tratamento mais severo do que aquele outrora dispensado pela lei 6.368/76. Inclusive, é crime considerado equiparado a hediondo, nos termos da Lei 8.072/90.

No inciso II, há a previsão do terrorismo e seu financiamento enquanto crime antecedente. Este delito está previsto em diversos dispositivos legais: na Lei dos Crimes Hediondos (lei 8.072/90), na Lei de Segurança Nacional (lei 7.170/83) e na própria Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLIII.

Na referida Lei de Segurança Nacional, há disposição tratando do delito de terrorismo, no art. 20, *in verbis*:

Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos.

O mesmo *nomen iuris* aparece novamente na Lei 8.072/90¹⁸⁸, em seu artigo 2º, equiparando o delito de tortura aos demais crimes considerados hediondos. Isto significa dizer que, igualmente ao que sucede com os crimes hediondos, o terrorismo tem tratamento mais severo, sendo insuscetível de alguns benefícios, como a fiança, anistia, graça e indulto.

regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa. § 1º Nas mesmas penas incorre quem: I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas; II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas; III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas. § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga: Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa. § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem: Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28. § 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

¹⁸⁸ Art. 2º Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I - anistia, graça e indulto; II - fiança.

Já a Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XLIII dispõe que “a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.”

Veja-se, entretanto, que, apesar de disposição em três instrumentos legais, não há conceito legal para o terrorismo. É um exemplo de Lei Penal puramente simbólica, sem função alguma, posto que não há como se incriminar uma conduta, sem a devida previsão taxativa do que constitui a conduta criminosa.

A taxatividade será abordada em momento oportuno. Porém, por ora, basta ressaltar que este princípio é uma derivação do princípio da legalidade, que impõe que, segundo ditames da Constituição Federal, em seu art. 5º, inciso XXXIX “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”¹⁸⁹

A legalidade é o princípio basilar do Direito Penal, é o corolário dos demais princípios. A taxatividade, por sua vez, indica que a lei penal precisa ser certa, descrevendo por completo a conduta criminosa. Este modelo de descrição da conduta (*nullum crimen sine lege certa*) encontra-se em consonância com os ditames de em Direito Penal garantista e constitui, na visão de Luigi Ferrajoli¹⁹⁰, uma axioma, um ponto inarredável em um Estado Democrático de Direito. Apoiar-se na concepção garantista significa “a construção das colunas mestras do Estado de direito, que tem por fundamento e fim a tutela das liberdades do indivíduo frente às variadas formas de exercício arbitrário de poder”¹⁹¹.

Ainda no tocante aos crimes antecedentes, no inciso III encontra-se o contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção. Estes delitos estão previstos no Código Penal, em seu artigo 334, no art. 12 da Lei 7.170/83 (Lei de Segurança Nacional) e nos arts. 17 e 18 da Lei nº 10.826 (Estatuto do Desarmamento).

¹⁸⁹ Idêntico dispositivo é previsto no Código Penal, em seu art. 1º - Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.

¹⁹⁰ *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Estevam Xavier Tavares, Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 75-76.

¹⁹¹ FERAJOLI, Luigi, op. cit., p. 7.

No artigo 334 do Código Penal¹⁹² encontramos o delito epigrafado como “contrabando ou descaminho”. Por contrabando, entende-se a entrada ou saída do território nacional de mercadorias proibidas, ilícitas. O Código Penal, entretanto, quando dispôs acerca deste delito, o fez conjuntamente com o delito de descaminho, que é a entrada ou saída de mercadorias sem pagamento de tributação, através de meios fraudulentos. De se observar, neste ponto, que o descaminho não está no rol antecedente, não sendo apto a gerar proventos para mascaramento.

A Lei de Segurança Nacional dispõe que é crime a conduta de “importar ou introduzir, no território nacional, por qualquer forma, sem autorização da autoridade federal competente, armamento ou material militar privativo das Forças Armadas”. Veja que esta lei restringe o seu objeto material às armas de uso restrito, restando ao Estatuto do Desarmamento a tutela das demais espécies.

Entretanto, seguindo-se o critério da especialidade¹⁹³ e da posterioridade com relação ao contrabando previsto no artigo 334 do Código, o Estatuto do Desarmamento trata de duas condutas criminosas: comércio ilegal de arma de fogo (art. 17) e tráfico internacional de arma de fogo (art. 18). Sobre este último crime, dispõe a lei que se incrimina o ato de “importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente”.

No inciso IV da Lei de Lavagem considera-se antecedente a extorsão mediante seqüestro, crime de natureza pluriofensiva, posto que atenta contra a liberdade individual e o patrimônio, estando disposto no artigo 159 do Código Penal. A conduta típica consiste em “seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate”.

¹⁹² Contrabando ou Descaminho. Art. 334 - Importar ou exportar mercadoria proibida ou iludir, no todo ou em parte, o pagamento de direito ou imposto devido pela entrada, pela saída ou pelo consumo de mercadoria:

Pena - reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos.

¹⁹³ Considera-se *especial* uma normal penal, em relação a outra *geral*, quando reúne todos os elementos desta, crescidos de mais alguns, denominados *especializantes*. Isto é, a normal especial acrescenta elemento próprio à descrição típica prevista na norma geral.” (BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de Direito Penal*: parte geral. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 248)

Este delito é um dos crimes especificados como hediondos pela Lei 8.072/90. Tem a característica de ser crime formal¹⁹⁴, pois, para sua consumação, basta a privação de liberdade, ainda que o valor do resgate não seja pago. Caso haja este pagamento, pode-se considerar esta fase como exaurimento (fase do *iter criminis* que ocorre depois da consumação), mas que não será punível. A punição, entretanto, pode se dá pela lavagem, caso o sujeitos resolva mascara a origem deste valor. E, advirta-se: a lavagem só existe com esta tentativa de dar ao dinheiro aparência lícita. Segue lição de Marco Antônio de Barros¹⁹⁵ neste sentido:

De qualquer modo, a movimentação de bens e valores provenientes de crime-base deve ser feita com o objetivo de se integrar ao patrimônio do criminoso, com a aparência de produto lícito, pois, se por exemplo, ao traficante de drogas interessa tão somente gasta-lo de forma perdulária e em proveito próprio, ou se lhe satisfaz tão-somente guardar o dinheiro 'sujo', sem colocá-lo no sistema financeiro, não há falar em crime de 'lavagem'

O inciso V é um inciso que apresenta atecnia. Diz-se isto porque, ao dispor que são crimes antecedentes os “crimes contra a Administração Pública”, o legislador está abarcando as cinco espécies previstas no Código Penal: dos crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral; dos crimes praticados por particular contra a Administração em geral; dos crimes contra a Administração Pública estrangeira; dos crimes contra a Administração da Justiça, dos crimes contra as finanças públicas. Desta forma, não era necessário que o legislador descrevesse umas das condutas que se considera exemplo de crime contra a Administração .

É que está disposto neste inciso V que é crime antecedente aqueles praticados “contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos”. Esta conduta de exigir qualquer espécie de vantagem já está

¹⁹⁴ Um crime formal é aquele que não precisa chegar a um segundo resultado descrito na norma para se ter consumação. É que existe uma "separação lógica e não cronológica entre a conduta e o resultado." (PIMENTEL, Manoel Pedro, *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983, p.40) e ainda “*Crimes formais* (de consumação antecipada) são aqueles cuja consumação ocorre com a realização da ação, pouco importando, para tanto, o resultado, que constitui, em consequência, mero exaurimento de um crime já previamente consumado. Assim, por exemplo, a concussão (CP, art. 316) ou a extorsão mediante seqüestro (CP, art. 159), cuja consumação se dá, respectivamente, com o fato de o funcionário público exigir (ação) vantagem indevida e de seqüestrar pessoa com o fim de obter qualquer vantagem, independentemente do sucesso da ação (resultado).” (QUEIROZ, Paulo de Souza. *Direito Penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 117).

¹⁹⁵ *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 50.

descrita no Código Penal como crime contra a Administração! É o quanto previsto no artigo 316, o crime que concussão: “exigir, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, ainda que fora da função ou antes de assumí-la, mas em razão dela, vantagem indevida”. Não era necessário este preciosismo... Do contrário, era de se descrever tantos outros delitos que podem gerar lucros, como o peculato, o excesso de exação, corrupção passiva.

É de se questionar, também, qual o motivo de o legislador, em 2002, ter inserido o inciso VIII, dispondo que é crime antecedente aquele “praticado por particular contra a administração pública estrangeira”, visto que estes crimes já estariam inseridos no inciso V, pois fazem parte dos crimes contra a Administração Pública.

Ocorre que, quando da edição da Lei de Lavagem, estes crimes não faziam parte do Código Penal. Os arts. 337-B, 337-C e 337-D foram inseridos somente no ano de 2002, coincidindo com o período em que houve a mudança e inserção do inciso VIII na Lei 9.613/98.

Neste ponto, criou-se uma dúvida: no inciso V há previsão geral dos crimes contra a Administração Pública como antecedentes; a entrada de mais tipos penais dentre este gênero crimes levou o legislador a alterar a Lei de Lavagem, inserindo especificamente esta mudança do Código Penal no inciso VIII (crimes contra administração pública estrangeira); o que dizer, então, dos crimes contra as finanças públicas (arts. 359-A a 359-H), visto que estes foram inseridos no Código Penal somente em 2000, após a entrada em vigor da Lei 9.613?

Seguindo-se a mesma linha de raciocínio do legislador, ao dispor expressamente sobre os crimes contra administração pública estrangeira como antecedentes à lavagem e quedando-se silente quanto aos crimes contra as finanças públicas, não há outro entendimento que não o de excluir estes últimos do rol de crimes antecedentes.

Passando-se para o inciso seguinte, tem-se os crimes contra o sistema financeiro nacional¹⁹⁶. Estes delitos estão previstos na Lei 7.492/86. São crimes praticados, mais das

¹⁹⁶ A Lei 4.595, de 31 dezembro de 1964, dá o conceito de sistema financeiro nacional: "Art. 1º. O Sistema Financeiro nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído: "I – do Conselho Monetário

vezes, através de instituições financeiras¹⁹⁷, *verbi gratia* a gestão temerária e fraudulenta, prevista no art. 4º, o empréstimo vedado e as operações triangulares.

Existe divergência na doutrina sobre a abrangência do termo “sistema financeiro nacional”. Em um conceito restrito, pode-se afirmar que envolve somente operações com Bolsa de Valores, Poupanças e empréstimos. Neste sentido, sistema financeiro é “o conjunto de instituições (monetárias, bancárias e sociedades por ações) e do mercado financeiro (de capitais e valores mobiliários)”¹⁹⁸.

Em sentido amplo, todavia, considera-se a atuação no sistema financeiro qualquer operação de aplicação de valores, ainda que eventualmente, no mercado financeiro. O Brasil adotou o conceito amplo. Tão amplo que até a pessoa física (exemplo, o doleiro) poderá ser considerada instituição financeira. Esta equiparação é feita pela Lei 7.492, em seu art. 1º¹⁹⁹, parágrafo único, inciso II, que dispõe que as atividades previstas no caput poderão ser estendidas às pessoas naturais.

Por fim, o inciso VII dispõe como antecedente à lavagem os crimes praticados por organizações criminosas. Este termo, amplamente divulgado na mídia e repetido

Nacional, II – do Banco Central do Brasil, III – do Banco do Brasil S.A, IV – do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico; V – das demais instituições financeiras públicas e privadas.”

¹⁹⁷ “No que se refere ao Sistema Financeiro Nacional, compete aos técnicos do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários da fiscalização das atividades das empresas que operam no setor, informando ao Ministério Público Federal a ocorrência de crimes previstos na Lei 7.492/86, enviando-lhe os documentos necessários à comprovação dos fatos. Trata-se de disposição expressa do art. 28. Dessa lei, e a sua inobservância constituirá crime definido no art. 319 do Código Penal (prevaricação). Trata-se de infidelidade ao dever de ofício, à função exercida. Mister, todavia, que o agente aja por interesse ou sentimentos próprios. Uma falha da Lei 7.492/86 é a não especialização desse delito, cominando para ele uma pena compatível com a importância dos bens objeto de sua proteção. A participação dessas duas Autarquias na prevenção dos delitos contra o sistema financeiro nacional é de suma importância. Seus auditores são técnicos especializados, e usa informações darão ao Ministério Público Federal condições de ingresso imediato no juízo penal, evitando a instauração de inquéritos policiais, que atrasam a apuração desses crimes, inclusive porque a Polícia Federal não possui em seus quadros especialistas em questões de mercado de capitais e, ficam sempre na dependência do assessoramento dos profissionais do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários. Por isso, deve-se dar mais ênfase à participação dessas autarquias no combate aos crimes financeiros.” (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, p. 76-77).

¹⁹⁸ PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004, p. 212.

¹⁹⁹ “Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.”

cotidianamente encontra apoio legislativo na Lei 9.034/95. Ocorre que, esta legislação limita-se a tratar dos crimes cometidos por organizações criminosas sem, contudo, trazer conceito do que vem a ser esta tal organização voltada às atividades delitivas. Dispõe o artigo 1º: “esta Lei define e regula meios de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo.”

Bando ou quadrilha é termo com concreta definição no Código Penal, em seu artigo 288, que dispõe: “associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes.” Sabe-se o número exato de agentes envolvido e o a necessidade imperativa que estes quatro agentes, no mínimo, estejam associados com caráter de estabilidade e permanência. É que o tipo penal fala em fim de cometer crimes, utilizando-se do plural.

Não se pode pretender equiparar este conceito ao de organização criminosa. Isto porque, esta última envolve uma rede complexa de colaboradores, semelhante a uma atividade empresarial, muito além da simples associação em quadrilha. Alberto Silva Franco²⁰⁰ indica que a organização criminosa detém um grande poder, capaz de se aproveitar das brechas do sistema penal atual, provocando danos de grande magnitude, com ampla tecnologia e “rede subterrânea” de envolvimento com setores econômicos, políticos e financeiros oficiais.

Este conceito remonta as estruturas da *máfia* (termo que aparece pela primeira vez na Itália). As máfias eram estruturas familiares relacionadas às práticas criminosas, em torno de uma figura patriarcal. Porém, é a *Máfia* siciliana embrião da atual criminalidade organizada²⁰¹.

²⁰⁰ *Boletim do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais*, a. 2, n. 21, set., 1994, p. 5.

²⁰¹ Para Omar Gabriel Orsi, a máfia siciliana “se trataba de un conjunto de grupos con base territorial en las diferentes zonas que componían las ciudades sicilianas, con epicentro en Palermo. Estas zonas estaban a cargo de una familia, con lo cual vuelven a reproducirse aquí ciertos lazos de sangre que, a la par, involucraban a un extenso grupo de personas unidas por compromisos altamente simbolizados: entre ellos, el más conocido, la omertá. Cada una de estas familias estaba comandada por un capo. Estas unidades se vinculaban con otras en estructuras mayores, las cuales se concentraban, a su vez, por ciudad en una única instancia. Tales uniones, como en la política, contenían grandes dosis de acuerdo y enfrentamientos, los cuales derivaban a veces en cruentas disputas por el control de las zonas rivales. Pero – y esto también es un rasgo común – en las anteriores organizaciones, el empleo de tal estructura y la utilización de métodos violentos o, en su caso, de un sistema de alianzas, tenía como objetivo establecer un sistema de

A doutrina traz o conceito - não uniforme - no sentido de uma estrutura criminal, que opere de forma sistematizada, com atuação em esfera nacional ou internacional. Tigre Maia²⁰² indica imensa dificuldade em se encontrar esta definição, havendo inúmeros conceitos empregados pela doutrina e pelas legislações alienígenas²⁰³, inclusive, em sentidos contraditórios.

João Carlos Catellar²⁰⁴ indica, ainda, que há o papel da mídia, influenciando na formação – ou extensão - deste conceito, contribuindo, ainda mais, para a não uniformização deste:

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 auto-intitulados 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’).

Ora, se para caracterização do fenômeno da criminalidade organizada há esta dissensão conceitual, imagine-se na oportunidade da incriminação pela lavagem de dinheiro. A Lei 9.613/98 acabou por criar uma carta branca para o aplicador do direito. Isto porque, todos estes crimes previstos do art. 1º necessitam de complementos. São chamados de crimes “remetidos” ou “diferidos.”²⁰⁵

producción e acumulación de riquezas: nuevamente, ya desde su origen, política, economía y violencia formaban un haz inescindible. Hasta allí la mafia manejó porciones significativas de la actividad lícita e ilícita, controlando el juego, la prostitución, la trata de blancas, el préstamo usurario, cobraban por reducir la competencia de sus protegidos, controlaban a provisión y distribución de mercaderías, etcétera.” (Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto. Buenos Aires: Del Puerto, 2007, p. 16).

²⁰² *O Estado desorganizado contra o crime organizado.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997, p. 13.

²⁰³ Em 21 de dezembro de 1998, o Conselho da União Européia adotou Ação Comum, relativa à incriminação da participação numa organização criminosa. Porém, adotou conceito para este instituto: “Artigo 1º - Para efeitos da presente acção comum, entende-se por "organização criminosa" a associação estruturada de duas ou mais pessoas, que se mantém ao longo do tempo e actua de forma concertada, tendo em vista cometer infracções puníveis com pena privativa da liberdade ou medida de segurança privativa da liberdade cuja duração máxima seja de, pelo menos, quatro anos, ou com pena mais grave, quer essas infracções constituam um fim em si mesmas, quer um meio de obter benefícios materiais e, se for caso disso, de influenciar indevidamente a actuação de autoridades públicas.”

²⁰⁴ *Lavagem de dinheiro, a questão do bem jurídico.* Rio de Janeiro: Revan, 2004, p. 123.

²⁰⁵ CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 333.

Ao admitir que todo e qualquer crime cometido por organização criminosa pode gerar proventos capazes de serem lavados, o legislador amplia completamente o rol de crimes antecedentes, e quebra, em absoluto, a taxatividade.

É que, qualquer crime poderá ser antecedente à lavagem, desde que praticado por organização criminosa. Como este último conceito não encontra respaldo legal, toda ação de grupo, minimamente organizado, poderá ser enquadrada como tal. E, desta forma, os ganhos com esta atividade poderão ser alvo de lavagem.

Discussão com mais pormenores será tratada em capítulo seguinte, oportunidade em que se pretende discutir a legitimidade e eficiência da tutela penal para os crimes de lavagem e econômicos, por via transversa.

4 A (DIS)FUNCIONALIDADE DO SISTEMA PENAL NOS CRIMES ECONÔMICOS. (IN) CONGRUÊNCIAS E (IN) CONSTITUCIONALIDADES NA LEI DE LAVAGEM

4.1 A PERDA DE EFETIVIDADE DO SISTEMA PENAL

Releva notar, que este tópico trata-se de estudo em relação à lavagem de capitais com especial ênfase para a efetividade das normas (*in casu*, penais, processuais penais e constitucionais) e a sua relação com a proteção à cidadania e à sociedade, uma vez que a Lei em comento apresenta (dis)funcionalidades.

A partir do emprego puramente simbólico do Direito Penal em relação à matéria, poder-se-ão entrever as reais funções do “combate” à criminalidade na lavagem de capitais. É possível que esta incriminação sirva de base, justamente, para que não haja punições, deixando, assim, desprotegida a sociedade e violada a idéia de cidadania, ludibriando, assim, a população em geral. Sobre a função simbólica:

O Direito Penal moderno tende a refugiar-se em encargos meramente simbólicos, como instrumento para a sensibilização social, para satisfazer demandas por atuação, para mostrar um Estado forte, etc. Mas, o simbólico não é neutro, no sentido crítico em que o tratadista alemão Hassemer²⁰⁶ dá ao termo, pois deve ser associado com engano, na medida em que existe uma oposição entre o que realmente se quer e o que de fato se aplica.

Engano porque se parte de uma aparência falsa de efetividade e instrumentalidade e, com isso, legitima-se o endurecimento das sanções, a extensão do controle penal e a necessidade de recorrer a este instrumento em primeira e última instância. Direito Penal simbólico significa que as funções latentes das normas predominam sobre suas funções

²⁰⁶ HASSEMER, Winfried. *Crisis y Características del Moderno Derecho Penal*. In *Actualidad Penal*. Madrid: Actualidad Editorial, S.A, 1993.

manifestas; é então de se esperar que com elas e sua aplicação realiza-se algo diferente do disposto na mesma lei.²⁰⁷

Mas este simbolismo deixa a sociedade verdadeiramente desamparada, com violações concretas à idéia de cidadania. Esse financiamento ilegal acaba por contaminar a normalidade do contexto econômico e sua fisiologia natural, pois produz uma situação de intensa desigualdade entre os investidores lícitos e aqueles que buscam sua força em capitais de origem ignorada. É criada uma competição desleal e um profundo desconhecimento da realidade de mercado, o que ao final irá produzir um nefasto efeito sobre as bases da economia, comprometendo a estabilidade econômica e a normalidade política que dela deriva.²⁰⁸

Por conta disso, será necessário apreciar, também, qual seria a melhor forma de se proteger a sociedade, de forma a garantir a eficiência e efetividade do controle, sem simbolismos, de forma real, portanto. Este é o papel final do presente trabalho, em seu último capítulo. Por ora, demonstra-se as (in) congruências e (in) constitucionalidades.

4.1.1 Proteção Mediata e Imediata. O Bem Jurídico Tutelado

Antes mesmo de tratar do bem jurídico penal tutelado pela Lei 9.613/98, cumpre esclarecer o que é o bem jurídico, e a importância de sua delimitação conceitual. Vale frisar, inclusive, que a escolha dos bens jurídicos que merecerão a tutela de ordem penal é uma escolha política. É matéria de Política Criminal, mas com repercussões nítidas no Direito Penal: o bem jurídico funciona como proteção a bens da vida que são considerados de extrema relevância (por isso, merecendo a *ultima ratio* das tutelas), mas, de outra banda, funciona como limite ao *ius puniendi* do Estado.

Como bem adverte João Marcello de Araújo Júnior²⁰⁹, “o bem jurídico é como uma faca de dois gumes, pois ao mesmo tempo em que exerce uma função de garantia contra os abusos do Estado, atua como instrumento de organização repressiva”.

²⁰⁷ 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. 48.

²⁰⁸ CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 323.

²⁰⁹ ARAÚJO JÚNIOR. João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 33.

É que o caráter de subsidiariedade/fragmentariedade que se impõe ao Direito Penal traduz esta perspectiva: a atuação deste ramo só pode e deve apresentar-se quando não for possível a tutela por outros ramos do Direito. Ney Moura Teles explica este conceito:

A tarefa imediata do Direito Penal é, portanto, de natureza eminentemente jurídica e, como tal, resume-se à proteção de bens jurídicos. Nisso, aliás, está empenhado todo o ordenamento jurídico. E aqui entremostra-se o caráter subsidiário do ordenamento penal: onde a proteção de outros ramos do direito possa estar ausente, falhar ou revelar-se insuficiente, se a lesão ou exposição a perigo do bem jurídico tutelado apresentar certa gravidade, até aí deve estender-se o manto da proteção penal, como última *ratio regum*.²¹⁰

Desta forma, quando se seleciona um bem à categoria de bem jurídico penal, é porque o Estado entendeu ser esta uma medida útil e necessária no combate a esta prática. Alice Bianchini²¹¹ adverte, inclusive, que só se admite a seleção de um bem jurídico penal se este também estiver previsto na Constituição Federal, pois esta é a forma de o Estado demonstrar que sua tutela efetivamente encontra-se de acordo com os ditames sociais e políticos.

A questão do bem jurídico, então, envolve seleção de valores. É que, em que pese doutrina em contrário²¹², o bem jurídico não é dado pelo Direito Penal; do contrário: é por ele reconhecido. É a sociedade que impõe ao Direito Penal a tutela de certos interesses, demonstrando que determinado bem tem valor intrínseco e pré-existente à tutela jurídica.

Com relação ao tema lavagem, muito se tem discutido na doutrina acerca de qual seria o bem jurídico protegido pela 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

²¹⁰ TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral I*, artigos 1º a 31 do Código Penal: princípios constitucionais, teoria da lei penal, teoria geral do crime. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998, p. 34.

²¹¹ “O bem jurídico protegido pelo direito penal deve ter, ao menos indiretamente, respaldo constitucional, sob pena de não possuir dignidade. É inconcebível que o direito penal outorgue proteção a bens que não são amparados constitucionalmente, ou que colidam com os valores albergados pela Carta, já que é nela que são inscritos os valores que a sociedade produz.” (BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 43)

²¹² Günther Jakobs, citado por Juarez Tavares, indica suas idéias de Direito Penal enquanto funcionalismo sistêmico: o Direito Penal tem como função, não a proteção de bens jurídicos, mas a proteção da norma, a estabilização do próprio sistema. TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3ª edição, Belo Horizonte: Delrey, 2003. p. 186

não-declaradas - que dele se extraem. Sobre a tutela penal nos crimes de colarinho branco, haverá tópico específico para discussões e críticas.

Como se estudou, a lavagem é delito de macroatuação, onde os lavadores beneficiam-se de seus proventos ilícitos, oriundos de vasta gama de crimes antecedentes, sem precisar passar pelas linhas de crédito convencionais. Será, então, possível delimitar o bem jurídico, a função e o limite da incriminação da lavagem? Advirta-se: nem todas as funções foram efetivamente declaradas pelo legislador.

De forma imediata ou declarada, Rodolfo Tigre Maia²¹³ 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.”²¹⁴ 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 autores²¹⁵ 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.²¹⁶ E, conclui o autor, “diante deste quadro é que se costuma afirmar que a conduta de lavagem de dinheiro atinge interesses

²¹³ 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. 57.

²¹⁴ CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003, p. 90.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 321.

²¹⁶ *Ibidem*, p. 321.

metapessoais ou transindividuais, e por esse motivo o bem juridicamente protegido não poderia ser outro senão a própria ordem socioeconômica”.²¹⁷

Marco Antônio de Barros²¹⁸ 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.

Marcelo Mendroni²¹⁹ indica que dois são os bens jurídicos tutelados: a Administração da Justiça e a ordem socioeconômica. E, explica. Com relação à Administração da Justiça, indica o autor que a incriminação dos chamados “crimes parasitários” – aqueles que dependem de outro antecedente para subsistir – potencializa, incrementa a aplicação da justiça em relação aos crimes antecedentes. É que, com esta incriminação da lavagem, impede-se que o sujeito goze os ganhos com os demais crimes. Atinente à ordem socioeconômica, indica a magnitude do montante envolvido em operações de lavagem. Com esta monta, é possível a prática de outras condutas²²⁰ que lesam o sistema financeiro.

Seguindo entendimento em sentido convergente, estão Márcia Monassi Mougenot Bonfim e Edílson Mougenot Bonfim²²¹, 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.”

²¹⁷ Ibidem, p. 323.

²¹⁸ BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas*: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 54.

²¹⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 30-31.

²²⁰ Mendroni indica, portanto, quais as práticas mais usuais que ferem a ordem socioeconômica: a prática de *dumping* (que é uma prática comercial que consiste em uma ou mais empresas de um país venderem internacionalmente seus produtos por preços extraordinariamente abaixo de seu valor justo, por um tempo, visando prejudicar e eliminar os fabricantes de produtos similares concorrentes no local, passando então a dominar o mercado e impondo preços altos); do *underselling* (que consiste na venda, no mercado interno, de mercadoria abaixo do valor de custo, com intuito de eliminar a concorrência); e formação de cartéis (esta conduta é prevista como crime contra a ordem tributária, na Lei 8.137/90, em seu art. 4º: “Constitui crime contra a ordem econômica: I - abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente [...]” (op. cit., p. 31)

²²¹ BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 30.

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 fazes 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.²²²

Advirta-se que, efetivamente, não se pode deixar de reconhecer a natureza pluriofensiva deste delito, visto que atinge uma série de interesses, inclusive individuais, já que a lavagem de dinheiro deriva de diversos outros crimes, dos chamados crimes antecedentes. Pode-se, então, afirmar é que existem duas espécies de tutela: uma imediata ou direta e uma mediata ou indireta, ou seja, uma forma declarada de proteção e uma outra escamoteada.

De tudo quanto foi afirmado até o presente ponto, não se pode discordar dos autores citados, no sentido de reconhecer os efeitos desta criminalidade no âmbito socioeconômico. Inclusive, fazendo-se a leitura da Exposição de Motivos e da própria Lei 9.613 (quando trata, em sua epígrafe da “prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades”²²³) percebe-se que este foi o fim último na incriminação.

²²² “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 consequentemente a economia pública.” Márcia Monassi Mougnot Bonfim e Edílson Mougnot Bonfim. (op. cit., p. 30).

²²³ Texto integral da epígrafe: “Dispõe sobre os crimes de “lavagem” ou ocultação de bens, direitos e valores; a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei; cria o Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, e dá outras providências.”

Com efeito, quando os retro mencionados autores afirmam, ainda, que o bem jurídico tutelado é a Administração da Justiça, estão, em verdade, assumindo que o legislador, ao incriminar o delito de lavagem, não se preocupou somente com a ordem econômica. É dizer, com a incriminação da conduta de fruir de bens, direitos ou valores oriundos de ilícito, a *intentio legis* foi a de alcançar, de forma indireta e velada, o cometimento dos crimes antecedentes.

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).

O bem jurídico da lavagem é, portanto, mais do que pluriofensivo: é atinente a todos os bens jurídicos dos crimes antecedentes²²⁴. É, por óbvio, uma proteção à ordem socioeconômica, à Administração da Justiça e mais: protege-se a saúde pública, quando se coloca o tráfico de entorpecentes enquanto antecedente; a segurança nacional, quando se trata do terrorismo; a segurança pública, quando dispõe sobre o contrabando ou tráfico de armas; o patrimônio e a liberdade individual, quando insere a extorsão mediante seqüestro; a Administração Pública e todas as suas subdivisões (já referidas no capítulo anterior); o Sistema Financeiro Nacional; e, por fim, abre a suposta proteção a todo e qualquer bem jurídico, desde que este tenha sido lesionado por uma organização criminosa.

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”²²⁵. E, justifica tal posicionamento por conta da atuação das chamadas

²²⁴ Tigre Maia comunga do mesmo entendimento. (*Lavagem de Dinheiro. Lavagem de ativos provenientes de crime*. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 58-60).

²²⁵ CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 322.

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 propriamente dita. Como se trata de uma criminalidade de “colarinho branco”, o Direito Penal acaba por ser aplicado como uma forma de demonstrar à sociedade a punição de uma camada de nível social elevado.

A influência do delito antecedente é tão marcante na Lei 9.613/98 que determina, inclusive, a competência²²⁶ para processamento e julgamento no crime de lavagem. É lógico que o fato destes crimes (o antecedente e o de lavagem) serem julgados conjuntamente, por exemplo, por conexão probatória, facilitaria e muito a *persecutio criminis*.

²²⁶ Confira-se a jurisprudência neste sentido: Ementa CONFLITO DE COMPETÊNCIA. LAVAGEM DE DINHEIRO. 1. CRIME ANTECEDENTE. TRÁFICO NACIONAL DE ENTORPECENTES. DELITO JULGADO PELA JUSTIÇA FEDERAL. COMPETÊNCIA DA JUSTIÇA FEDERAL. ART. 2º, III, 'B', DA LEI 9.613/98. 2. COMPETÊNCIA DO JUÍZO FEDERAL, JUÍZO O SUSCITANTE.

1. Mesmo sendo o crime antecedente de tráfico nacional de entorpecentes, se este, por regras de competência (conexão com crime de falsidade de passaporte) foi julgado pelo juízo federal, é de reconhecer a competência deste juízo também para o julgamento do crime de lavagem de dinheiro. Inteligência do artigo 2º, inciso III, alínea 'b', da Lei 9.613/98. Conflito de Competência (CC) 2008/0163482-0, Min. Relatora Maria Thereza de Assis Moura, 3ª Turma STJ, data do julgamento 22/04/2009.

Porém, se é certo que a Lei 9.613/98 determinou sua atuação face ao sistema econômico e financeiro, como disposto em sua epígrafe, a consequência lógica na adoção deste bem jurídico é a delimitação da competência de ordem federal, pois sistema financeiro diz respeito a interesse da União.

Ao contrário! Tem-se, como regra, a competência da Justiça Estadual para estes julgamentos, só sendo possível excepcioná-la nos casos previstos no art. 2º da Lei 9.613, *in verbis*:

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

[...]

III - são da competência da Justiça Federal:

a) quando praticados contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira, ou em detrimento de bens, serviços ou interesses da União, ou de suas entidades autárquicas ou empresas públicas;

b) quando o crime antecedente for de competência da Justiça Federal.

Em verdade, após a leitura do artigo, é possível constatar-se que a competência da Justiça Estadual é fixada quase que por exclusão, quando não cabível nenhuma das hipóteses previstas nas alíneas, o que é pouco provável.

A alínea *a* parece criar a regra do julgamento sempre ser realizado pela Justiça Federal, pois, quando se fala em lavagem de dinheiro, não atingir o sistema financeiro e a ordem sócio-econômica parece quase inviável. Até porque, para muitos doutrinadores já citados, a objetividade jurídica desta lei é exatamente esta.

Confira-se a lição de Tigre Maia²²⁷ neste sentido:

A primeira parte da letra a do inciso fixa a competência federal para as situações fáticas em que – para além de colidirem com a usual objetividade jurídica da administração da justiça - os crimes de “lavagem” de dinheiro cometidos especialmente atingirem os bens jurídicos “sistema financeiro” e “ordem econômico-financeira.

Além disso, parte deste dispositivo nada mais é do que uma cópia, ainda que não literal, do próprio art. 109 da Constituição Federal, que trata da competência dos juízes federais.²²⁸

²²⁷ 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. 113-114.

²²⁸ “Art. 109 - Aos juízes federais compete processar e julgar: I - as causas em que a União, entidade autárquica ou empresa pública federal forem interessadas na condição de autoras, rés, assistentes ou

Ora, se se defende que o bem jurídico protegido é a ordem socioeconômica, como já visto ser opinião dominante, duas situações são incongruentes: a uma, como se falar em lavagem de dinheiro que não interfira no sistema financeiro? É que, mesmo insignificante o valor, o risco desta operação e a mistura de ativos lícitos e ilícitos já ameaçaria o mercado financeiro. É o que foi retratado anteriormente sobre a livre concorrência e as práticas desleais que advém da injeção de dinheiro ilícito no mercado.

Bajo Fernández²²⁹, inclusive, fala em “efeito de ressaca” e “efeito em espiral” da lavagem. É que o primeiro a delinquir consegue preços mais competitivos no mercado, quando, por exemplo, da exploração de uma atividade empresarial lícita, visto que os fundos lícitos e ilícitos estão misturados. Desta forma, acaba sendo um meio de pressão para que outros sujeitos também passem a delinquir, como por exemplo, iludindo pagamento de tributos (efeito de ressaca). Estes novos participantes de atividades criminosas, geram, por sua, novos centros de ressaca, levando outros tantos a delinquir (efeito espiral).

A duas, como se falar em competência, via de regra, da Justiça Estadual? Como admitir que o bem jurídico tutelado é a ordem socioeconômica e que a competência pode ser estadual? É esquecer o preceito do art. 109 VI da Constituição, que dispõe que os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira são de competência federal. Seria manifesta a inconstitucionalidade! Violação expressa ao artigo 109 e às regras de competência.

Já a alínea *b* traz disposição que vincula o julgamento do processo de lavagem pela Justiça Federal quando assim o for a natureza do julgamento do crime antecedente. Demonstra-se, mais uma vez, uma total interdependência entre o crime prévio e a lavagem.

Porém, é possível julgamento da lavagem, mesmo sem o julgamento do delito antecedente (a lei traz indícios do cometimento do antecedente). Total incongruência, que será abordada logo mais.

oponentes, exceto as de falência, as de acidentes de trabalho e as sujeitas à Justiça Eleitoral e à Justiça do Trabalho; [...]VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;”

²²⁹ *Apud* CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003, p. 25.

Por ocasião deste tópico, estuda-se a perda da função da incriminação.

4.1.2 Problematização. Ausência de função na incriminação. Funções não declaradas (?)

Com o aparecimento deste “novo” bem jurídico, qual seja, a ordem econômica, é necessário se questionar a legitimidade da atuação penal. Ou seja, é fundamental saber qual a função e qual a eficácia da tutela penal: há realmente necessidade de tutela penal? Há resposta adequada do sistema penal nesta proteção?

Já se demonstrou que a lavagem de dinheiro é um crime de natureza multiofensiva e que, com sua incriminação, quis o legislador evitar o cometimento dos tantos crimes antecedentes previstos nos incisos I a VIII. É que, impedindo o gozo de seu lucro, por via transversa, tenta o legislador diminuir o atrativo que ostenta a prática destes crimes, uma vez que geram montante elevado de dinheiro. É uma lógica que tenta dissuadir o criminoso: não cometa o delito antecedente, pois, por mais que este gere grande soma em dinheiro, você não poderá dela usufruir.

É também uma consolação ao Estado – assim como ocorreu nos Estados Unidos, com Al Capone e Lansky – apesar de se mostrar impotente no combate a uma série de crimes graves, como tráfico de drogas, tráfico de armas, consegue punir o sujeito delinqüente por outros crimes posteriores, como os crimes tributários, os crimes contra o sistema financeiro nacional e a própria lavagem de dinheiro. Utiliza-se a lógica americana do *follow the money*, siga o dinheiro.

A criação deste “supertipo”²³⁰ demonstra somente ineficácia do Estado na tutela dos outros tipos penais. A lavagem seria um soldado de reserva, que atua nas hipóteses de ineficácia de outros tipos. O tipo da lavagem, então, não exerce função própria: está a serviço das funções não cumpridas por outros tipos penais. “O Estado, impotente em

²³⁰ Expressão usada por PITOMBO, Antônio Sergio A. de Moraes. “*Lavagem*” de dinheiro – A tipicidade do crime antecedente. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

reduzir a criminalidade e agilizar a Justiça, lança mão de atividade legislativa, muito menos custosa, para incutir na sociedade um sentimento – falacioso – de segurança.”²³¹

Ocorre que, ao limitar o rol de delitos antecedentes, a função simbólica torna-se ainda mais evidente na criminalização da lavagem, pois diversos outros delitos considerados de igual gravidade ficam de fora daqueles cujos proventos, reinseridos no sistema financeiro, não são considerados “lavados”.

A lavagem de dinheiro, como posta em nossa legislação, está longe de cumprir suas funções. A “escolha” pelo legislador de quais os delitos podem originar ativos a serem “lavados” enfraquece ainda mais o sistema punitivo. Damásio de Jesus pondera:

Participamos, em Viena, de 13 a 22 de maio último, do 12.º Período de Sessões da Comissão das Nações Unidas de Prevenção ao Crime e Justiça Penal, em que o crime de tráfico internacional de mulheres e crianças, tema principal do evento, foi colocado em terceiro lugar na lista dos delitos que mais obtêm lucros ilícitos. Ocorre, todavia, que entre nós os delitos referentes ao tráfico internacional de seres humanos não se enquadram no tipo penal da lavagem de dinheiro.²³²

Ora, se o real objetivo é tutelar a ordem econômica, o sistema financeiro e a própria administração da justiça, deixar de lado delitos outros, também considerados graves e capazes de movimentar grande monta em dinheiro é uma forma de demonstrar o simbolismo empregado ao *jus puniendi*.

Algumas situações graves geram imensos valores que circulam no mercado e não são alvo da fiscalização e incriminação pela de lavagem: roubo (art. 157 do Código Penal); extorsão (art 158 do Código Penal); receptação²³³ (art. 180 do Código Penal) e os crimes tributários.

²³¹ 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. 105-116.

²³² JESUS, Damásio de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças* – Brasil. São Paulo: Saraiva, 2003.

²³³ O legislador, na EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM nº 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996, excluiu a possibilidade de a receptação entrar no rol de crimes antecedentes, pois fez nítida distinção entre este crime e a lavagem de dinheiro: “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. 23. O projeto, desta forma, mantém sob a égide do art. 180 do Código Penal, que define o crime de receptação, as condutas que tenham por objeto a aquisição, o recebimento ou a ocultação, em proveito próprio ou alheio, de “coisa que sabe ser produto de crime, ou influir para que terceiro, de boa-fé, a adquira, receba ou oculte”. Fica, portanto, sob o comando desse dispositivo a grande variedade de ilícitos parasitários de crimes contra o patrimônio. 24. Sem esse critério de interpretação, o projeto estaria massificando a criminalização para abranger uma infinidade de crimes como antecedentes

Estes crimes contra a relação tributária estão previstos na Lei 8.137/90. É absolutamente incongruente admitir que crimes contra o sistema financeiro nacional sejam passíveis de serem lavados e excluir os crimes tributários, que, da mesma ordem, geram grande monta e prejudicam a Ordem Econômica – em um sentido amplo desta acepção.

Há uma razão indicada na doutrina e na Exposição de Motivos²³⁴ 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”.

do tipo de lavagem ou de ocultação. Assim, o autor do furto de pequeno valor estaria realizando um dos tipos previstos no projeto se ocultasse o valor ou o convertesse em outro bem, como a compra de um relógio, por exemplo.”

²³⁴EXPOSIÇÃO 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.”

Confira-se a opinião da doutrina: “O cerne da polêmica doutrinária, pois, reside na modalidade de delito tributário em que não há efetivo acréscimo patrimonial do agente, mas manutenção do patrimônio existente. Inegável, por outro aspecto, mesmo neste caso, que há produção indireta de vantagens econômicas para a empresa sonegadora, na medida em que o não-desembolso de despesas tributárias pode melhorar seu desempenho no mercado, com o oferecimento de preços mais competitivos, e já que sua composição não foi onerada pela carga fiscal.” (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. 80); No mesmo sentido, entende Marco Antônio de Barros, para quem a “exclusão partiu do pressuposto de que o crime de “lavagem” introduz na economia bens, direitos ou valores oriundos de atividades ilícitas que representam, no momento do seu resultado, um aumento do patrimônio do agente. Para o legislador, a sonegação fiscal não representa este acréscimo, mas simples exaurimento da ação criminosa já cometida, ou seja, há tão somente a manutenção de patrimônio.” BARROS, Marco Antônio de. Ob. cit. p. 162.

Em que pese a exclusão conceitual destes citados crimes do rol previsto no art. 1º da Lei 9.613/98, pode-se excepcionar a taxatividade deste rol, inserindo tais crimes dentre os antecedentes, caso sejam cometidos por organização criminosa. Estar-se-ia, então, obedecendo o rol e “encaixando” tais condutas através do inciso VII. Sobre esta taxatividade, haverá momento oportuno para combatê-la.

Somente em razão de argumentação e a título de exemplo, confira-se, ainda, o problema do “jogo do bicho” e o montante ganho com esta prática.

“Jogo do bicho” é uma contravenção penal²³⁵ prevista no artigo 58 da Lei de Contravenções Penais, o Decreto-lei nº 3.688/41, que consiste em realização de apostas, com prêmios em dinheiro para os ganhadores do sorteio. Estas apostas geram enormes somas em dinheiro. Os sujeitos que exploram esta atividade, os denominados “bicheiros” são pessoas de alto poder aquisitivo, exatamente por conta do dinheiro oriundo desta atividade.

Ocorre que, mesmo com vultosas quantias oriundas desta prática, não se pode falar em lavagem de dinheiro, visto não estar esta contravenção penal prevista no rol dos crimes antecedentes.

Pode-se perguntar, por que não ajustar esta conduta ao disposto no inciso VII do rol de crimes antecedentes, que são aqueles praticados por organização criminosa, visto que a atividade do jogo do bicho é, em suma, uma atividade de uma empresa que atua em ramo não admitido pelo Direito. Esta solução, inclusive, é apontada na doutrina²³⁶, como sendo a saída para tal incongruência legislativa.

Motivo simples para não se concretizar a extensão pretendida: o legislador limitou seu rol a **crimes** antecedentes! Mesmo praticado por organização criminosa, a atividade deve ser

²³⁵ Art. 58. Explorar ou realizar a loteria denominada jogo do bicho, ou praticar qualquer ato relativo à sua realização ou exploração: Pena – prisão simples, de quatro meses a um ano, e multa, de dois a vinte contos de réis.

²³⁶ Este posicionamento é combatido, porém sem as devidas explicações, por Márcia Monassi Mougenot Bonfim e Edilson Mougenot Bonfim: “o rol de delitos antecedentes é muito criticado, principalmente por não ter previsto infrações prévias que usualmente dão ensejo à lavagem de dinheiro, como a receptação, a sonegação fiscal e a contravenção por jogo-do-bicho, As duas primeiras infrações, todavia, poderão ser enquadradas na Lei n. 9.613/1998, quando praticadas por organização criminosas. (BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edilson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 56-57).

um fato definido como crime²³⁷! A contravenção penal é uma outra espécie de infração penal (gênero), mas que não faz parte da tipologia e da definição de crime.²³⁸

Percebe-se, destarte, que a lei de lavagem se destina – ou destinaria, melhor expressão – à tutela da fruição de bens oriundos de atividades ilícitas. E, neste ponto, não se quer mais adentrar à discussão de qual o bem jurídico em questão. Aqui se está, simplesmente, a repetir o quanto disposto na epígrafe da referida lei, que se propõe a evitar o uso do sistema financeiro para a dissimulação da prática de crimes outros.

Nota-se, feitas estas considerações, que esta finalidade a que se destina a referida lei não pode ser alcançada! Isto porque um sem-número de atividades ilícitas continuam a gerar proventos e não são abarcados pela tutela da Lei 9.613/98. É este fenômeno atual que se chama “Direito Penal Simbólico”. A Lei de Lavagem não poderia fugir a esta realidade!

O Direito Penal Simbólico é um fenômeno que decorre do sentimento de urgência legislativa face aos problemas apresentado na sociedade. É o legislador das emergências, o “legislador bombeiro”, o “‘legislador simbólico’, para não dizer estelionatário ou enganador.”²³⁹. Antônio Carlos Santoro Filho traz explicação sobre este conceito:

[...] direito penal simbólico, uma onda propagandística dirigida especialmente às massas populares, por aqueles que, preocupados em desviar a atenção dos graves problemas sociais e econômicos, tentam encobrir que estes fenômenos desgastantes do tecido social são, evidentemente entre outros, os principais fatores que desencadeiam o aumento, não tão desenfreado e incontrolável quanto alarnejam, da criminalidade.²⁴⁰

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,

237 A Lei de Introdução ao Código Penal traz a diferença do conceito de crime para o de contravenção. Confira-se: “art 1º Considera-se crime a infração penal que a lei comina pena de reclusão ou de detenção, quer isoladamente, quer alternativa ou cumulativamente com a pena de multa; contravenção, a infração penal a que a lei comina, isoladamente, pena de prisão simples ou de multa, ou ambas, alternativa ou cumulativamente.”

238 Damásio de Jesus traça a mesma observação. JESUS, Damásio E. de. Ali-babá e o crime de lavagem de dinheiro. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2818>>. Acesso em: 12 jul. 2009

239 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. (*Direito Penal Simbólico*. Disponível em: http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060525202914116. Acesso em: 10 de fevereiro de 2009.

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

transformando-o em uma panacéia, levando a sociedade a crer que, com a edição de leis penais, haverá cometimento de menor número de crimes.

Fauzi Hassan Choukr²⁴¹ 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. Num certo sentido, a criminologia contemporânea dá guarida a esse subsistema, colocando-o na escala mais elevada de gravidade criminosa a 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.

Em oportunidade específica, será abordado o tópico sobre o Direito Penal Simbólico e seu contratos com o Direito Penal Funcional. Qual função exerce o Direito nesta tutela à ordem econômica? Será que se pode, realmente, falar em função? A discussão sobre a própria acepção da palavra função será abordada.

4.2 A (IN)CONSTITUCIONALIDADE DOS TIPOS PENAIS ABERTOS. A (I)LEGALIDADE E A ABERTURA DA NORMA PENAL INCRIMINADORA

O princípio da legalidade corresponde à pedra angular do Direito, representando a integração deste ramo jurídico à sistemática garantista representada pela constituição “cidadã” de 1988, a qual, em seu art. 5º, inciso II, define que “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Logicamente, este princípio tem desdobramentos e alcance em todos os ramos do Direito. Como indica Dirley da Cunha Júnior, “a legalidade é uma exigência que decorre do Estado de Direito, ou seja, da submissão do Estado ao império da ordem jurídica.”²⁴²

A legalidade é também corolário de toda tutela de ordem penal. É preceito constitucional e artigo inaugural do Diploma Penal a disposição que “não há crime sem lei anterior que

²⁴¹ CHOURK, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 5.

²⁴² CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008, p. 851.

o defina, nem pena sem prévia cominação legal.”²⁴³ Este inciso XXXIX do art. 5º do texto constitucional é o desdobramento penal do princípio da legalidade.

Na seara penal, portanto, a previsão da conduta criminosa por meio de lei corresponde a uma dúplici garantia, que beneficia não só a sociedade, dado o compromisso estatal de proteção do bem jurídico resguardado pela norma, como também do próprio indivíduo, pela certeza de que não poderá ser punido fora dos limites da prévia previsão legal.

Importa salientar, outrossim, que o princípio da legalidade, indispensável à garantia da segurança jurídica, foi previsto em todas as codificações pátrias, “desde o Código Criminal do Império, de 1830, até a reforma da parte geral do Código de 1940, ocorrida em 1984.”²⁴⁴ A primeira Constituição, em 1824, já fazia alusão a este princípio.²⁴⁵

Entretanto, o princípio da legalidade não é meio idôneo, quando isoladamente considerado, para efetiva limitação do excesso punitivo estatal. É posto isto porque que dele decorrem, logicamente, tantos outros, que impõem uma interpretação harmônica e sistemática.

Por ora, cumpre esclarecer que este princípio da legalidade comporta três desdobramentos: “um quanto às fontes das normas penais incriminadoras; outro concernente à enunciação dessas normas; e um terceiro relativo à validade das disposições penais no tempo”.²⁴⁶ Os três postulados são, destarte, o da reserva legal, o da taxatividade e o da anterioridade ou irretroatividade da lei penal.

O primeiro desdobramento da legalidade é, portanto, o princípio da reserva legal. Diversas vezes, a reserva legal é tratada como sinônimo de legalidade, mas deste é apenas espécie. Não podem ser tratados como sinônimos, por conta dos demais desdobramentos. Há doutrina em sentido contrário, com é o caso de Damásio de Jesus²⁴⁷:

O Princípio da Legalidade (ou de reserva legal) tem significado político, no sentido de ser uma garantia constitucional dos direitos do homem. Constitui a garantia fundamental da liberdade civil, que não consiste em fazer tudo o que se quer, mas somente aquilo que a lei permite. À lei e somente a ela compete fixar as limitações que destacam a atividade criminosa da atividade legítima. Esta é a

²⁴³ Art 5º, inciso XXXIX da Constituição Federal e art. 1º do Código Penal.

²⁴⁴ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 101.

²⁴⁵ LUISI, Luis. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1991, p. 13.

²⁴⁶ Ibidem. p. 13

²⁴⁷ JESUS, Damásio Evangelista. *Direito Penal – Parte Geral*. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1991, p.51.

condição de segurança e liberdade individual. Não haveria, com efeito, segurança ou liberdade se a lei atingisse, para os punir, condutas lícitas quando praticadas, e se os juízes pudessem punir os fatos ainda não incriminados pelo legislador.

Reserva legal, em verdade, significa exclusividade da lei penal em adjetivar uma conduta como criminosa e lhe cominar uma sanção. Por tal razão, só há que se falar em *crime* quando da previsão da conduta delitativa, bem como da sanção correspondente, por meio de lei *stricto sensu*, não se permitindo, pois, a delegação de tal mister, por se tratar de matéria de exclusiva competência do poder legiferante, sob pena de grave ofensa ao princípio da tripartição das funções estatais.²⁴⁸

Deste modo, conclui Manoel Jorge e Silva Neto que o aludido art. 5º, inciso II, e seu desdobramento penal, por conseguinte, refere-se às normas que, “possuindo o conteúdo de lei (sentido material), são promanadas dos órgãos legislativos competentes e de acordo com o processo descrito pela Constituição.”²⁴⁹

Registre-se, ainda, que, para além da impossibilidade de definição da infração criminal pelo Judiciário ou Executivo, como forma de garantia da soberania popular, e da exigência de que a lei penal, para que possa ser aplicada, seja anterior ao fato cometido pelo agente, o princípio da legalidade penal ainda implica outras exigências ao exercício do *jus puniendi*, conforme destaca Rogério Greco²⁵⁰:

Obriga, ainda, que no preceito primário do tipo penal incriminador haja uma *definição precisa da conduta* proibida ou imposta, sendo vedada, portanto, com base em tal princípio, a criação de tipos que contenham *conceitos vagos* ou *imprecisos*. A lei deve ser, por isso, *taxativa*.

É dizer, portanto, que a lei penal, além de prévia, deve ser certa, promovendo uma descrição minuciosa do fato típico, de modo a evitar dúvidas quanto à específica conduta que se quer incriminar. Evita-se, assim, o *arbítrium judicis*, “com a proibição da utilização excessiva e incorreta de elementos normativos, de causuísmos, cláusulas gerais e de conceitos indeterminados ou vagos”²⁵¹

²⁴⁸ PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30.

²⁴⁹ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 623.

²⁵⁰ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 101.

²⁵¹ PRADO, Luiz Régis. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, p. 30

Problema atinente à criminalidade econômica, e, em especial, à lavagem de dinheiro é a possível mitigação ou contrariedade a estes princípios, numa busca pela incriminação de certas condutas. José de Faria Costa e Manuel da Costa Andrade²⁵² indicam que, por ser este ramo propício à mutação e à transformação, o legislador adotou o sistema das “cláusulas gerais”, como forma de evitar lacunas e de não limitar a linha de orientação político – criminal. Este posicionamento português é inteiramente válido no ordenamento pátrio.

Alguns elementos contidos nos tipos penais desta natureza exigem interpretação à luz da política econômica adotada no país. É que os riscos das relações comerciais, por exemplo, dependem da orientação liberal ou conservadora adotada pela Constituição.²⁵³ Por esta necessidade constante de busca de uma orientação do Executivo no conteúdo das condutas incriminadas, há a desenfreada adoção de leis penais em branco pelo Direito Penal Econômico.

Leis penais em branco, como já explicitado brevemente em capítulo anterior, são aquelas normas que, para que se extraia o seu sentido completo, é necessário a adoção de um complemento. É uma técnica legislativa de remissão, uma opção para se alcançar os fins jurídicos da tutela ao sistema econômico – financeiro.²⁵⁴ É considerada uma “tendência moderna de administrativização do Direito Penal.”²⁵⁵

Como o legislador penal não consegue abarcar todos os conceitos que são correlatos aos tipos penais de natureza econômica, opta por esta técnica de preenchimento. A lei penal incriminadora possui duas partes definidas: o preceito primário, onde se encontra a definição da conduta taxada de criminosa e preceito secundário que contém a sanção

²⁵² Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Econômico. Notas a propósito do colóquio preparatório da AIDP. In: CORREIA, Eduardo. COSTA PINTO, Frederico Lacerda. et. al. *Direito Penal Econômico e Europeu*: textos doutrinários. vol. I. problemas gerais. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 347.

²⁵³ “Por ejemplo: en el tipo de la estafa como tipo de resultado de lesión las exigencia de una relación de imputación objetiva es evidentemente de carácter normativo, y los límites del riesgo permitido en las relaciones comerciales (tanto en declaraciones expresas como en los deberes de información respecto a omisiones de aclaración) non son las mismas en una economía liberal de corte clásico que en un sistema que pretende un cierto control sobre la actividad económica, y en este ultimo caso según el grado de control que se admita,” DEL VALLE, Carlos Perez. *Introducción al Derecho Penal Económico*. In: BACIGALUPO, Enrique. (org.). *Derecho penal económico*. 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 40.

²⁵⁴ 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, p. 75-76.

²⁵⁵ CIRINO DOS SANTOS. Juarez. Ob. cit. p. 50.

penal.²⁵⁶ A deficiência aparece exatamente no momento da descrição da conduta, por faltar precisão e apuração conceitual referente à matéria retratada.

É necessário, pois, um complemento, remetendo o aplicador do direito a outros dispositivos, denominados de “normas de preenchimento”.²⁵⁷ Este complemento da lei penal em branco pode ser encontrado em outra lei em sentido estrito, ou em outra fonte normativa de hierarquia inferior. No primeiro caso, trata-se da lei penal em branco homogênea, enquanto o segundo é o caso da lei penal em branco heterogênea²⁵⁸.

O questionamento sobre constitucionalidade da lei penal em branco surge exatamente neste aspecto, relativo às heterogêneas, em que outras espécies de norma irão integrar o conceito da conduta criminosa. A questão gravita em torno da legalidade, mais detidamente do princípio da reserva legal, que dispõe que somente a lei em sentido estrito poderá definir o que se considera por crime e o cominar uma sanção penal.

É que a lei penal em branco heterogênea tem sua fonte oriunda de uma norma não considerada lei *stricto sensu*. Problema de ordem prática e política é a transferência da competência em definir condutas criminosas para o Poder Executivo ou até mesmo níveis inferiores de atos legislativos.²⁵⁹

Alguns setores da dogmática jurídica chegam a defender a existência de duas espécies de reserva legal: a absoluta e a relativa. Esta última prega que é possível que o legislador delinheie linhas fundamentais da conduta criminosa e que o seu detalhamento pode ser delegado à administração; já a absoluta defende que só a lei pode disciplinar a matéria criminal, excluindo-se a utilização de qualquer outra espécie normativa, seja concernente a aspectos secundários ou principais.²⁶⁰

²⁵⁶ BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal. Parte geral, vol. 1*. 5. ed. rev e atual. São Paulo: Saraiva, 2006. p. 28.

²⁵⁷ SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. Ob. cit. p.

²⁵⁸ Flávio Augusto Monteiro de Barros indica outras nomenclatura: denomina as leis penais em branco homogêneas de “leis penais em branco em sentido lato ou fragmentárias”, enquanto as heterogêneas são chamadas de “lei penal em branco em sentido estrito”. Ob. cit. p. 32.

²⁵⁹ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007. p. 50.

²⁶⁰ Este é o posicionamento de F. Montovani, citado por LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 17.

Zaffaroni e Pierangeli entendem não haver inconstitucionalidade, indicando que a lei penal em branco tem sua estrutura firmada na própria divisão dos poderes do Estado. Argumentam os referidos autores que não se trata de delegação da função de legislar. Ao contrário: a lei penal em branco existe na exata medida em que é impossível o Congresso Nacional legislar, ou seja, trata de determinadas matérias que são próprias do Executivo ou das legislaturas estaduais e municipais.²⁶¹ Exemplificam:

A lei penal em branco seria inconstitucional se dissesse: ‘Será punido com ... aquele que cometa ações contra a honra das pessoas, nos casos em que o Poder Executivo assim determine por decreto.’ Neste caso haveria uma delegação de funções legislativas não autorizada pela CF, porque entre as atribuições constitucionais do Poder Executivo não se inclui a determinação dos casos em que devem ser punidas as ações contra a honra.²⁶²

Bacigalupo²⁶³ indica posicionamento do Tribunal Constitucional Espanhol, em julgado de nº 127/90, oportunidade em que se afirmou a possibilidade de utilização e aplicação judicial de leis penais em branco sempre que o complemento dê a suficiente concretude e precisão à conduta criminosa. Assim, estará salvaguardada a função de garantia do tipo e a possibilidade de conhecimento da atuação penalmente cominada.

Entretanto, se a Magna Carta impõe que não há crime sem prévia lei penal, não se pode permitir, por vias oblíquas, que tal lei se limite a fazer remissão a uma conduta proibitiva descrita em complementação proveniente de fonte diversa daquela que a editou. É um ilógico contra-senso.

É função inafastável do Estado de direito a garantia do controle do poder político, do mesmo modo que tal poder não pode ser suplantado pelo Direito, cabendo ao ente soberano manter tais forças em constante equilíbrio, uma vez há uma tendência natural de busca pela prevalência de uma ou outra. Desta forma, cumpre ao detentor exclusivo do direito de punir tanto o controle de tal poder quanto a manutenção deste, ocasião em que

²⁶¹ Ob. cit. p. 388.

²⁶² Ibidem, p. 388-389.

²⁶³ “A su vez, el Tribunal Constitucional ha dicho que es compatible con la Constitución ‘la utilización y aplicación judicial de leyes penales en blanco, siempre que se dé la suficiente concreción para la conducta calificada de delictiva quede suficientemente precisada en el complemento indispensable de la norma a la que la ley penal se remite, resultando así salvaguardada la función de garantía del tipo con la posibilidad de conocimiento de la actuación penalmente conminada.’” *La problemática constitucional de las leyes penales en blanco y su repercusión en el Derecho penal económico*. In: BACIGALUPO, Enrique. (org.). *Derecho penal económico*. 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 53.

a aceitação da usurpação, por parte do Executivo, de função prevalente Legislativa, gera irreparáveis danos ao equilíbrio proposto pelo Estado democrático de direito.

Ainda: o problema suscitado com o uso da lei penal em branco não diz respeito somente à competência para legislar em matéria penal. De certo, se, por um lado pode-se falar em mitigação da legalidade estrita ou reserva legal, visto que o legislador deixou às outras fontes normativas somente a individualização, os pormenores da conduta criminosa, pontos inalcançáveis, por óbvio, através da descrição abstrata da conduta, por outro, a taxatividade certamente restará quebrada com esta técnica de redação dos tipos.

A segunda vertente do problema, então, é que parece trazer a inconstitucionalidade inarredável destes tipos: o desrespeito ao postulado da *lex certa*.²⁶⁴

A taxatividade é o segundo desdobramento do princípio da legalidade. Determina que as leis penais, sobretudo as incriminadoras, sejam elaboradas de forma clara e taxativa, evitando a utilização de expressões vagas, ambíguas ou equívocas. Zaffaroni e Pierangeli fazem a advertência que “ainda que o sistema puro seja um ideal, não há dúvida que o legislador está obrigado a extremar os cuidados para avizinhar-se ao máximo deste ideal.”²⁶⁵

A taxatividade penal, portanto, corresponde a axioma penal indispensável, em que se reconhece, seguindo a doutrina garantista de Ferrajoli²⁶⁶, que se, por um lado, a legalidade estrita tem a função de condicionar a conduta humana, a taxatividade vai além, condicionando o próprio legislador, no momento de elaboração da lei, impondo-lhe requisitos a esta feitura:

Mientras el axioma de mera legalidad se limita a exigir la ley como condición necesaria de la pena y del delito (nulla poena, nullum crimen sine lege), el principio de estricta legalidad exige todas las demás garantías como condiciones necesarias de la legalidad penal (nulla lex poenalis sine necessitate, sine iniuria, sine actione, sine culpa, sine iudicio, sine accusatione, sine probatione, sine defensione). Gracias al primer principio la ley es condicionante; gracias al segundo es condicionada.

²⁶⁴ 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, p. 79.

²⁶⁵ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, v.I. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007. p. 386.

²⁶⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995, p. 95.

O principal fundamento da adoção deste princípio tem cunho político. É que as normas penais com conteúdo preciso e determinado exercem verdadeira função de garantia ao cidadão contra os arbítrios do Poder Judiciário na oportunidade da aplicação da lei. É, pois, uma forma de restringir a discricionariedade na aplicação da penalidade.²⁶⁷ Sem a taxatividade, a legalidade se tornaria uma garantia vazia de significado e de conteúdo.

O legislador penal, entretanto, tem encontrado formas de burlar esta descrição certa das condutas incriminadoras. Paralelo à discussão da adoção de leis com conteúdo incompleto, existe uma outra “técnica” comumente empregada na criminalidade econômica que consiste na adoção dos chamados elementos normativos do tipo. Estes conceitos tornam o tipo penal aberto, visto que são palavras ou expressões vagas, porosas, carentes de complementação valorativa, que exigem “a participação do interprete na fixação do seu conteúdo, relacionando-o ainda ao contexto.”²⁶⁸

Esta excessiva utilização de conceitos vagos e indeterminados é justificada como um instrumento de “adaptação”, “atualização”, do conceito de legalidade, o que é extremamente danoso quando posto em prejuízo do réu. Neste sentido são as palavras de Fragoso, para quem “tais elementos introduzem considerável indeterminação no conteúdo do tipo, enfraquecendo sua função de garantia, pois fazem depender puramente da valoração judicial a própria existência da conduta punível em sua materialidade.”

Explica o referido autor que “os elementos normativos do tipo, especialmente os de valoração cultural, contribuem, sem dúvida, para a indeterminação e insegurança do tipo, comprometendo o princípio da reserva legal”²⁶⁹. Mais do que falar em reserva legal comprometida – visto que não é a lei penal que definirá a conduta criminosa, e sim a valoração dada pelo intérprete – há nítida ofensa à taxatividade, pois a lei penal carecerá de seu “mandato de certeza”.²⁷⁰

²⁶⁷ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 19.

²⁶⁸ 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, p. 77.

²⁶⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Conduta Punível*. Rio de Janeiro: Forense, 1961, p. 148.

²⁷⁰ “É mister que esta lei, temporalmente anterior, ao definir o fato criminoso, enuncie, com clareza, os atributos essenciais e específicos da conduta humana, de forma a torná-la inconfundível com outra, cominando-lhe pena balisada em limites razoáveis”. (CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 55).

Problema de ordem prática é que, diante de conceitos vagos e indeterminados, não terá o réu como se defender de uma acusação, visto que esta será fundada em elementos normativos que mais traduzem um juízo de valor por parte do aplicador – “criador” – do direito que a efetiva opção política do Estado em criminalizar uma certa e determinada conduta. Registre-se, pois, que, conquanto haja necessidade de usar elementos normativos para dar “adaptabilidade” às normas penais, é imperioso que se tome cuidado para que não se vulgarize o emprego de ditos elementos e, por conseguinte, viole-se o princípio da legalidade, ainda que de forma velada.

A lei, além de escrita e certa, como já explicado, precisa ser anterior ao fato criminoso. Sobre o princípio da anterioridade, é possível afirmar-se tratar de uma exigência do ordenamento que a lei seja atual, só alcançando “fatos cometidos depois do início de sua vigência, não incidindo sobre os fatos anteriores”.²⁷¹

Anterioridade ou irretroatividade é um princípio expresso no texto constitucional e no Código Penal, quando retratam que “não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”. Esta fórmula indica a necessidade da atualidade da lei: só serão alcançados, via de regra, os fatos praticado após o início de sua vigência, não incidindo sobre fatos passados.

Sabidamente, e antevendo situações em que a *novatio legis* surge com regras mais maleáveis e benéficas, a própria Constituição comportou exceções a esta disposição, que foram repisadas no texto do Código Penal. É que o art. 5º XL da Carta Magna dispõe que: “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu.”

Ora, isto significa dizer que, regra geral, a lei penal deve ser editada antes do cometimento do fato criminoso, utilizando-se o sistema do *tempus regit actum* (aplica-se a lei vigente ao tempo do crime). Porém, caso esta lei nova seja, de qualquer modo, benéfica ao réu, é possível a sua retroatividade, ou seja, aplicação a fatos passados.

Ensina Andrei Schmidt:

[...] cremos que a retroatividade da lei benéfica não é uma exceção à irretroatividade da lei prejudicial. **O fato de o constituinte originário ter ressaltado que “a lei penal não retroagirá, salvo para beneficiar o réu”, não**

²⁷¹ LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 20.

nos permite concluir que a *lex gravior* é a regra, enquanto que a *lex mitior*, a exceção. O constituinte poderia ter optado, por uma questão de técnica legislativa, pela afirmação de que a “Lei penal retroagirá, salvo se prejudicial ao réu”, que, ainda assim, a conclusão seria a mesma, ou seja, trata-se de duas regras distintas para o tratamento da sucessão de leis penais no tempo.²⁷²

Este princípio tem aplicação à temática ora discutida, visto que, com relação à Lei 9.613/98 há problemas quanto à sucessão de leis penais no tempo. A grande demanda que poderia suscitar maiores questionamentos diz respeito ao rol de crimes antecedentes e sua inclusão ou exclusão dos crimes praticados contra as finanças públicas, inseridos no Código *a posteriori*, com a Lei 10.028/00.

Com relação à Lei 9.613/98, no momento de sua entrada em vigor, sete foram os incisos que traziam crimes precedentes: “I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II - de terrorismo; III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV - de extorsão mediante seqüestro; V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI - contra o sistema financeiro nacional; VII - praticado por organização criminosa.”²⁷³

Com relação ao inciso V, que trata sobre os crimes contra a Administração Pública, à época da edição da Lei 9.613, este conceito abarcava somente três espécies de crimes: crimes praticados por funcionário público contra a Administração em geral; crimes praticados por particular contra a Administração em geral; e crimes contra a Administração da Justiça.

Duas espécies de crimes contra a Administração Pública não estavam dispostas no Código nesta oportunidade: os crimes contra a Administração Pública estrangeira (arts. 337-B a 337-D); e os crimes contra as finanças públicas (arts. 359 –A a 359 - H). O legislador, percebendo esta deficiência da Lei de Lavagem, aditou o texto legal em 2002, através da Lei 10.467, fazendo inserir novo inciso dentre aqueles precedentes: “VIII – praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 – Código Penal).”

²⁷² SCHMIDT, Andrei Zenkner. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 231.

²⁷³ Redação original, de 1998, sem as posteriores alterações.

Perceba-se que, mesmo com esta inserção, alguns crimes contra a Administração Pública ficaram fora do rol dos crimes antecedentes: aqueles praticados contra as finanças públicas, inseridos no Código Penal através da Lei 10.028/00. Com relação a estes crimes, pode-se certamente afirmar que a sua prática não se configura como antecedente à lavagem.

Isto porque, em 2002, quando da inclusão no rol dos crimes praticados contra a Administração Pública estrangeira – atual inciso VIII da Lei 9.613/98, art. 1º, poderia ter o legislador optado pela redação de mais um inciso, inserindo também os crimes contra as finanças públicas. Não o fez. E, de acordo com esta omissão legislativa, não é possível ampliar o conceito de forma a prejudicar o réu. É o princípio da taxatividade aplicável à atividade interpretativa.

Para além disso: após a entrada em vigor da Lei de Lavagem em nosso ordenamento, alguns outros artigos foram inseridos dentre os crimes praticados contra a Administração Pública, como foi caso dos artigos 313-A e 313-B²⁷⁴, a inserção de dados falsos em sistema de informações e a modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações, o 337-A²⁷⁵, sonegação de contribuição previdenciária, todos inseridos

²⁷⁴ **Inserção de Dados Falsos em Sistema de Informações**

Art. 313-A - Inserir ou facilitar a um funcionário autorizado, a inserção de dados falsos, alterar ou excluir indevidamente dados corretos nos sistemas informatizados ou bancos de dados da Administração Pública com o fim de obter vantagem indevida para si ou para outrem ou para causar dano: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 12 (doze) anos, e multa.

Modificação ou Alteração não Autorizada de Sistema de Informações

Art. 313-B - Modificar ou alterar, o funcionário, Sistema de informações ou programa de informática sem autorização ou solicitação de autoridade competente: Pena - detenção, de 3 (três) meses a 2 (dois) anos, e multa.

Parágrafo único. As penas são aumentadas de um terço até a metade se da modificação ou alteração resulta dano para a Administração Pública ou para o administrado.

²⁷⁵ **Sonegação de Contribuição Previdenciária**

“Art. 337-A - Suprimir ou reduzir contribuição social previdenciária e qualquer acessório, mediante as seguintes condutas: I - omitir de folha de pagamento da empresa ou de documento de informações previsto pela legislação previdenciária segurados empregado, empresário, trabalhador avulso ou trabalhador autônomo ou a este equiparado que lhe prestem serviços; II - deixar de lançar mensalmente nos títulos próprios da contabilidade da empresa as quantias descontadas dos segurados ou as devidas pelo empregador ou pelo tomador de serviços; III - omitir, total ou parcialmente, receitas ou lucros auferidos, remunerações pagas ou creditadas e demais fatos geradores de contribuições sociais previdenciárias: Pena - reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa.”

através da lei 9.983/00 e o art. 319-A²⁷⁶, inserido no Código Penal por conduto da lei 11.466/2007.

Como conseqüência lógica da anterioridade, os sujeitos que procuraram mascarar a origem de bens, direitos e valores decorrentes destes delitos, antes da sua tipificação no Código Penal, não cometeram lavagem de dinheiro. Imagine-se, portanto, um diretor de empresa que tenha angariado alta monta em dinheiro fruto de sonegação previdenciária no ano de 1999; como esta soma era fruto de ilícito, passou a camuflar a sua origem, com a compra de imóveis, por exemplo. Mesmo que a operação final de integração se dê depois do advento do art. 337-A no Código penal, não há que se falar em crime: nem de sonegação previdenciária, visto que, no momento da conduta, o fato não estava tipificado, nem de lavagem de dinheiro, posto que este crime não figurava no rol dos antecedentes.

De tudo quanto exposto acerca da legalidade e seus subprincípios, não se pode perder de vista a função garantista do tipo penal. A questão da proteção do bem jurídico pelo legislador não pode conduzir à redação de tipos penais violadores dos princípios constitucionais, sob a pretensa escusa de tutela da sociedade. Esta é, inclusive, uma das críticas mais ferrenhas à legalidade, quando esta se apresenta somente sobre seu aspecto formal, ou seja: não é necessário somente que a conduta esteja descrita em lei, os demais princípios constitucionais não podem ser, igualmente, violados no momento da redação desta conduta criminosa. É a lição de Márcia Dometila Lima de Carvalho²⁷⁷:

O princípio da legalidade põe ênfase justamente na lei, como decisão do povo. Todavia, a sua redução a mero formalismo provocou-lhe sérios desgastes. Por isso, afirmado sob a perspectiva da validade – dever ser – passou a ser questionado sob a perspectiva da eficácia: a lei nem sempre expressa a justiça. [...] As primeiras críticas referem-se à função garantidora do tipo, já que a eficácia desta garantia fica na dependência da descrição das normas incriminadoras e dos bens jurídicos valorados. Disso resulta que, através da técnica legislativa de formalização dos tipos, seja pela utilização de cláusulas genéricas, seja pela utilização de sanções punitivas totalmente indeterminadas no tempo, o princípio da legalidade pode vir a ser fraudado.

Através da leitura do princípio da legalidade no Texto Constitucional, tem-se a simbólica impressão que se vive em um Estado essencialmente democrático e garantista. Porém,

²⁷⁶ Art. 319-A. Deixar o Diretor de Penitenciária e/ou agente público, de cumprir seu dever de vedar ao preso o acesso a aparelho telefônico, de rádio ou similar, que permita a comunicação com outros presos ou com o ambiente externo: Pena: detenção, de 3 (três) meses a 1 (um) ano.

²⁷⁷ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992, p. 54.

quando se faz uma leitura, mesmo que perfunctória, dos tipos incriminadores das condutas de cunho econômico, e, especificamente, da lavagem, esta alienada percepção tende a desaparecer.

É que a Magna Carta, aos poucos, tem-se transformado em letra morta, mediante constante e habitual desrespeito de seus ditames. E pior: o princípio que deveria ser a pedra angular de todo o sistema punitivo – a legalidade – transformou-se em um conceito puramente formal, sem qualquer significado de cunho garantista. Ensina Ana Cláudia Pinho:

Numa (re) construção garantista da legalidade em toda a sua dimensão, não basta somente afirmar ser necessária a lei para definir crimes e cominar penas (aspecto formal). É preciso, mais, que essa lei espelhe as garantias do direito penal mínimo, com todos os seus predicados. Quer dizer, a lei incriminadora deve atentar para os princípios constitucionais [...] a fim de não se tornar um instrumento ilegítimo de controle social.²⁷⁸

As técnicas legislativas usadas na criminalidade econômica são uma falsa concepção do garantismo, uma pretensa proteção a bens jurídicos que justifica a quebra, a mitigação da segurança jurídica. A Lei 9.613/98 não poderia fugir a esta realidade.

Depois de todas as explicações dadas acima, é até risível a leitura da Exposição de Motivos²⁷⁹, em seu nº 26, oportunidade em que o legislador afirma laborar na elaboração da lei dentro dos princípios da legalidade e, sobretudo, da taxatividade:

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.). Grifou-se

Vejamos o contrasenso: como já explanado alhures, a Lei 9613/98 traz em seu texto um rol de crimes antecedentes, cujos proventos seriam capazes de serem “lavados”, sobre a pretensa alcunha de rol taxativo.

²⁷⁸ PINHO, Ana Cláudia. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p. 86.

²⁷⁹ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM nº 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996

De acordo com o princípio da legalidade estrita, previsto na Constituição Federal, art. 5º, inciso XXXIX, este rol taxativo deveria significar que, por mais repulsiva e grave que seja a conduta antecedente, por mais que seja possível a geração de bens e proventos ilícitos aptos a serem reinseridos no mercado de capitais, se estas condutas não estiverem tipificadas na Lei 9613 como delitos antecedentes, não há que se falar em lavagem de dinheiro.

Entretanto, burlando a justificativa e explicação de ter sido a lei elaborada sob o manto da taxatividade, abre o legislador o leque de crimes antecedentes quando dispõe que qualquer crime praticado por organização criminosa gera proventos a serem lavados. É uma forma indireta de burlar a legalidade.

Isto decorre, sobretudo, da ineficiência do Estado em combater o inimigo invisível que recebe o nome de “crime organizado”. Pretendendo, em tese, proteger a sociedade da maior onda de criminalidade jamais vista (uma vez que qualquer associação de pessoas com fito de cometer crimes cabe neste conceito), quebra o legislador o preceito constitucional.

A resposta penal contra o chamado crime organizado é mais ou menos semelhante em toda parte: maior rigor repressivo, introdução de novas modalidades de prisões cautelares, instituição de “prêmio” ao acusado colaborador, criação de programas de proteção de testemunhas, inaugurando o assim denominado duplo binário repressivo, com o Código Penal para os crimes comuns, e leis especiais para o chamado crime organizado. A experiência mostra que essa resposta penal se situa no plano simbólico, como satisfação retórica à opinião pública pela estigmatização oficial do crime organizado, mas tem sua utilidade: cumpre o papel de evitar discussões sobre o modelo político neoliberal dominante nas sociedades contemporâneas, ocultando responsabilidades do capital financeiro internacional, aliado às elites conservadoras dos países do Terceiro Mundo, na criação de condições adequadas à expansão da criminalidade em geral e, eventualmente, de organizações locais de tipo mafioso.²⁸⁰

Por saber que estes agentes envolvidos em criminalidade organizada estão ramificados em diversas áreas, até mesmo não criminosas, e que o seu combate foge ao controle do Estado, é preciso impedir a fruição de seus ganhos.

²⁸⁰ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Crime Organizado*. Disponível em: <http://www.emap.com.br/doutrina_Art.Diversos10.htm>. Acesso em: 12 jul. 2007.

Questão que merece relevo agora é a possibilidade – ou não – de se incriminar aquele que participa do delito prévio e, ainda, mascara a origem de seu lucro, através das operações previstas na Lei 9.613/98. É o que se pretende no tópico a seguir.

4.3 SUJEITOS DO CRIME. A DUPLA INCRIMINAÇÃO E O PRINCÍPIO DO *NE BIS IN IDEM*.

Questão que deve agora ser enfrentada é aquela atinente os sujeitos do crime, ativos e passivos. Neste ponto, algumas críticas serão tecidas no tocante à punição daquele que cometeu o crime antecedente e ao desrespeito dos requisitos para o concurso de pessoas. É que o legislador, no afã de incriminar todos aqueles que pratiquem o mascaramento de dinheiro com origem ilícita, acabou adotando posições errôneas, posto que dissonante aos ditames do Código Penal.

Primeiramente, cumpre delinear quem figura no pólo passivo desta espécie de criminalidade. Luciano Feldens²⁸¹ indica que a tutela da ordem econômica em sentido amplo é uma nova tendência do Direito Penal, visto que, no plano constitucional, bens de ordem difusa ou transindividual - como esta ordem econômica – já alçaram proteção. Ao Direito Penal, então, cabe a missão de repelir condutas que apresentem lesão ou ameaça de lesão a estes bens jurídicos considerados vitais à sociedade.

Desta forma, por mais que um sujeito seja identificado como vítima imediata nestes crimes, é de se assegurar que o interesse violado é sempre coletivo. É que, no entender do citado autor, os “conceitos políticos-normativos como ordem econômica, ordem tributária, regularidade do sistema financeiro enfeixam uma relação de significados na qual se contém, para além do interesse público *stricto sensu*, o interesse de todos os sujeitos sociais”.²⁸²

²⁸¹ 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. 31

²⁸² *Ibidem*, p. 33.

Mais detidamente, em relação à lavagem de dinheiro, pode-se afirmar tratar-se de crime vago, que tem como vítima um ente despersonalizado, que é a “sociedade ou a comunidade local, pelo abalo das estruturas econômicas e sociais, além da segurança e da soberania dos Estados.”²⁸³

Entretanto, fazendo-se um breve retorno à questão do bem jurídico envolvido e, retomando a idéia de que não há um, senão vários bens tutelados, inclusive aqueles protegidos pelos crimes antecedentes, pode-se perceber que vítima na lavagem é também a vítima do delito antecedente.

Assim, se um sujeito foi vítima de privação de liberdade, com o intuito de recebimento de vantagem econômica a título de resgate – e, advirta-se, neste crime previsto no artigo 159 do Código Penal, há dupla sujeição passiva, ou seja, duas vítimas envolvidas: aquela que sofre a privação de liberdade e aquele que é extorquido – a fruição dos bens recebidos com a prática deste crime antecedente também afetará a vítima inicial.

Esta é a doutrina de Tigre Maia, com algumas ressalvas. É que, como indica o autor que o bem jurídico envolvido é a Administração da Justiça, o “sujeito passivo principal é o Estado, ao qual cabe o monopólio da administração da justiça.” Porém, admite que a existência de outras vítimas: “consoante a natureza do crime precedente mediatamente poderão existir outros lesados (*e.g.*, o extorquido que teve o numerário dado em resgate utilizado na ‘lavagem’).”²⁸⁴

Antes de adentrar à temática do sujeito ativo, algumas considerações devem ser tecidas. Preliminarmente, porém sem muitas divagações, visto não se tratar de temática central, é necessário saber o que se entende por autor de crime. E, para além disso, como diferenciar a co-autoria da participação.

A doutrina mais abalizada dá conta de quatro teorias que fundamentam o conceito de autor (e, entenda-se, por via de consequência, sabe-se quem é considerado partícipe, por exclusão): teoria formal-objetivo para quem autor é quem pratica ação executiva, a ação principal, o núcleo do tipo, sendo partícipe o que cooperasse com atos preparatórios;

²⁸³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 33.

²⁸⁴ 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. 90.

teoria material-objetivo, sendo a distinção baseada na relevância causal das respectivas condutas; teoria subjetiva, sendo autor aquele que atua com *animus auctoris*, enquanto o partícipe atua com *animus socii*, desejando a ação como alheia; por fim, teoria final subjetiva, para quem autor é aquele que domina o modo e a possibilidade de interromper a conduta típica.²⁸⁵

Pode-se afirmar, com tranquilidade, que autor de crime para a doutrina pátria²⁸⁶ é aquele que, segundo a teoria final subjetiva, também denominada de domínio final do fato, realiza a conduta descrita no tipo (o núcleo, o verbo) e, além disso, aquele que exerce domínio sobre o fato, que toma decisões quanto à execução do delito.²⁸⁷

O partícipe²⁸⁸, de sua feita, é aquele que coopera moral ou materialmente com a infração penal. Na cooperação moral, tem-se as modalidades induzir e instigar (no sentido de criar a idéia criminosa ou estimulá-la, respectivamente), enquanto na material encontra-se a modalidade auxílio, fornecimento de meios, instrumentos para a prática criminosa.

O sujeito ativo no crime de lavagem é, para toda a doutrina, qualquer pessoa, por isso o crime é classificado como comum. Questão tormentosa, entretanto, é a de se incluir ou excluir o autor, co-autor ou partícipe do crime antecedente dentre os sujeitos ativos da lavagem. Como nosso tipo penal não fez qualquer restrição expressa, a doutrina entende que, neste conceito de qualquer pessoa, estão também incluídos aqueles que tomaram

²⁸⁵ BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

²⁸⁶ “É autor direito aquele que tem o domínio do fato (Tatherrschaft), na forma do domínio da ação (Handlungsherrschaft), pela pessoal e dolosa realização da conduta típica. Por realização pessoal se deve entender a execução de própria mão da ação típica. Por realização dolosa se exprimem consciência e vontade a respeito dos elementos objetivos do tipo.” BATISTA, Nilo, op. cit., p. 77.

²⁸⁷ Rogério Greco aponta doutrinas em contrário: “[...] Para aqueles que adotam um conceito restritivo, autor seria somente aquele que praticasse a conduta descrita no núcleo do tipo penal. Todos os demais que, de alguma forma, o auxiliassem, mas que não viessem a realizar a conduta narrada pelo verbo do tipo penal seriam considerados partícipes.” (GRECO, Rogério. *Curso de direito penal*. Parte Geral. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2003, p. 475).

²⁸⁸ “A participação consiste em livre e dolosa colaboração no delito doloso de outrem, essa colaboração se manifesta, no direito brasileiro (como na maior parte dos sistemas legislativos), por duas formas fundamentais: a instigação e a cumplicidade (que o legislador brasileiro quis chamar de auxílio). Em grandes linhas, pode dizer-se que a instigação (que se subdividirá em determinação e instigação em sentido estrito) corresponde à colaboração espiritual no delito alheio, enquanto a cumplicidade corresponde à colaboração material. Essa colaboração no delito alheio certamente supõe que o partícipe não detém, de nenhuma forma, o domínio do fato.” (BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 157).

parte no delito antecedente.²⁸⁹ Exclui-se a pessoa jurídica, à mingua de previsão legal dispondo neste sentido, sendo responsável apenas as pessoas com poder de gestão.²⁹⁰

Não há como se dissociar, entretanto, a lavagem dos crimes de receptação e de favorecimento pessoal, como dito alhures, por conta de suas particulares semelhanças: a fruição do produto de um ilícito precedente. Nestes dois delitos, é uníssona a opinião que o sujeito que tenha praticado o crime anterior não poderá ser incriminado pelas condutas posteriores de usufruir, tirar proveito da ação criminosa. Este segundo momento será considerado mero exaurimento da primeira conduta, será um *post-factum* impunível.

Da mesma forma poderia ter tratado o legislador o sujeito ativo da lavagem. Nos casos de “autolavagem” ou de “autoreciclagem” (expressões da legislação francesa e italiana) poderia – ou deveria – ter excluído do rol de sujeitos ativos aqueles já incriminados pelos antecedentes.

A resposta não é uniforme na legislação internacional. A Itália, a França e a Alemanha, por exemplo, optaram por incriminar a lavagem somente quando ela seja praticada por pessoa diferente daquela que comete o delito antecedente. A redação dos tipos penais – já retratada no capítulo anterior – traz esta exclusão expressa. Confira-se.

O Código alemão (StrafGesetzBuch – StBG) traz dispositivo no sentido de que “*nach den Absätzen 1 bis 5 wird außerdem nicht bestraft, wer wegen Beteiligung an der Vortat strafbar ist.*” – em tradução realizada por Kai Ambos²⁹¹, “em conformidade com os incisos 1 a 5 não será punido quem assim o for em razão da participação no ato antecedente.”.

O Código italiano, de forma semelhante, inicia sua redação já com a ressalva, advertindo que “*Fuori dei casi di concorso nel reato, chiunque [...]*”, o que significa dizer que só haverá punição pela lavagem “fora dos casos de concorrência na ofensa” (tradução livre), quando o sujeito que pratica a reciclagem será diverso daquele que praticou o precedente.

²⁸⁹ Neste sentido: Rodolfo Tigre Maia (*Lavagem de Dinheiro*. Lavagem de ativos provenientes de crime. Anotações às disposições criminais da Lei n. 9.613/98. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 92). Márcia Monassi Mougenot Bonfim e Edilson Mougenot Bonfim. (*Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52). Marco Antônio de Barros. Ob. cit. p. 58. CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. (*Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 324).

²⁹⁰ BARROS, Marco Antônio de. Ob. cit. p. 57.

²⁹¹ 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, p. 129-131.

Por fim, observe-se a opção francesa, que adverte expressamente só ser possível incriminar o sujeito que opera a lavagem de dinheiro de um terceiro, que cometeu o crime antecedente. Traz, destarte, o conceito de branquemaneto como sendo “*le fait de faciliter, par tout moyen, la justification mensongère de l'origine des biens ou des revenus de l'auteur d'un crime ou d'un délit ayant procuré à celui-ci un profit direct ou indirect.*” (facilitar, por qualquer meio, falsa justificação dos bens ou rendimentos do autor de um crime ou uma ofensa que trouxe uma relação direta ou indireta. Tradução livre).

No Brasil, assim como em outros países²⁹², a opção foi pelo conceito de sujeito ativo irrestrito²⁹³. E esta opção é justificada de várias maneiras: as ações típicas são relevantes e apresentam danosidade social, não podem ser apenas exaurimento; porque a grande parte dos delitos de lavagem é efetivamente praticada pelos mesmos agentes do crime antecedente, porque a objetividade jurídica e os sujeitos passivos são diversos.²⁹⁴

Este é o entendimento de grande parcela da doutrina, esposada nos dizeres de Luiz Regis Prado: “entende-se que é perfeitamente possível a configuração do concurso de delitos, respondendo o agente pelo crime antecedente e pela conduta de lavagem de capitais, visto que a tutela jurídico penal recai sobre bens jurídicos diversos e independentes.”²⁹⁵

²⁹² Tigre Maia indica ter sido esta a opção dos países de *Common Law*. (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. 91).

²⁹³ Confira-se jurisprudência neste sentido, trazendo a mesma associação de pessoas punidas pelo tráfico de droga e posterior lavagem do dinheiro obtido: Ementa HABEAS CORPUS LIBERATÓRIO. **PACIENTES ACUSADAS DE ASSOCIAÇÃO PARA O TRÁFICO E LAVAGEM DE DINHEIRO**, SUPOSTAMENTE INTEGRANTES DE ORGANIZAÇÃO CRIMINOSA VOLTADA PARA O TRÁFICO INTERNACIONAL DE DROGAS, COM CONEXÕES NA AMÉRICA DO SUL E EUROPA. CARTEL DO VALE DO NORTE (COLÔMBIA). FUNDAMENTOS APTOS À MANUTENÇÃO DA CUSTÓDIA CAUTELAR. PACIENTES ENCARCERADAS DESDE MARÇO DE 2007. EXCESSO DE PRAZO NÃO VERIFICADO. CIRCUNSTÂNCIAS PESSOAIS FAVORÁVEIS NÃO OBSTAM, POR SI SÓ, A PRISÃO PREVENTIVA. ORDEM DENEGADA.

1. Presentes dos fortes indícios de que as pacientes fazem parte de poderosa organização criminosa voltada para o tráfico internacional de drogas e lavagem de dinheiro proveniente do tráfico, com ramificações na América do Sul e Europa, não se mostra inidônea o decreto de prisão cautelar, arrimado no resguardo da ordem pública e para assegurar a aplicação da lei penal, pois existem riscos das atividades ilícitas serem retomadas com o livramento, além de se mostrar bastante provável que as réas se furtem à aplicação da lei penal, já que são estrangeiras em situação irregular e sem vínculos no Brasil. (HC 2007/0307512-0, Min. Relator Napoleão Nunes Maia Filho, STJ 5ª Turma, Julgado em 11/03/2008).

²⁹⁴ 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. 92

²⁹⁵ PRADO, Luiz Regis Prado. *Direito Penal Econômico*. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

Entende, destarte, a doutrina, que há concurso de crimes quando o mesmo agente pratica o precedente e a lavagem. *In casu*, trata-se de concurso material²⁹⁶ de infrações, que ocorre quando o agente, mediante mais de uma conduta, pratica duas ou mais infrações penais. Esta é a opinião que prevalece na doutrina²⁹⁷. “Quando ocorrer a hipótese de ser a mesma pessoa o autor dos crimes primário e secundário, as penas deverão ser aplicadas cumulativamente (art. 69 do CP)”²⁹⁸.

Fazendo-se um breve regresso ao bem jurídico tutelado pela Lei 9.613/98, e repudiando este argumento de objetividade jurídica distinta como legítimo para incriminação do sujeito que pratica as duas condutas, no entendimento da multiofensividade deste delito, entende-se que, com o tipo penal da lavagem, também se está a tutelar, ainda que de forma indireta, o bem jurídico protegido no crime antecedente, além da ordem econômico-financeira, é claro.

Tem-se, desta maneira, um grave problema em se admitir que o mesmo sujeito seja incriminado pela lavagem e pelo precedente. Defender (e admitir, como fez o legislador pátrio) esta dupla incriminação é incorrer em manifesto *bis in idem*. Isto porque, já se pôde notar que os bens jurídicos, ainda que de forma velada, são os mesmos e, até mesmo os sujeitos passivos são considerados idênticos! Desta forma, sendo a objetividade jurídica, de certa forma, a mesma, o exaurimento da conduta inicial não poderia ser punido.

Trata-se de hipótese de *post factum* impunível. Só é possível punição a título de crime conseqüente para o sujeito que não praticou o precedente, sendo sujeito ativo da lavagem “qualquer pessoa (crime comum), com exceção do autor, co-autor ou partícipe condenado pelo crime antecedente”. E continua Roberto Delmanto em sua lição:

Àquele que é condenado pelo crime antecedente não se pode impor o dever jurídico de espontaneamente entregar ao Estado, para ser confiscado, o produto ou o proveito do crime pelo qual foi apenado. É contra a natureza das coisas, o bom senso e até mesmo a lógica de punir o delinqüente por ter – ele mesmo, sem ofender outros bens juridicamente tutelados, ocultado ou dissimulado a

²⁹⁶ Concurso Material Art. 69 – “Quando o agente, mediante mais de uma ação ou omissão, pratica dois ou mais crimes, idênticos ou não, aplicam-se cumulativamente as penas privativas de liberdade em que haja incorrido. No caso de aplicação cumulativa de penas de reclusão e de detenção, executa-se primeiro aquela.”

²⁹⁷ Confira-se Marcelo Mendroni. (*Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p.35 et seq.).

²⁹⁸ BARROS, Marco Antônio de. Ob. cit. p. 58.

origem do dinheiro proveniente do crime que praticou e pelo qual está sendo punido. A conduta posterior é, portanto, atípica; a sua punição, ademais, importaria inadmissível bis in idem.²⁹⁹

Alguns autores chegam a confundir tal conclusão com o denominado princípio da consunção ou absorção, e justificam a dupla incriminação através de uma conclusão errônea sobre a aplicação deste princípio: “de se observar que o fato posterior não punível é consequência do *princípio da consunção*. Este princípio, contudo, exige identidade de bens jurídicos.” Partindo desta premissa incorreta, chegam à conclusão: “na lavagem de dinheiro, os bens jurídicos tutelados – a Administração da Justiça, e os sistemas econômico e financeiro do País – são diversos daqueles que são protegidos pelos vários crimes antecedentes (o patrimônio, a saúde pública, a Administração Pública etc.)”.³⁰⁰

O princípio da consunção é utilizado sob a fórmula do crime-meio e do crime-fim. Foi brevemente explicado em capítulo anterior, ma merece nova atenção, desta feita concernente aos sujeitos do crime. Esta é a situação da chamada “progressão criminosa”, que significa um crime que se desdobra em dois atos. “Primeiro o agente quer praticar o crime menor e o pratica; só depois resolve consumir a ofensa jurídica mais gravosa”³⁰¹.

Não há, entretanto, a necessidade que se trate de mesmos bens jurídicos. A fórmula doutrinária é amplamente utilizada na jurisprudência, sem ter, contudo, esta limitação. Confira-se, somente a título de exemplo, o entendimento sumular referente ao crime de estelionato (cujo bem jurídico é o patrimônio) e o falso necessário à sua prática (cujo bem jurídico, por exemplo, pode ser a fé pública): “quando o falso se exaure no estelionato, sem mais potencialidade lesiva, é por este absorvido.”³⁰²

Veja-se, para além disso, que não é possível falar em consunção quando se trata da lavagem. A uma, porque não existe crime-meio e crime-fim. Pelo contrário, a lavagem acaba ocorrendo não como uma finalidade *per se*, mas como forma inexorável de usufruir dos proventos. A duas, pois não se pode afirmar qual o crime mais grave. É que, fazendo-se uma análise das condutas precedentes e da lavagem, em alguns pontos, não se tem

²⁹⁹ DELMANTO, Roberto et al. *Leis Penais Comentadas*, São Paulo: Renovar, 2006.

³⁰⁰ Márcia Monassi Mougnot Bonfim e Edílson Mougnot Bonfim. (*Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 52).

³⁰¹ GOMES, Luiz Flávio; GARCÍA-PABLOS DE MOLINA. Antonio. *Curso de Direito Penal*: parte geral. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007, p. 528.

³⁰² Súmula 17 STJ.

como definir qual fato é mais ou menos grave. Isto porque, a oportunidade em que o legislador fez esta dosagem (proporcionalidade abstrata) foi no momento da escolha da pena cominada, e há ambigüidades nesta escolha.

Tome-se, como exemplo, o crime de tráfico de entorpecentes, previsto na Lei 11.343/06, cuja pena é de reclusão de 5 a 15 anos, em comparação com a lavagem, que tem pena de reclusão de 3 a 10 anos³⁰³. Nitidamente, o legislador valorou a lavagem como menos grave. Não seria oportuno dizer que o sujeito praticou crime mais grave com o objetivo de se chegar a crime menos grave.

Em outras situações, entretanto, a lei de lavagem foi incongruente. É que a lavagem de dinheiro, assim como a receptação, precisa de um crime pressuposto. Desta forma, poder-se-ia afirmar que a lavagem é um crime acessório, que depende sempre de uma conduta principal. Assim, existem crimes antecedentes com pena muito abaixo daquela cominada à lavagem, *exempli gratia* o crime de peculato (art. 312 do Código Penal), com violação aos princípios da Administração Pública, tem pena cominada de reclusão de 2 a 12 anos; o peculato –estelionato (mediante erro de outrem, previsto no artigo 313 do Código Penal) tem pena de reclusão de 1 a 4 anos.

Na visão de Tigre Maia, “a autonomia e a intensa danosidade social do delito estudado, em nossa opinião, justificam plenamente a exacerbação de sua punição mas não retiram réu caráter acessório” e arremata seu entendimento do sentido de não ser possível “justificar-se uma apenação completamente completamente desproporcional àquela que é cominada para determinados crimes antecedentes”³⁰⁴.

Desta forma, *de lege ferenda*, revestida de caráter acessório, a lavagem é simplesmente um exaurimento de uma conduta anterior, sendo punível nos casos em que seu sujeito ativo seja pessoa diversa daquela envolvida no precedente. Não se pode falar na dupla

³⁰³ A EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM n° 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996 traz fundamentos para a escolha da pena cominada: “35. O projeto imputa ao novo tipo pena de reclusão de três a dez anos e multa. 36. Quanto à pena mínima (três anos), é importante ter em consideração que, segundo a doutrina penal, em interpretação dos arts. 59 e 61 do Código Penal, o juiz, na aplicação da pena, parte do mínimo legal para aumentá-la em função das circunstâncias judiciais e das causas especiais de aumento. Além da pena mínima guardar correlação com a prevista nos arts. 12 e 13 da Lei n° 6.368, de 21 de outubro de 1976, que dispõe sobre a repressão ao tráfico ilícito de substâncias entorpecentes. 37. No mais, adotou o projeto, quanto ao mínimo e ao máximo, a solução utilizada na Argentina e em Portugal.”

³⁰⁴ 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. 94.

incriminação ou no concurso material por todos os motivos explicitados, merecendo destaque a questão da identidade do bem jurídico e do sujeito passivo.

4.3.1 Concurso de pessoas no delito de lavagem. Quebra de requisitos (?)

Sobre a temática ‘concurso de pessoas’, são necessárias breves considerações. É que existem duas modalidades de concurso de pessoas: concurso eventual e concurso necessário. O primeiro ocorre nas infrações em que há a possibilidade de prática do núcleo do tipo por um único agente. São os chamados crimes uni ou monosubjetivos ou unilaterais. Eventualmente, poderá haver associação para praticá-los. Já os crimes de concurso necessário são os tipos penais denominados de plurissubjetivos ou plurilaterais: um só agente não pode praticar a infração descrita no tipo.

A lavagem de dinheiro, em que pese ser, via de regra, atividade realizada por verdadeiras organizações criminosas, nesta classificação acima referida, encontra-se como delito mono ou unissubjetivo. Um só agente pode praticar a ocultação de bens e valores. Se, no entender da doutrina, o agente que é um grande traficante de drogas, mascara a origem de seus bens, estaria, em tese, cometendo o delito de lavagem de dinheiro. E, sem a necessidade de outros participantes.

Ocorre que, para que se fale em concurso de pessoas, é necessário o preenchimento de alguns requisitos: pluralidade de agentes (duas ou mais pessoas concorrendo para a prática de um crime); vínculo subjetivo (acordo de vontades, vínculo psicológico que existe entre os sujeitos da infração); relevância causal do comportamento (cada conduta, isoladamente considerada, deve ser parte integrante da corrente causal que provoca o resultado); identidade de infração (havendo liame subjetivo entre os sujeitos, todos concorrem para a prática do mesmo tipo penal – não se trata, em verdade, de um requisito, mas de uma imposição do art. 29 do Código Penal³⁰⁵).

³⁰⁵ É que o Código Penal adotou a teoria monista ou unitária, indicando que, aqueles que concorrerem para a infração, responderão pelo mesmo tipo penal. Confirma-se a redação do art. 29 caput: “Quem, de qualquer modo, concorre para o crime incide nas penas a este cominadas, na medida de sua culpabilidade.”

A Lei 9.613/98 tratou da matéria (concurso de pessoas) em seu artigo 1º §2º, inciso II, que dispõe:

§ 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem:

[...]

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.

Este preceito é uma norma de extensão que equipara o participante de grupo, associação ou escritório àquele que executa os núcleos previstos no caput: ocultar e dissimular.

William Terra de Oliveira³⁰⁶ indica que, com esta forma equiparada, o legislador ampliou o conceito de autoria, incluindo, sob a mesma penalidade, “meras condutas acessórias ou concorrentes”. E, com isso, a intenção desta tipificação foi a de “desestimular a criminalidade de perfil organizado, fundada em grupos ou associações altamente especializados.”

Preliminarmente, cumpre tecer comentários sobre o núcleo escolhido pelo legislador para descrever a conduta típica: participar. Como já explicitado, existe grande diferença entre os conceitos de autor e de partícipe em um crime. O legislador, desapegando-se desta técnica referente ao concurso de agente, usa simplesmente o termo “participa” como sinônimo de “coopera”, nomenclatura utilizada no Código Penal, em seu artigo 29, e que designa tanto a participação como a autoria (ou co-autoria, caso seja ela compartilhada).

Fausto de Sanctis³⁰⁷ também faz questionamento sobre o alcance do termo participação. Questiona se seria o “caso de participação prevista na legislação, como o induzimento, a instigação ou o auxílio material”.

Desta forma, o verbo escolhido foi impreciso e atécnico. Participar, no sentido empregado pelo legislador, é mais amplo do que a participação no sentido técnico da palavra. A doutrina indica o significado do núcleo participar como sendo “integrar, fazer

³⁰⁶ CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio. *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 337.

³⁰⁷ DE SANCTIS, Fausto Martin. *Antecedentes do delito de lavagem de valores e os crimes contra o sistema financeiro nacional*. 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, p. 63.

parte”³⁰⁸, “contribuir de qualquer modo.”³⁰⁹ A Exposição de Motivos, de outra banda, indica o verbo concorrer, mas explica que este §2º, inciso II é uma “forma especial de concorrência”³¹⁰.

Ainda, Rodolfo Tigre Maia³¹¹ indica outra imprecisão legislativa, no tocante ao conceito de “grupo, associação e escritório”. É que estes conceitos não estão bem delineados, tornando o tipo penal “demasiadamente aberto”, deixando de cumprir seu papel de garantia e de limitação ao *ius puniendi* estatal.

O termo “grupo” tem sido essencialmente relacionado a atividades criminosas, como é o caso do homicídio simples praticado em atividade típica de *grupo* de extermínio (redação dada pela Lei de crimes hediondos – 8.072/90³¹²). A “associação” tem sido caracterizada como concurso de pessoas, quando mais de um agente pratica a infração. Este termo associação foi utilizado pela Lei 11.343/06, tratando da *associação* para o tráfico.³¹³ A expressão “escritório” não encontra outra similar em nossa legislação, não se sabendo precisar o alcance de tal nomenclatura.

Sobre este local denominado “escritório”, Marco Antônio de Barros³¹⁴ faz advertência sobre o papel do advogado no crime de lavagem de dinheiro. O grande questionamento

³⁰⁸ 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. 102.

³⁰⁹ BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 47.

³¹⁰ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM nº 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996: “Trata-se, no caso, de uma forma especial de concorrência que permitirá a imputação típica mesmo que o sujeito ativo não esteja praticando os atos característicos da lavagem ou de ocultação descritos pelo caput do art. 1º e do respectivo § 1º. Nos termos do presente disegno di legge, responde com as mesmas penas reservadas para a conduta de lavar dinheiro (to launder money) ou de ocultação de bens, direitos e valores, quem participa consciente e dolosamente do grupo, associação ou escritório de pessoas que se dedicam a essas condutas puníveis.”

³¹¹ Ob. cit. p. 102.

³¹² “Art. 1º São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940 - Código Penal, consumados ou tentados: I - homicídio (art. 121), quando praticado em atividade típica de grupo de extermínio, ainda que cometido por um só agente, e homicídio qualificado (art. 121, § 2º, I, II, III, IV e V);”

³¹³ “ Art. 35. Associarem-se duas ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos arts. 33, caput e § 1º, e 34 desta Lei: Pena - reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.200 (mil e duzentos) dias-multa.”

³¹⁴ “A Lei de ‘Lavagem’, em ao menos três de seus dispositivos, embora de forma não explícita, sugere uma suposta fiscalização ou ‘acompanhamento’ da atividade profissional do advogado. [...] Os dicionários definem escritório como sendo o lugar onde se faz o expediente relativo a qualquer administração, obra, ou onde se tratam negócios, se recebem clientes etc. Parece claro que o escritório é o local apropriado para o

(de parte isolada da doutrina, é certo, pois a maioria dos livros não discute esta temática) diz respeito ao recebimento de honorários maculados, oriundos de atividades ilícitas. Ora, todo este questionamento, sobre o enquadramento ou não na figura tipificada no § 2º, inciso II perpassa a descrição objetiva da conduta: está-se discutindo, em verdade, a existência de dolo! Kai Ambos³¹⁵ faz a salutar diferença entre o ordenamento brasileiro e alemão, indicando que neste também será punido aquele que “por *falta de cuidado* não reconhecer que o objeto seja proveniente de algum dos atos antecedentes que integram o catálogo.” A legislação brasileira só previu a modalidade dolosa, deixando as forma de imprudência ou negligência afastadas do elemento anímico exigido no tipo.

Com relação ao dolo do agente que “participa” desta associação, Marcelo Mendroni³¹⁶ indica que se exige do sujeito o conhecimento das atividades praticadas pelo grupo os associação. “Não basta que o agente desconfie”, necessitando ser provado, diante do caso concreto, a presença do dolo direto³¹⁷.

Márcia Monassi Mougenot Bonfim e Edílson Mougenot Bonfim³¹⁸ indicam o posicionamento da doutrina e jurisprudência espanhola, que entende que o dolo exigido pela lei não precisa de conhecimento específico e detido sobre qual o crime gerador dos proventos, bastando um conhecimento médio, ou, citando Mezger, a “esfera valorativa do profano”. Porém, advertem os mesmos autores, que a legislação espanhola não traz um rol de crimes antecedentes “taxativos” como fez o Brasil, não se admitindo este conhecimento geral sobre a origem criminosa dos valores para caracterizar a participação a que se refere o preceito legal.

exercício da advocacia. O advogado não indica aos seus clientes o local do seu ‘gabinete’ ou de seu ‘consultório’, mas o seu escritório como seu local de trabalho”. BARROS, Marco Antônio de. Ob. cit. p. 189-190.

³¹⁵ 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, p. 112.

³¹⁶ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 56.

³¹⁷ Como já explicitado anteriormente, aqui, admite-se somente a modalidade do “querer o resultado”, conforme art. 18, inciso I do Código Penal. Nelson Jobim demonstra entendimento em sentido diverso, entendendo que é possível que o sujeito assumo o risco, não se interessando por conhecer a atividade do grupo, e, assim, já restaria caracterizado o dolo eventual. JOBIM, Nelson, 1946-. *A Lei nº 9.613/98 e seus aspectos*. In: *Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro*. Brasília: Cadernos da Justiça Federal, 2000. p. 11-20. Página referida – 16.

³¹⁸ BONFIM, Márcia Monassi Mougenot; BONFIM, Edílson Mougenot. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 49-50.

O mais grave dos questionamentos a respeito desta ampliação do conceito de autor concerne àquelas pessoas que, mesmo trabalhando em escritórios ou servindo a associações, tenham condutas absolutamente irrelevantes para a execução do delito em comento. Fausto de Sanctis se refere, por exemplo, àquela pessoa que “serve cafezinho.”³¹⁹

A grande maioria dos operadores do direito questionaria se esta pessoa tem conhecimento das atividades prestadas por este grupo ou escritório, tentando excluir a sua responsabilidade através da ausência de dolo. Por óbvio, tal pessoa não deve conhecer a de forma pormenorizada todas as atividades e serviços prestados. Mas, indo-se mais adiante, admitindo-se que este sujeito conheça a fundo tudo quanto se pratica, todo o *iter criminis*, ou seja, não sendo caso de ausência de dolo, como incriminar a pessoa que, *exempli gratia* serve café ou faz a faxina destes locais?

Indica Marcelo Mendroni indica que não deverá haver punição por faltar “nexo causal” entre a atividade desenvolvida pelo sujeito e a atividade desenvolvida pelo grupo ou associação. Traz salutar exemplo de situação em concreto em que haverá exclusão de responsabilidade, por falta de nexo causal entre as condutas:

Suponha-se um escritório constituído para a prática de lavagem de dinheiro, nos moldes do §1º, II da lei, como atividade principal (poderia ser secundária). Os “sócios”, ou integrantes do escritório, aqueles que praticam as condutas, evidentemente incidiriam na prática do crime previsto no artigo 1º, §1º, II. Se houver uma secretária, que recebe determinado salário para lhes dar suporte, com telefonemas, transferências bancárias, depósitos, etc., com conhecimento dos crimes praticados, incidiria na prática do crime previsto neste dispositivo. Eventual copeira, que simplesmente serve cafés e efetua faxina, tendo ou não conhecimento das atividades do escritório, não responderia por qualquer crime, pela absoluta falta de conexão de sua atividade com aquelas desenvolvidas pelo escritório.³²⁰

Entretanto, não se trata somente de “nexo causal”³²¹, pois esta fórmula é usada para a explicação da causa e do resultado da conduta típica, mas não exclui a possibilidade de concurso de pessoas. É que, mesmo não executando materialmente a conduta descrita no tipo (e aí não se terá como averiguar o nexo de causalidade) o sujeito poderá ser autor de

³¹⁹ Idem. Ibidem. p. 64.

³²⁰ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 56.

³²¹ O Código Penal trata do nexo de causalidade em seu artigo 13: “O resultado, de que depende a existência do crime, somente é imputável a quem lhe deu causa. Considera-se causa a ação ou omissão sem a qual o resultado não teria ocorrido.”

um crime. Esta é a situação retratada na teoria do domínio do fato. Somente a título exemplificativo, aquele que contrata homicida mercenário, em que pese não executar materialmente o verbo “matar”, responderá como co-autor do crime (domínio do fato), e não há que se falar emnexo causal, visto que a ação que deu causa à morte foi praticada por somente um dos agentes.

A ausência de punição na lavagem se dá por não perfazimento dos requisitos necessários ao concurso de agentes. Apresentou-se, no início deste tópico a necessidade de quatro condições para se falar em concurso: pluralidade de agentes, vínculo subjetivo entre eles, identidade de infração e relevância causal do comportamento.

É exatamente pela ausência deste último requisito que se pode excluir a punição daquele que, mesmo conhecendo as atividades, desempenha função irrelevante aos fins da lavagem de capitais. “As críticas a este dispositivo são muitas. Argumenta-se que o reconhecimento da co-autoria exige também o reconhecimento do vínculo psicológico, com propósitos idênticos, além de comportamento relevante e eficaz”³²²

Por fim, e já refutando argumento em contrário, alguns não de se questionar sobre o papel deste sujeito em delatar a atividade criminosa ali desempenhada. Ora, o Código Penal realmente trouxe situações de omissões penalmente relevante, de pessoas com função de garantidoras, com dever de evitar situações danosas. Mas, as hipóteses do Código são taxativas. E, não havendo subsunção a nenhuma das alíneas previstas no art. 13 §2^o³²³, não há que se falar em obrigação de delação.

³²² BARROS, Marco Antônio de. Ob. cit. p. 187.

³²³ “Relevância da Omissão

§ 2º - A omissão é penalmente relevante quando o omitente devia e podia agir para evitar o resultado. O dever de agir incumbe a quem:

- a) tenha por lei obrigação de cuidado, proteção ou vigilância;
- b) de outra forma, assumiu a responsabilidade de impedir o resultado;
- c) com seu comportamento anterior, criou o risco da ocorrência do resultado.”

4.4 A (AUSÊNCIA DE) RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA

Seguindo-se nesta temática de participação dos agentes em grupo, escritório que tem como atividade principal ou secundária a lavagem de dinheiro, pergunta inevitável seria o porquê da ausência de incriminação da pessoa jurídica, visto que esta é umas das principais formas de consecução do mascaramento do dinheiro ilícito.

Nestas associações, grupos ou empresas voltadas à prática de crime, uma das principais dificuldades é delimitar a quota de participação de cada agente envolvido. Como visto acima, a apuração da relevância dos comportamentos tem o condão, inclusive, de (des) caracterizar o concurso de pessoas. As pessoas físicas, então, “escondem-se” através da criação de pessoas jurídicas.

Com esta delimitação de responsabilidades custosa, e, no afã de se incriminar os criminosos de colarinho branco – como uma espécie de “vindita pública” – a jurisprudência dos Tribunais Superiores passou a admitir a chamada denúncia coletiva ou genérica, ou seja, não é mais necessário se apurar a responsabilidade pessoal e a culpabilidade na oportunidade de oferecimento da denúncia. Paulo Eduardo Bueno³²⁴ demonstra que atualmente basta se comprovar a “posição de sócio, o que representa uma verdadeira responsabilidade objetiva e vem também na contramão da história, posto que no Direito Penal a tendência é cada vez mais no sentido da subjetivação da responsabilidade.”

Nos termos do art. 41, do Código de Processo Penal, a denúncia ou queixa conterà a exposição do fato criminoso, com todas as suas circunstâncias, a qualificação do acusado ou esclarecimentos pelos quais se possa identificá-lo. É evidente que se mais de uma pessoa participa da prática ilícita, a participação de cada um é circunstância do fato criminoso e como tal deve constar da denúncia.³²⁵ A ofensa ao diploma processual penal é clara nas denúncias genéricas, sendo caso de inépcia, mas os julgados são reiterados em admiti-la.

³²⁴ BUENO, Paulo Eduardo. Crimes Empresariais. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. III, p. 31-38, 2002.

³²⁵ MACHADO, Hugo de Brito. A denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 1996, n. 12, p. 28

Além disso, em algumas leis como a de organização criminosa, a Lei 9.034/95, há previsão de técnicas investigativas extremamente violadoras da intimidade, dentre as quais a permissão de acesso a dados, documentos e informações bancárias, a captação e interceptação de sinais óticos, acústicos e eletromagnéticos, que, mesmo com a autorização judicial representam invasão à esfera privada.³²⁶

Surge, então, o questionamento acerca da possibilidade de se incriminar a pessoa jurídica. Não se fala mais, somente, em uma responsabilidade de cunho civil ou administrativo, mas sim penal! Esta pergunta, contudo, perpassa o estudo da criminalidade econômica e esbarra na Teoria do Delito, prevista no Código Penal.

A discussão alçou a esfera constitucional. Há previsão expressa no texto da *Lex Mater* dispondo sobre a responsabilidade da pessoa jurídica, inclusive no tocante à responsabilidade penal. É inequívoco o texto constitucional do art. 225, que dispõe em seu § 3º que “as condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.”

O legislador infraconstitucional já tratou expressamente desta matéria, dispondo na Lei 9.605/98 sobre esta esfera de responsabilidade, compatibilizando – em tese – o processo penal e a empresa enquanto ré.

No tocante à criminalidade de cunho econômico, há discussão sobre o alcance do preceito constitucional previsto no art. 173 § 5º que dispõe que “a lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.”

Duas são as possibilidades interpretativas: admitiu-se³²⁷, assim como nos casos de infrações ambientais, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, restando à lei infraconstitucional o trabalho de delimitar e compatibilizar esta punição; ou o texto constitucional previu a responsabilidade da pessoa jurídica somente nas esferas que sejam

³²⁶ CASTELLAR, João Carlos. *Insider trading e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 52.

³²⁷ Este é o posicionamento, por exemplo, de Márcia Dometila Lima de Carvalho.

compatíveis com esta, ou seja, a cível e a administrativa, restando aos dirigentes a responsabilidade pessoal pelos crimes de natureza econômica.

Alguns doutrinadores inadmitem que a Constituição tenha abandonado o preceito *societas delinquere non potest*, admitindo somente a possibilidade da pessoa jurídica no ramo que seja com ela compatível. Do contrário, a odiosa responsabilidade penal objetiva estaria presente, com a admissão de uma responsabilidade de cunho coletivo.³²⁸

Manuel António Lopes³²⁹ sintetiza quatro grandes argumentos acerca da impossibilidade penal da pessoa jurídica: não há responsabilidade penal sem culpa; há uma quebra do princípio da pessoalidade das penas; impossibilidade de aplicação da pena por excelência, que é a privação de liberdade; ausência de função da pena. Rebate-os, um a um, entendendo que “nenhum destes argumentos é irresponsável.”

Neste mesmo sentido, João Marcello de Araújo Júnior³³⁰ indica que a irresponsabilidade penal da pessoa jurídica assenta-se sobre três pilares: “incapacidade de ação, incapacidade de culpa e incapacidade de pena.”

João Carlos Castellar³³¹ mostra-se contrário à punição das pessoas jurídicas, manifestando-se exatamente sobre os dois primeiros argumentos acima retratados: incapacidade de ação e responsabilidade sem culpa. Entende o autor que incriminar a pessoa jurídica é forma de recriar a responsabilidade penal objetiva, “já que as pessoas jurídicas não agem por elas próprias, mas apenas representam a vontade dos seus dirigentes”.

René Ariel Dotti, comungando de entendimento no mesmo sentido, indica que a punição da pessoa jurídica é uma contradição dos próprios termos, pois somente com relação às pessoas físicas se pode falar em culpa. “A responsabilidade penal em função da culpa é uma das exigências mais nobres de um direito penal que dignifique a pessoa humana e a

³²⁸ COSTA JÚNIOR, Paulo José da. *Direito Penal das Sociedades Anônimas*. Direito Penal dos Negócios. São Paulo: A.A.S.P., 1990, p. 72

³²⁹ A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – novas perspectivas – In: CORREIA, Eduardo. COSTA PINTO, Frederico Lacerda. et. al. *Direito Penal Económico e Europeu*. Textos Doutrinários. vol I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 438 -439.

³³⁰ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 73.

³³¹ CASTELLAR, João Carlos. *Insider trading e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 53.

coloque a salvo dos processos de massificação e alienação, tão comuns nos tempos presentes.”³³²

Outro argumento levantando em contrário diz respeito às penas impostas às pessoas jurídicas: no caso de crimes ambientais, por exemplo, a determinação pelo fechamento da empresa (previsão do art. 8º, inciso III da Lei 9.605/98, pela suspensão total das atividades) equivaleria a uma pena de morte da pessoa física, face aos prejuízos econômicos gerados e à grande dificuldade em retomar as atividades empresariais.³³³

Corroborando tudo o quanto explicitado, Heleno Fragoso indica a possibilidade da pessoa jurídica figurar como sujeito passivo de crime – inclusive, crimes contra honra como a calúnia e a difamação, por conta do entendimento sumular (Súmula 227 STJ) que lhes atribui direito à imagem – mas nunca como sujeito ativo, por conta dos seguintes argumentos:

A pessoa jurídica, que pode ser sujeito passivo de crime, não pode ser autor (pois é incapaz de ação e de culpa), independentemente das pessoas físicas que agem em seu nome. Estas serão os autores do crime, quando agirem em representação, por conta ou em benefício de pessoa jurídica, segundo as regras gerais da responsabilidade penal.³³⁴

Por fim, último argumento lançado no sentido de não se incriminar a pessoa jurídica é a impossibilidade de se efetuar a individualização da pena, segundo os ditames do art. 59³³⁵ do Código Penal³³⁶. É imperiosa a análise da culpabilidade no momento da aplicação da pena pelo juiz: “a circunstância em questão se revela como sendo um juízo de reprovação que recai sobre o agente imputável que praticou o fato ilícito de forma consciente, cuja

³³² DOTTI, René Ariel. *Algumas Reflexões sobre o Direito Penal dos Negócios*. São Paulo: A.A.S.P., 1990, p. 28-29

³³³ CASTELLAR, João Carlos, op. cit., p. 53.

³³⁴ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 15. Ed. revisada por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994, 253 p.

³³⁵ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

³³⁶ CASTELLAR, João Carlos. *Insider trading e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 54.

conduta podia não praticá-la ou evitá-la, se quisesse, desde que tivesse atendido aos apelos da norma penal.”³³⁷

Argumentando em contrário, Ivan Santiago indica que o primeiro passo para se incriminar a pessoa jurídica é entendê-la enquanto sujeito com capaz de ação. Não a ação num sentido clássico, senão ação derivada de vontade coletiva, entendida como encontro de vontades de seus membros.³³⁸

João Marcello de Araújo Júnior³³⁹ indica que as grandes corporações possuem uma vontade própria, diferente até mesmo da vontade de seus dirigentes, que denominou de “política da empresa”: “os órgãos sociais atuam independentemente de ordem, pois esse atuar é orgânico da empresa, sendo esta a sua vontade.” E, arremata sua tese, perpassando a ordem dogmática, indicando que a importância da empresa no âmbito econômico é tão forte que uma postura adotada por esta tem o condão de gerar mais efeitos do que uma lei de âmbito municipal.³⁴⁰

Sérgio Salomão Schecaria indica que a vontade da pessoa jurídica só pode ser entendida no plano sociológico, “eis que a existência da empresa decorre de sua formação surgida no seio da sociedade que a legitima.” Explica, então, que é neste contexto que a empresa atua com vontade, “uma vontade pragmática, que desloca a discussão do problema da vontade individual para o plano metafísico.”³⁴¹

O certo é que o velho modelo de pessoa jurídica enquanto ficção jurídica desmoronou. Vai de encontro “à natureza das coisas”.³⁴² Savigny entendeu a pessoa jurídica enquanto criação legal, visando simplesmente o exercício de direitos patrimoniais, sendo, desta forma, pessoa fictícia.³⁴³

³³⁷ SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória, aspectos práticos e teóricos à elaboração*. 4. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2009, p. 88.

³³⁸ SANTIAGO, Ivan. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica na lei dos crimes ambientais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 1.

³³⁹ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 75.

³⁴⁰ Ibidem. p. 77.

³⁴¹ SCHECARIA, Sérgio Salomão. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 94.

³⁴² ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. Ob. cit. p. 74.

³⁴³ SANTIAGO, Ivan. Ob. cit. p. 51.

Porém hoje, tal concepção não pode prosperar. A pessoa jurídica é uma realidade orgânica, sociológica, visto que detêm personalidade distinta da de seus membros, capaz de “dar vida a um organismo, que passa a ter existência própria, distinta de seus membros.”³⁴⁴

Desta forma, é possível rebater mais argumentos contrários à incriminação da pessoa jurídica. É que, entendendo que a pessoa jurídica não exerce um juízo de vontade, não haveria da sua parte um juízo de reprovação da conduta, necessário à responsabilidade penal. Entretanto, entendida como ente diferente daqueles que a compõem, e percebendo-se sua enorme influência em alguns setores da vida social, em que pese não se falar em responsabilidade de cunho moral, é possível se falar em “responsabilidade social”³⁴⁵.

Por fim, sobre a argumentação acerca da impossibilidade de aplicação da privação de liberdade, pena por excelência, nada obsta que outras penas sejam aplicadas às pessoas jurídicas (e até mesmo às pessoas físicas), visto que o Código Penal enumera três espécies de pena: privativa de liberdade, restritiva de direito e multa.³⁴⁶

Esta é, sem dúvida, uma tendência mundial. E “é inútil fechar os olhos à tendência crescente para a revisão do velho princípio *societas delinquere non potest*.”³⁴⁷ Nos países de *Common Law*, como, por exemplo, a Inglaterra, há muito que se aplica esta incriminação às pessoas coletivas. Desde decisão jurisprudencial em 1845 foi admitida a responsabilidade em atos cometidos com negligência ou com omissão. Atualmente, é reconhecida a *public welfare offense*, com aplicação da responsabilidade penal da pessoa jurídica a crimes tais como os relativos à segurança do trabalho, à poluição, à qualidade de benperants alimentares.³⁴⁸

Para resolver porbmeas de ordem prática, o *Interpretation Act* de 1889 “assimilou expressamente as pessoas coletivas às pessoas físicas” e o *Criminal Justice Act* de 1925

³⁴⁴ RODRIGUES, Silvio. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1997, p. 66.

³⁴⁵ ARAÚJO JÚNIOR. João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 76.

³⁴⁶ Art. 32 - As penas são: I - privativas de liberdade; II - restritivas de direitos; III - de multa.

³⁴⁷ LOPES, Manuel António. A Responsabilidade Penal das Pessoas Colectivas – novas perspectivas – In: CORREIA, Eduardo. COSTA PINTO, Frederico Lacerda. et. al. *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*. vol I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 445.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 448-449.

dispôs que, ante a impossibilidade da pessoa jurídica comparecer a um Tribunal, era possível responder perante qualquer jurisdição penal através de um representante.³⁴⁹

A responsabilidade penal da pessoa jurídica é, também uma previsão do Código Penal holandês (art. 51WuSr). Surgiu neste ordenamento quando da edição da Lei de Crimes Econômicos (art 15 *Wet op economische delikten* – WED), em 1976. A punibilidade das pessoas coletivas não se baseia, entretanto, em uma idéia de culpabilidade, sendo aferido o dolo da pessoa jurídica através da análise da conduta da pessoa natural que tenha atuado: “la ‘intención’ requerida por la infracción es la intención com la que haya actuado la persona natural, que es imputable a la persona jurídica.”³⁵⁰

O modelo alemão, de sua feita, é considerado aquele que maior diferenças apresenta em relação aos demais países europeus, “tanto desde el punto de vista material como procesal”. É que, diferente do que ocorre com o Direito Penal, a responsabilidade das pessoas jurídicas é direta. Pressupõe que alguém – pessoa natural – tenha atuado enquanto órgão com poderes de representação desta pessoa jurídica, ou como sócio-gerente de uma sociedade comercial, enfim, como sujeito com poderes de gestão. A partir daí, duas são as condições para a imputação da pessoa jurídica: “que la acción del órgano haya vulnerado deberes que incumden a la persona jurídica o asociación” e ainda que “por médio del delito o contravención de orden la persona jurídica se haya enriquecido o se hubiera debido enriquecer.”³⁵¹

Mesmo admitindo a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o sistema penal alemão entende que a culpabilidade é o limite para esta imputação, não se satisfazendo com a culpabilidade daqueles que agiram em nome da pessoa jurídica, como é o caso holandês. O Tribunal Constitucional Alemão (*Das Bundesverfassungsgericht*) decidiu desde 1966 que “el principio de culpabilidad tiene rango constitucional y asimismo que sus consecuencias son aplicables a la responsabilidad sancionatoria de las personas jurídicas”³⁵²

³⁴⁹ Ibidem. p. 448.

³⁵⁰ BACIGALUPO. Enrique. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. *Derecho Penal Económico*, 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004, p. 76.

³⁵¹ Ibidem, p. 77.

³⁵² Ibidem. p. 77.

A Espanha segue o modelo Alemão de limitação da imputabilidade ao conceito de culpabilidade previsto na Constituição. Portugal tende a seguir esta mesma linha, em que pese ainda não ter decidido de forma final sobre esta matéria.

De qualquer forma, para se adotar o posicionamento de incriminação do ente coletivo, pondera Márcia Dometila Lima de Carvalho³⁵³ que o processo para esta responsabilização não pode seguir os mesmos ditames do processo penal contra pessoas físicas, pautado em uma idéia de dolo e culpa, em culpabilidade clássica e na responsabilidade subjetiva. Indica, por fim, que as sanções aplicáveis deverão ser “sanções apropriadas, como as pecuniárias; apreensão de bens; extinção da empresa; publicidade; prestação de serviços à comunidade, etc.”

De tudo quanto exposto, resta apenas um questionamento, antes da tomada de posição. O Brasil tem uma concepção clássica de incorporar ao ordenamento diversas disposições do direito estrangeiro sem, contudo, realizar as devidas adaptações. Todos os países que avançaram (ou, no nosso entender, regrediram) no sentido de adotar a responsabilidade penal da pessoa jurídica passaram por logo período de adaptação desta nova incriminação aos modelos clássicos de direito penal, com discussões que remontam à idéias sobre limitação e alcance do conceito de culpabilidade. Pergunta-se: as disposições penais e processuais penais brasileiras, que incriminam a pessoa jurídica nos crimes ambientais teve esta cautela e diligência?

E, ainda, será que todas estas sanções aplicáveis à pessoa jurídica em sede de processo penal não poderia ser aplicadas em outras esferas, como a administrativa ou cível? É que, em sendo afirmativa a resposta (e o é!), quebrada vai estar a visão da tutela penal enquanto *ultima ratio*.

Será que o Direito Penal, mais uma vez, não está se prestando a uma função não declarada, de incriminar a pessoa jurídica como co-autora de crime, visto se tratar de tarefa hercúlea a delimitação da responsabilidade subjetiva dos agentes envolvidos neste tipo criminalidade? É que a pessoa jurídica, em se tratando quase como responsabilidade

³⁵³ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992, p. 130.

objetiva, será, certamente condenada, enquanto as pessoas físicas restarão impunes, por conta das regras de organização empresarial.

É o que Guillermo Yacobucci designa de “campos de competência interna,” indicando que nem todos aqueles envolvidos em atividade empresária poderão responder por todos os atos da empresa. É que, nesta atividade, existe uma divisão de tarefas de modo coordenado, obedecendo ao critério horizontal: especialização e distribuição de afazeres, nem sempre marcados pela delegação, que supõe uma certa subordinação entre os sujeitos.³⁵⁴

A lei de lavagem tenta “burlar” a regra da não imputação objetiva – impossível no ordenamento se falar em responsabilidade penal objetiva, por ser necessária a perquirição de dolo e culpa - e tenta, a um só, suprir a ausência de responsabilidade penal da pessoa jurídica. Em seu art. 1º§2º, inciso II, o texto legal trata da conduta daquele que “participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei.” Desta forma, apesar de não haver a responsabilidade penal da pessoa jurídica, a lei penal incrimina *todos* aqueles que estejam envolvidos no grupo, associação ou escritório.

Esta incriminação generalizada, ao invés de cumprir a sanção intimidativa e repressiva do crime, ao contrário, acaba por tornar o processo penal verdadeira chicana. Ocorre que os obstáculos criados pelo formalismo processual praticamente inviabilizam a aplicação das sanções penais na maioria dos casos. Individualização de condutas é tarefa difícil no curso das ações penais em âmbito empresarial.

4.5 ASPECTOS PROCESSUAIS PENAIS

Questão polêmica é a incriminação da lavagem de capitais face à necessidade imperativa de comprovação que os bens e valores “lavados” são mesmo provenientes de algum

³⁵⁴ YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *Criterios de Imputación Penal em la Empresa*. In: BITENCOURT, Cezar Roberto (coord.). *Direito Penal no terceiro milênio*. Estudos em homenagem ao prof. Fracisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 71.

daqueles crimes previstos nos oito incisos do art. 1º da Lei 9613, os chamados crimes antecedentes.

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 do delito prévio. São elas:

Art. 2º O processo e julgamento dos crimes previstos nesta Lei:

[...]

II - independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes referidos no artigo anterior, ainda que praticados em outro país.

[...]

§ 1º A denúncia será instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente, sendo puníveis os fatos previstos nesta Lei, ainda que desconhecido ou isento de pena o autor daquele crime.

Este artigo consagra 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. Não há espaço, segundo disposição legal, para a argumentação de que estes dois processos deveriam ser reunidos em um só julgamento, por uma lógica conexão probatória, vez que restou expressa a independência da instrução.

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.

A doutrina espanhola, nos dizeres de Zaragoza Aguado³⁵⁵, sói utilizar a nomenclatura “prova de indícios” ou prova indireta, circunstancial, conjectural ou de presunções. Através da demonstração dos chamados “fatos-base” (que são os indícios) é possível deduzir a ocorrência do “fato-consequência”. Inclusive, a prova indiciária é vista como um instrumento útil e idôneo como forma de se suprir a ausência de provas diretas, dificilmente encontradas quando do cometimento de crimes por organizações criminosas.

³⁵⁵ Apud CALLEGARI, André Luis. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Manole, 2004, p. 87

Nos Estados Unidos, é comum a utilização da prova indiciária como elemento suficiente para a condenação. O Juiz Federal Sérgio Fernando Moro³⁵⁶, 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.

4.5.1 A ponderação de valores: Segurança Jurídica e Legalidade *versus* Proteção à Ordem Econômica. Condenação com base em indícios?

A gravidade e absurdez desta autorização retro mencionada, de ser a denúncia “instruída com indícios suficientes da existência do crime antecedente” não se relacionada ao início da ação penal, mas sim à própria condenação pelo delito de lavagem.

Se já se parece inconseqüente 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 Penal e Processual Penal Garantista³⁵⁷. Além das condições da ação ordinariamente conhecidas e “adaptadas” ao

³⁵⁶ In *Lavagem de Dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. p. 120-121.

³⁵⁷ 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

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.

Afrânio Silva Jardim³⁵⁸ define a justa causa como sendo uma quarta condição da ação, afirmando tratar-se de “um lastro probatório mínimo que deve ter a ação penal”. A finalidade de se averiguar a justa causa é explicada pela processualista Maria Thereza Assis Moura³⁵⁹, que defende ser esta um “antídoto de proteção contra o abuso do direito”, mesmo não comungando do entendimento anterior de ser esta uma condição da ação.

Para que se inicie uma ação penal, portanto, é necessário a averiguação da existência de indícios razoáveis de autoria e materialidade do delito.

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”.

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.

Há quem defenda, como é o caso de Paulo Rangel³⁶⁰, que os indícios são um meio de prova, ou seja, “é o caminho utilizado pelo magistrado para formar a sua convicção acerca dos fatos ou coisas que as partes alegam”, sendo possível a condenação com base nesta prova, uma vez que o juiz pode decidir, desde que fundamentadamente, segundo seu livre convencimento.

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”.

³⁵⁸ JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997, p. 100-101

³⁵⁹ ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Justa Causa para a Ação Penal*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001, p. 97

³⁶⁰ RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006, p. 412-413.

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.

Callegari³⁶¹, então, adverte:

[...] para que se possa condenar o sujeito pelo delito de lavagem, ao menos é necessário que haja uma prova convincente do delito prévio, prova esta que pode ser reconhecida com relação a um dos delitos precedentes previstos na Lei de Lavagem. 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. Aury Lopes Júnior³⁶² adverte, com exatidão: “ninguém pode ser condenado a partir de meros indícios [...]. Pensar o contrário significa desprezar o sistema de direitos e garantias previstos na Constituição”.

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, cheia de defeitos e brechas, prontas para serem alegadas durante a instrução criminal, como forma de furtar-se à aplicação da lei penal.

Há de se perguntar, mais uma vez e à exaustão, a que se presta o Direito Penal nesta tutela? A partir deste ponto, é preciso uma visão crítica e comparada da função nesta incriminação, se é que se pode atribuir alguma. É o que se pretende.

³⁶¹ CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos*. São Paulo: Livraria do Advogado, 2003, p. 95.

³⁶² LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008, p. 623.

5 DISCURSO ANTILAVAGEM. (DES) LEGITIMANDO O COMBATE. SOLUÇÕES?

5.1 DIREITO PENAL (DIS)FUNCIONAL: CONCEITO DE FUNÇÃO. SENTIDO E FINALIDADE. CRISE DA LEGITIMIDADE

Pode-se dividir o estudo do Direito Penal 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, que entendem que este ramo do Direito encontra-se extremamente desgastado e que não cumpre suas funções. Os principais movimentos deslegitimadores são o Abolicionismo e o Minimalismo.

Quanto à legitimidade do Direito Penal, pode-se apontar como grande embate as idéias retribucionistas, 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 idéias de prevenção, que enxergam na pena uma finalidade de evitar novos delitos. Esta prevenção 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. Sobre esta prevenção, haverá momento oportuno para se tratar de sua quebra e inoperância.

Para se entender a discussão sobre o atendimento ou não das “funções” que são atribuídas ao Direito Penal, é 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.”³⁶³

Norberto Bobbio indica que o questionamento esteve em torno da compreensão estruturalista ou funcionalista do Direito³⁶⁴. Indica, neste ponto, as idéias de Kelsen, para quem a função social do Direito não era o fator primordial, mas sim o entendimento do

³⁶³ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.) *Justa Causa Penal Constitucional*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. p. 32

³⁶⁴ BOBBIO, Norberto. *Da Estrutura à Função. Novos Estudos de Teoria do Direito*. trad. Daniela Beccaccia Versiani. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 83.

Direito enquanto “técnica de organização social”, enquanto ordenamento e sistema dinâmico, que não “precisava do objetivo para sua definição.”³⁶⁵

Günther Jakobs³⁶⁶ 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.

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. Bobbio³⁶⁷ 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”.

Sobre a primeira temática, da função (ou funções) do Direito, explica 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.³⁶⁸

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

³⁶⁵ Idem. Ibidem. p. 86.

³⁶⁶ JAKOBS, Günther. *Sociedad, norma y persona en una teoria de un Derecho Penal funcional*. trad. Manuel Câncio Meliá y B. Lima: Trés Editores, 2000. p. 24 e 28.

³⁶⁷ BOBBIO, Norberto. Ob. cit. p. 88.

³⁶⁸ Idem. Ibidem. p. 90.

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.

Acerca desta idéia de sistema, Jakobs³⁶⁹ e seu funcionalismo sistêmico 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.

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.

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.

Hegel 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

³⁶⁹ JAKOBS, Günther. Ob. cit., p. 27.

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.³⁷⁰

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 fim em si mesma, servindo para reparar o mal causado à vítima. Sua idéia de proporcionalidade aproximava-se da Lei do Talião (talís, que significa tal e qual): os imperativos da justiça guiariam a condição moral de reparar o mal causado com o crime.³⁷¹

O ponto alto desta teoria retribucionista está na defesa pela impossibilidade da punição de um sujeito servir como exemplo, apto a dissuadir os demais membros da sociedade de praticarem o delito. Esta função que se atribui à pena, tratando-a como forma de intimidação (prevenção negativa) não se coaduna com os preceitos que vedam a instrumentalização do homem. Por esta vedação, entende-se que a punição de um sujeito não poderá ser encarada como exemplo para os demais, pois, desta forma, o homem seria visto como mero instrumento de prevenção negativa por parte do Estado.

Segundo Bobbio³⁷², 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.

³⁷⁰ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001. p. 21.

³⁷¹ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, volume 1: Parte Geral/ Eugenio Raúl Zaffaroni, José Henrique Pierangeli. – 7a ed. rev. e atual. – São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.p. 263-264.

³⁷² BOBBIO, Norberto. Ob. cit. p. 95.

Em tese, e partindo-se o garantismo de Ferrajoli³⁷³, 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 [...]”³⁷⁴

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.³⁷⁵

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”³⁷⁶

Michel Foucault³⁷⁷ 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 *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

³⁷³ 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.

³⁷⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.) *Justa Causa Penal Constitucional*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. p. 35.

³⁷⁵ BOBBIO, Norberto. Ob. cit. p. 93.

³⁷⁶ Idem. Ibidem. p. 93.

³⁷⁷ FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramallete. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008. p. 63.

que este afirma-se e verifica-se incapaz de conter a decomposição do trabalho assalariado e de refrear a hiper mobilidade do capital, as quais, capturando-a como tenazes, desestabilizam a sociedade inteira.³⁷⁸

Desta forma, consegue-se perceber a disfunção do Direito Penal ou 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.

O Direito Penal Econômico, de sua feita, traz consigo todos os defeitos do Direito Penal comum. E, com a agravante de ser canalizado a pessoas da alta classe social. Engana-se quem acredita que o caráter de seletividade³⁷⁹ e simbolismo do Direito Penal desaparece com a incriminação dos poderosos. Ao revés: como se pôde ver, 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 Baratta³⁸⁰ passou a designar “desfuncionalidade 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

³⁷⁸ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p.7.

³⁷⁹ 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 uma 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 seus 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.

³⁸⁰ 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.

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 e seleta possível. Desta forma, todos os defeitos dos tipos penais são amplamente utilizados em seu favor. É dizer, é possível que seja levados a julgamento – parcela inócua, é verdade, porém uma condenação é fator incerto e improvável.

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 quiçá à sua perpetuação, e ao armazenamento dos refugos do mercado.³⁸¹

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 idéia 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.

5.1.1 A constitucionalização simbólica e o problema interpretativo.

³⁸¹ WACQUANT, Loïc. *Punir os Pobres: a nova gestão da miséria nos Estados Unidos*. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2001.

O que se pretendeu demonstrar a partir da análise e dos comentários presentes neste tópico acerca da função que se atribui ao Direito Penal, é que o este ramo vem se prestando a funções não compatíveis com sua natureza e objetivos. Os limites de atuação do Direito Penal não são fielmente respeitados. A incriminação de delitos de cunho econômico faz parte deste contexto, pois se tem mostrado ineficaz neste combate, não tendo a criminalidade recebido, até o presente momento, a resposta adequada.

É importante, neste ponto, entender o porquê deste fenômeno, o porquê da criação de tipos penais inócuos, que simplesmente refletem à sociedade uma idéia de segurança, sem que, na realidade, mostrem-se efetivos no combate à criminalidade, sobretudo a econômica, que aqui se dá enfoque. Sobre esta idéia de segurança a todo e qualquer custo, mesmo que não exista de fato, ensina Fauzi Hassan Chourk:³⁸²

[...] Não se pode admitir um conceito de segurança que passe pela violação das normas fundamentais. Essa segurança, que aqui só pode ser aceita pelo seu prisma jurídico, reside na obediência, pelos particulares e pelo poder público, daquilo que foi estatuído no ato de fundação da sociedade. Patrocinar oficialmente a quebra dessa base significa incorrer no retorno ao caos e na negação da própria convivência comum, conseqüência esta justamente alcançada pelo sistema repressivo ora criticado. Nesse sentido seu emprego é mera ilusão.

Ora, de onde vem esta idéia falaciosa de usar o Direito Penal apenas como símbolo? Apenas como engodo, artificialmente tipificando condutas que, na prática, não receberão a reprimenda adequada? Thurman Arnold, citado por Marcelo Neves, resume que “o observador deve sempre ter presente que a função do direito não reside tanto em guiar a sociedade como em confortá-la”.³⁸³

Sabe-se que o Estado exerce o seu poder de forma vinculada, posto que submetido às leis, e é por este intermédio que poderá atuar. Na esfera penal, sobretudo, o poder legiferante de incriminação de condutas está estritamente submetido à Constituição, sendo o poder punitivo condicionado formal e substancialmente à legislação constitucional e infraconstitucional.³⁸⁴ É esta legislação infraconstitucional que, pautada na Lei Maior, irá

³⁸² CHOURK, Fauzi Hassan. *Processo Penal de Emergência*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002. p. 69.

³⁸³ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 26.

³⁸⁴ CARVALHO, Luis Gustavo Grandinetti Castanho de. (org.) *Justa Causa Penal Constitucional*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2004. p. 37.

definir qual o âmbito de atuação do Direito Penal, ou seja, quais os bens jurídicos, dentre todos aqueles dispostos na Constituição, merecerão a tutela de ordem penal.

A Constituição, então, exerce um duplo papel: orienta o legislador infraconstitucional a escolher os bens jurídicos a serem protegidos, e, por outro lado, em uma visão garantista, impede que este legislador, com a suposta finalidade de proteger bens jurídicos outros, proíba ou imponha determinados comportamentos, violando direitos fundamentais também consagrados na própria Constituição.

O Direito Penal simbólico aparece exatamente neste limite constitucional, pautado na *Lex Mater*. Porém, o que ocorre atualmente é que a própria Constituição passa por um processo de simbolismo, sendo este fenômeno denominado pela doutrina de “constitucionalização simbólica.”³⁸⁵

Este fenômeno pode ser avaliado sob duas concepções: no sentido negativo, pode-se afirmar que a Constituição é simbólica porque seu texto não é “suficientemente concretizado normativo-juridicamente” posto que seu texto é escrito de forma generalizada. É que se pode afirmar que, do texto normativo, não resulta normatividade.³⁸⁶

Este problema ganha especial relevância no plano da “vigência social das normas constitucionais escritas”, tendo como característica principal uma ausência completa de orientação das expectativas normativas conforme as determinações dos dispositivos da Constituição.³⁸⁷

Neste sentido, seguindo os ensinamentos de Manoel Jorge e Silva Neto³⁸⁸, em um “contexto negativo, identifica-se a constitucionalização simbólica com a falta de efetivação dos comandos constitucionais”. Desta forma, tal qual preconizou Lassalle³⁸⁹, se a constituição real não é capaz de fazer cumprir o conteúdo programático consubstanciado em seu texto escrito, tornar-se-á, inevitavelmente, mera folha de papel.

³⁸⁵ NEVES, Marcelo. *A Constitucionalização Simbólica*. São Paulo: Martins Fontes, 2007. p. 37.

³⁸⁶ Idem. *Ibidem*. p. 91.

³⁸⁷ Idem. *Ibidem*. p. 93.

³⁸⁸ SILVA NETO, Manoel Jorge e. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 168.

³⁸⁹ LASSALLE, Ferdinand. *A essência da Constituição*. 8. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 33.

Pode-se afirmar, sem dúvidas, que o processo de constitucionalização simbólica está vinculado à falta de uma inclusão pluralista no processo de concretização constitucional. É que o processo de interpretação constitucional esteve, durante muito tempo, vinculado a uma sociedade “fechada”, restrito à atuação dos magistrados e aos procedimentos formalizados. E, o tema interpretação deve encarar a dicotomia entre Constituição e realidade constitucional.³⁹⁰

É desta forma que se pode considerar que os grupos sociais, os órgãos estatais, os cidadãos em geral e a própria opinião pública representam forças produtivas de interpretação. Para Häberle, eles são intérpretes da Constituição, ainda que em sentido amplo, atuando, ao menos, como pré-intérpretes. Pode-se afirmar que este modo de visualizar a interpretação “deve ser garantida sob a influência da teoria democrática”, na medida em que não se pode conceber a interpretação da Constituição sem as forças produtivas relacionadas.³⁹¹

Discorrendo acerca da legitimidade das normas constitucionais, Paulo Pimenta³⁹² indica as idéias de Niklas Luhmann, para quem a legitimidade está no próprio procedimento, no próprio sistema político, pois depende de um “clima social que a institucionaliza.” Luhmann adota a teoria dos “sistemas”, entendendo o problema da legitimidade enquanto problema sociológico.

Discorda, entretanto, deste posicionamento, afirmando que a melhor solução, excluídos os exageros, é apresentada por Lassalle, afirmando os fatores reais de poder como fundamento da legitimidade. A legitimidade da Constituição, portanto, assenta-se em fatos, em relações sociais, em valores, constantes da Constituição jurídica.³⁹³

O problema da constitucionalização simbólica ainda se reveste de uma face positiva: embora do ponto de vista jurídico a Constituição receba uma caracterização negativa por não apresentar concretização normativa, ela tem um sentido positivo, na medida em que

³⁹⁰ HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e “procedimental” da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997. p. 12.

³⁹¹ Idem. Ibidem. p. 14.

³⁹² PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999. p. 93-94.

³⁹³ Idem. Ibidem. p. 94.

“a atividade constituinte e a linguagem constitucional desempenham um relevante papel político ideológico.” A Constituição funciona, portanto, como um sistema jurídico vigente e eficaz.³⁹⁴ Em que pese o seu simbolismo, a Constituição ainda poderá ser vista enquanto função ideológica.

Esta concepção poderá ser visualizada se a interpretação constitucional for entendida como método orientado às ciências da realidade. Ensina Bacigalupo que “el sentido de la Constitución no está dado por el texto constitucional, sino por su carácter de orden jurídico de un proceso de integración, y su realidad, como realidad integradora, recrea constantemente el proceso vital de la comunidad político-estatal.”³⁹⁵

Não se pode, por fim, confundir a legislação simbólica com a constitucionalização simbólica, posto que esta é mais abrangente social, temporal e material.³⁹⁶ Acerca desta temática, e aproximando-se ao ramo penal do Direito, tratar-se-á da sua inoperância e ineficácia, porém, já com a advertência de que o sistema está comprometido como um todo, visto que o seu núcleo, a Lei Maior, já apresenta a mesma sintomática.

É que o modelo de Direito Positivo enquanto instrumento, enquanto meio insuperável para se alcançar os fins desejados pelo legislador (especialmente o fim de realizar mudanças sociais) é muito simplório e indica uma ilusão. Isto se deve ao fato de que diversas leis que estão postas servirem apenas para codificar juridicamente normas sociais reconhecidas. Além disso, as relações sociais apresentam-se muito complexas para serem controladas juridicamente pela legislação.³⁹⁷

5.1.2 A legislação-álibi e o Direito Penal Simbólico

Já se demonstrou que as normas infraconstitucionais obedecem aos ditames da Lei Maior e devem ser editadas e interpretadas em consonância com tais normas. Em suma, ensina Bacigalupo que “las normas legales ordinarias deben reconocer sus límites frente a las

³⁹⁴ NEVES, Marcelo. Ob. cit. p. 95-96.

³⁹⁵ BACIGALUPO, Enrique. *Principios constitucionales penales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999. p. 24.

³⁹⁶ NEVES, Marcelo. Ob. cit. p. 99.

³⁹⁷ Idem. Ibidem. p. 29.

constitucionales”. E adverte que este entendimento “tiene especial repercusión en el ámbito del derecho penal, pues todo su contenido afecta derechos fundamentales a los ‘valores superiores del ordenamiento jurídico’ y a los ‘fundamentos del orden político y de la paz social’”.³⁹⁸

Se é certo que o Direito Penal encontra guarida na própria Constituição para tipificar os chamados crimes de colarinho branco, dentre os quais a lavagem é exemplo eloqüente, paralelo àqueles crimes que atentam diretamente contra a vida, a saúde, o patrimônio (delitos clássicos), pelo texto que lhes fornece esta aprovação, a reprovação desta criminalidade deveria ser eficaz e com punição elevada. Isto porque, através da leitura do texto constitucional, estas condutas lesam de forma real (e não apenas potencial) os mais caros objetivos e fundamentos do Estado Democrático de Direito.³⁹⁹

Porém, nem todo bem disposto na Constituição merece a tutela de cunho penal. Primeiramente, o legislador infraconstitucional deverá proceder a uma atenta leitura aos parâmetros e fundamentos da ordem econômica previstos na Lei Maior para, em seguida, definir os contornos da tutela penal, caso entenda por sua necessidade.

Sobre o pretense manto de “proteção a bens jurídicos”, não pode o Estado legitimar-se a criar tipos penais que não se coadunam com os princípios da necessidade e eficácia da sanção penal.⁴⁰⁰ Caso esta seja a posição adotada, o próprio instituto penal perderá força e legitimidade.

Como se há de perceber, entretanto, não é bem esta a atividade do legislador no momento da criação destes tipos penais. 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 apressadamente, sem o rigor que esta tutela impõe, quebrando a idéia de segurança jurídica há tanto custo conquistada.

³⁹⁸ BACIGALUPO, Enrique. Ob. cit. p. 43.

³⁹⁹ 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. 88.

⁴⁰⁰ 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

É neste contexto que surge o fenômeno da 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.”⁴⁰¹

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).⁴⁰² 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 idéia 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.”⁴⁰³

Verifica-se uma total crise do sistema penal e algumas teorias criminológicas, como o *labeling approach* adiante estudada, foram o ponto alto para deflagração desta crise. Estas correntes representam a negação dos princípios do fim e da prevenção e sobretudo, do princípio da igualdade, esta, a base do sistema penal.⁴⁰⁴

⁴⁰¹ NEVES, Marcelo. Ob. cit. p. 36-37.

⁴⁰² Idem. Ibidem. p. 51-52.

⁴⁰³ 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.

⁴⁰⁴ 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. 85.

O Direito Penal, assim como hoje posto, recebe críticas tanto do ponto de vista da tipificação, visto que a incriminação de condutas se dá apenas como forma de “acalmar” os anseios sociais por segurança e justiça, quanto do ponto de vista prático, visto que invés de realizar as funções para as quais foi programado, ou seja, o exercício da função punitiva com igualdade e segurança jurídica, é seletivo e arbitrário.

As teorias deslegitimadoras apóiam-se nestes pilares defeituosos do sistema repressivo. São duas as principais correntes, advindas de uma criminologia crítica: o abolicionismo e o minimalismo. Em que pese a propositura de soluções diferenciadas, ambos convergem para os mesmos pressupostos e críticas ao Direito Penal.

Estes movimentos serão estudados em seguida. Porém, é necessário delinear-se a sua invocação no presente trabalho, aproximando-se todas as críticas aqui descritas da criminalidade econômica.

5.2 (DES) NECESSIDADE DA TUTELA PENAL PARA CRIMES ECONÔMICOS?

Como se viu ao longo do presente trabalho, a temática da tutela econômica e financeira pertence a uma nova onda de criminalidade, que rompeu velhos paradigmas da criminalidade clássica, alçando a proteção constitucional e, de conseqüência, repercutindo na criação de novos tipos penais.

O ordenamento jurídico como um todo passa por grandes transformações, alcançando diversas “dimensões” de direitos tutelados. Norberto Bobbio⁴⁰⁵ indica que existem cinco gerações, sendo a primeira aquela referente aos direitos individuais, com cunho individualista (em oposição à concepção organicista tradicional); a segunda diz respeito aos direitos sociais; já os interesses transindividuais, também chamados de direitos coletivos ou difusos representam aqueles da terceira geração (exemplo, direito dos consumidores e questões ecológicas); de sua feita, os direitos da quarta geração

⁴⁰⁵ *Cidadania e os novos direitos*. In: OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997, p. 192-193.

representam aqueles referentes à biotecnologia e à bioengenharia; por fim, a realidade virtual e os desenvolvimentos cibernéticos representam a quinta geração.

Neste contexto, tenta-se legitimar a ação do Estado em situação tais, que perpassam a esfera individual. A Constituição espelha esta realidade, trazendo fundamentos, objetivos e princípios atinentes a estes “novos” direitos. Com relação à ordem econômica, já se viu que a sua tutela no texto constitucional merece guarida entre os artigos 170 a 181. Estes conceitos “político-normativos” como ordem econômica, ordem tributária, regularidade do sistema financeiro nacional representam, por óbvio, o interesse público em sentido estrito, mas, para além disso, representam o interesse de todos os sujeitos sociais.⁴⁰⁶

Há de se questionar, entretanto, se é necessária uma tutela de ordem penal. Em seguida, se o Direito Penal tem estes mecanismos de resposta para a proteção de um bem jurídico tão singular. William Terra de Oliveira⁴⁰⁷ indica que se assiste, atualmente e com perplexidade, às mudanças sociais e criminológicas: crimes econômicos, cibernéticos e genéticos. E, indica que as ciências tradicionais nem sempre contam com o “aparato analítico e dogmático que ofereça uma resposta à altura dos problemas decorrentes destes novos fatores”. Completa sua abordagem com uma reflexão sobre a ciência jurídica, na qual, paralelo à deficiência dogmática, “existe a possível inadequação e insuficiência legal.”

Sabendo que já existe o Direito Econômico, como forma de regulamentação desta ordem econômica, sabendo que esta matéria foi elencada ao status de proteção constitucional, resta a dúvida: por que, então, criar um ramo à parte, o Direito Penal Econômico?

A resposta tem sido dada no sentido de que, para algumas condutas consideradas mais graves, o Estado precisa de um meio de coerção mais severo e outros ramos do direito não seriam providos de sanções suficientemente severas para coibir condutas ofensivas à ordem econômica.

⁴⁰⁶ 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. 33

⁴⁰⁷ Algumas questões em torno do novo Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Número Especial: Seminário Internacional de Direito Penal Econômico, a. 3, n. 11, jul./set., 1995.

Porém, é fácil demonstrar que esta tutela penal existe na exata medida em que os outros ramos são ineficazes e se presta somente a sanar esta deficiência. Como o Estado, por exemplo, é ineficiente na fiscalização e exação – cobrança de tributos e contribuições, criam-se tipos penais para incriminar aquele que tenta iludir o Fisco, deixando de pagar tributos ou pagando-os a menor (Lei 8.137/90, arts. 1º e 2º). Do mesmo modo com as contribuições previdenciárias (arts. 168-A e 337-A do Código Penal).

Ocorre que, em todos estes delitos que envolvem a questão tributária/previdenciária, é causa de extinção de punibilidade o pagamento do tributo! Veja-se: se o Estado não consegue a arrecadação devida posto que existiu algum meio fraudulento para suprimir ou reduzir tributo, abre-se Procedimento Administrativo Fiscal para apurar os débitos. Caso não haja o pagamento da tributação e seus acessórios nesta oportunidade, passa-se à esfera penal. Ora, os contribuintes, então, sentindo-se pressionados pelo ramo do direito que traz penas privativas de liberdade, simplesmente, passam a participar de programas de refinanciamentos de crédito, suspendendo-se a punibilidade na ação penal.

Quer dizer que, embora tenha nitidamente havido um fato típico, antijurídico e culpável⁴⁰⁸, o que perfaz o conceito analítico de crime, o pagamento é a finalidade última do Estado! O Estado abre mão do seu *jus puniendi* em prol da arrecadação tributária. Mesmo sendo estes crimes de ação penal pública incondicionada, movida, dentre outros, pelos princípios da obrigatoriedade e indisponibilidade, de legitimidade exclusiva do Ministério Público, o Estado excepciona tais características pelo pagamento da tributação.⁴⁰⁹

Igualmente ocorre com a lavagem de dinheiro. Como o Estado é impotente ante ao tráfico de drogas, ante o crime organizado, o tráfico de armas, etc., tenta dissuadir o criminoso da prática destes crimes antecedentes, incriminando qualquer espécie de fruição dos

⁴⁰⁸ “Para que o fato típico constitua crime não basta que seja antijurídico. O agente que praticou o fato lesivo de um bem jurídico, só terá cometido um crime se procedeu culposamente. A culpabilidade é inquestionavelmente um dos elementos do crime, e precisamente ‘aquele elemento’ como diz Bettiol, que exprime, mais que qualquer outro a base humana e moral em que o delito tem suas raízes” (MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 2, p. 201) Este conceito tripartido é adotado majoritariamente na doutrina. Este é o posicionamento de Rogério Greco, Cezar Roberto Bitencourt, Zaffaroni e Pierangeli.

⁴⁰⁹ O novo programa de refinanciamento de crédito, o chamado “novo REFIS” passa atualmente por um processo de regulamentação, visto que a Medida Provisória nº 449/08 fora recentemente convertida em texto legal: Lei 11.941 de 27 de maio de 2009.

lucros destas atividades. É uma espécie de barganha: não é vantajoso cometer o crime antecedente, uma vez que o criminoso não poderá gozar de seus ganhos.

Ainda, usando a mesma regra norte-americana do *follow de money*, ou seja, siga o dinheiro, o Estado consegue desvendar os crimes antecedentes. É que o rastreo das operações bancárias daqueles que não possuem ocupação lícita, por óbvio, faz presumir o cometimento de crimes, dando azo a investigações sobre a origem dos valores.

Desta forma, há de se questionar se será mesmo necessária a intervenção penal neste ramo? Será que o bem jurídico tutelado é realmente fundamental para ser elevado à categoria de “bem jurídico penal”, sabendo que este ramo é considerado como a *ultima ratio*?

Algumas são as questões envolvidas nesta temática. A primeira delas diz respeito ao dilema econômico-social que se encontra quando o Estado discute se deve proteger jurídico - penalmente a economia e os atores econômicos ou deve, pelo contrário, deixar os empresários com as menores restrições possíveis em favorecimento do crescimento econômico. Neste ponto, Roberto Podval⁴¹⁰ indica que, a entrada de capital de origem “duvidosa” no mercado financeiro não tem somente conotação prejudicial:

[...] em muitos casos a entrada de dinheiro da economia informal (negra) na economia formal pode trazer inúmeros benefícios, seja para ordem social, seja para ordem econômica. Não fosse questões de cunho absolutamente moral, não se haveria como negar que a entrada de capital que estava fora da economia permite, de imediato, ao Estado obter, sobre esta capital, os impostos, o que socialmente é benéfico.

Seguindo esta linha de raciocínio, vem uma segunda pergunta concernente à tributação destas atividades: deve o Estado “fechar os olhos” para a característica criminosa destas atividades e, simplesmente, recolher a tributação devida? Ou seja, qualquer crime de ordem econômico tem, sem dúvidas, concurso formal necessário com o crime tributário? É que, com uma única conduta, o agente lesiona mais de um bem jurídico.

Ainda, questiona-se se deve o legislador penal prever uma regulação no próprio Código Penal ou deve relegar a regulação dos delitos econômicos à legislação penal especial e, neste marco, deixá-los à potestade sancionadora da Administração econômica. Neste

⁴¹⁰ PODVAL, Roberto. O bem jurídico do delito de lavagem de dinheiro. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, n. 24, a. 6, 1998, p. 212.

ponto, críticas podem ser tecidas ao modelo de legislação adotado no ordenamento brasileiro.

As leis que tratam da matéria econômica se multiplicam. E, ao contrário do que se poderia esperar, trazem cada vez mais imprecisões e deficiências. Manoel Pedro Pimentel chama esta legislação de “tumultuada e tormentosa”, e indica que a sua propagação desenfreada do Direito Penal “conduz à descrença na eficácia do Direito, à desconfiança na justiça, enfraquecendo a prevenção geral e especial.”⁴¹¹

Ninguém discorda da necessidade que tem o Estado em interferir na economia, não tanto em substituição à atividade privada, mas “controlándola y corrigiendo sus excesos, evitando que la economía de mercado se convierta em uma jungla dominada por la ley del más fuerte”. É claro que em um mercado de livre concorrência a posição do Estado deve ser discreta, mas deve zelar por uma distribuição o mais eqüitativa possível da riqueza, estimulando a possibilidade de competição entre os agentes financeiros, mas criando regras e limites a esta competição.⁴¹²

O problema, então, não é a intervenção do Estado na esfera econômica, mas a forma como esta intervenção tem sido realizada. O que se questiona é o papel não do Direito, mas do Direito *Penal*. De nada adianta a edição de leis penais inócuas, o aumento das penas, se os fatores criminógenos não são combatidos, favorecendo sempre o aparecimento de novas condutas delitivas. Até porque, as leis penais surgem a partir de uma demanda social, aparecendo sempre após o cometimento de um sem-número de delitos anteriores à sua edição.

Como o Direito Penal não estava (e ainda não está) preparado para uma mudança vertiginosa nos padrões da criminalidade, posto que calcado em uma Parte Geral datada de 1940, o impulso precursor para a edição das leis penais em matéria econômica veio não através de juristas, mas de economistas, que introduziram na legislação um “economês”⁴¹³, linguagem própria e repleta de expressões desconhecidas dos juristas e,

⁴¹¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 26.

⁴¹² 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: Ábaco de Rodolfo Desalma, 2000.

⁴¹³ Expressão dada por Manoel Pedro Pimentel. (*Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 33).

sobretudo, da população em geral. Para se exemplificar, basta uma leitura rápida da lei de crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, a Lei 7.492/86, que, ao conceituar a instituição financeira, traz expressões completamente distanciadas da realidade do operador do Direito Penal⁴¹⁴: valores mobiliários, operações de consórcio, capitalização.

Manoel Pedro Pimentel cita trecho do trabalho apresentado por Néelson Cândido Motta, Consultor Jurídico da Bolsa de Valores, na oportunidade da II Reunião das Bolsas e Mercados de Valores da América, tratando da empreitada dos economistas na feita das primeiras leis tratando sobre a ordem econômica:

Essa escalada dos economistas às fontes do Direito escrito, do ponto-de-vista técnico- jurídico, foi como uma incursão de macacos em casa de louças. As regras e os rigores que presidiam a elaboração dos textos legislativos foram substituídos pela improvisação e pela afoiteza com que os economista se puseram a legislar. Para tentar implantar uma nova ordem nas relações econômicas, os economistas não vacilaram em abalar e comprometer algumas vezes os alicerces da lógica jurídica.⁴¹⁵

Este tem sido o maior dos problemas legislativos do Brasil: afoiteza na tipificação e quebra de regras básicas, sejam processuais e penais, sejam constitucionais. São muitos os defeitos encontrados nesta elaboração e já citados ao longo deste trabalho, como a adoção de tipos penais abertos, leis penais em branco, elementos normativos.

Somado a todos estes problemas, está a quebra da concepção do Direito Penal enquanto *ultima ratio*, levando a uma (re) leitura dos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade do Direito Penal. Deve-se seguir a orientação tradicional de que o ramo penal “não é o único, nem, muito menos, o melhor instrumento de combate à criminalidade.”⁴¹⁶ ou deve-se mudar esta concepção, entendendo que esta nova demanda merece e necessita a tutela deste ramo?

⁴¹⁴ Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira: I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros; II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual.

⁴¹⁵ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 34.

⁴¹⁶ ARAÚJO JÚNIOR. João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 49.

E, para além disso, deve-se perquirir quais as causas podem ser apontadas para esta expansão do Direito Penal e qual a (melhor) maneira de se compatibilizar direitos e garantias individuais, segurança jurídica e a adoção de novos tipos penais.

5.2.1 A *ultima ratio* do Direito Penal. Fundamentos pela constitucionalização da tutela: subsidiariedade e fragmentariedade.

O Direito Penal sempre foi visto como a última razão do Direito, a última instância, aquela que deve ser utilizada somente para lesões relevantes a bens jurídicos também considerados relevantes. “A sanção 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.”⁴¹⁷

Não se pode pretender, portanto, incriminar todas as condutas antieconômicas, pois isto representaria uma “hipercriminalização contrária às idéias que a política criminal moderna aponta.”⁴¹⁸ O sentido da vida econômica é, muitas vezes, antagônico ao de tipos penais. Até porque, algumas destas atividades envolvem riscos difíceis de serem medidos e a criação de tipos de perigo pelo Direito Penal está na contramão dos mercados.

Veja-se, por exemplo, o crime de gestão temerária previsto na Lei 7.492/86, em seu artigo 4º.⁴¹⁹ É crime de perigo, que não exige para sua caracterização nenhum dano efetivo à instituição financeira. Impõe, desta forma, certos freios inibitórios ao empresário, levando-o a olhar seus negócios de forma cautelosa, quiçá, até demais. Estes tipos penais visam regulamentar uma parcela da ordem econômica e financeira que não se coaduna com a última razão do Direito Penal, pois “talvez os melhores empresários sejam otimistas e não se poderá plasmá-los num perfil pessimista e timorato.”⁴²⁰

⁴¹⁷ Ibidem, p. 49.

⁴¹⁸ CORREIA, Carlos. *Novas críticas à penalização de actividades económicas. Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. vol. I. problemas gerais. Coimbra: Coimbra, 1998.

⁴¹⁹ Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira: Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa. Parágrafo único. Se a gestão é temerária: Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

⁴²⁰ CORREIA, Carlos, op. cit.

Indica Manoel Pedro Pimentel que o “custo social da pena recomenda a parcimônia.”⁴²¹ Isto significa dizer que, para se incriminar uma conduta, é imperioso a observância dos princípios basilares do Direito Penal, fundamentadores da sua função última dentre os ramos do Direito: subsidiariedade ou fragmentariedade.

Esta expressão “fragmentariedade” tem sua origem na Alemanha, com Karl Binding. Para ele, o legislador deve aguardar “que las olas de la vida diaria [...] traigan a sus pies las conductas que luego él recoge para convertirlas en supuestos de hecho de delitos porque resultan insoportables.”⁴²²

Dizer que o Direito Penal tem caráter fragmentário e subsidiário é caracterizá-lo como pertencente a um “Estado de Derecho liberal.” Porém, há de se questionar: “¿fragmentos de qué? ¿Subsidiario respecto a qué? ¿*Ultima ratio* em relación a que otras *rationes*?”⁴²³

A palavra subsidiário tem origem do latim⁴²⁴, *subsidiariu*, e significa um elemento secundário, que reforça outro de maior importância ou para este converge. É exatamente neste sentido que a palavra é empregada quando da sua utilização para caracterizar o Direito Penal. Paulo Queiroz⁴²⁵ ensina que o ramo penal não cria “um sistema exclusivo, próprio de ilicitudes, fora ou além da ordem jurídica vigente.”

Explica o referido autor⁴²⁶ que esta subsidiariedade tem dois principais fundamentos. O primeiro decorre da unidade lógica do Direito. A ilicitude ou antijuridicidade é uma só para todo o ordenamento. A proibição de uma conduta torna-a ilícita, sem a qualificação de ilícito civil ou penal. Primeiramente, ela é ilícita porque contrária ao ordenamento; depois é que há a gradação da ilicitude.

O segundo fundamento é uma imposição de política criminal, visto que o Direito penal apresenta as mais severas sanções, sendo a mais enérgica manifestação da ordem jurídica.

⁴²¹ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973, p. 49.

⁴²² Apud PRITTWITZ, Cornelius. *El Derecho Penal Alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón u límites de los principios limitadores del Derecho Penal*. In: CASABONA, Carlos María Romeo. (org.). *Estudios de Derecho Penal*. Área de Derecho Penal de la Universidad Pompeu Fabra (ed. española): [S.l.]: COMARES S.L., 1999, p. 428.

⁴²³ PRITTWITZ, Cornelius, op. cit., p. 427.

⁴²⁴ FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Eletrônico Aurélio*. [S.l.]: Editora Positivo, 2008, 1 CD.

⁴²⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 69.

⁴²⁶ *Ibidem*, p. 70-71.

Somente é possível esta sanção penal quando a gravidade da lesão e os danos causados sejam proporcionais a esta forma de intervenção. A pena apresenta-se como um *plus* às demais sanções do ordenamento.

O Direito Penal não cria bens jurídicos. Apenas os reconhece. É a Constituição Federal a primeira sede da tutela jurídica dos bens da vida, reconhecendo a necessidade de lhes conferir proteção diferenciada. Os ramos infraconstitucionais, a partir daí, passam a sistematizar ou concretizar esta tutela do ilícito “constitucional-originário.”⁴²⁷ Dentre estes ramos, há também uma certa “ordem de preferência.” É por isso que o Direito Penal é visto como subsidiário.

Alguns doutrinadores⁴²⁸ não entendem que fragmentariedade e subsidiariedade como faces do mesmo fenômeno. Diferenciam seus conceitos. Explica-se. A nomenclatura “fragmentariedade” vem desta idéia de recorte. De todas as condutas reprováveis e merecedoras de sanções, apenas alguns fragmentos, ou seja, apenas algumas (poucas) delas é que merecem a sanção de natureza criminal. A crítica que se pode fazer a este conceito é sua definição baseada em empirismo, sem maiores rigores para estabelecer limites à atuação do Direito Penal.

Já a subsidiariedade pode ser entendida sob dois enfoques, um positivo e outro negativo. Em entendimento negativo, a subsidiariedade pode ser equipara à *ultima ratio*, tendo lugar o Direito Penal quando outros métodos hajam fracassado. No sentido positivo, há uma explicação de como o Estado e o Direito Penal desenvolvem um dever interferência e não interferência nas condutas sociais. Cornelius Prittwitz⁴²⁹ cita Abraham Lincoln e seu discurso sobre o governo para elucidar as características positiva e negativa da subsidiariedade. O governo só deve interferir na vida da população para atender às necessidades que esta não possa satisfazer por si mesma ou não possa obter com tanta qualidade. Porém, para todas as demais atividades que a população consiga satisfazer por si mesma, o governo não deve interferir.

⁴²⁷ Ibidem, p. 72.

⁴²⁸ PRITTWITZ, Cornelius. *El Derecho Penal Alemán: ¿Fragmentario? ¿Subsidiario? ¿Ultima ratio? Reflexiones sobre la razón u límites de los principios limitadores del Derecho Penal*. In: CASABONA, Carlos María Romeo. (org.). *Estudios de Derecho Penal*. Área de Derecho Penal de la Univerasidad Pompeu Fabra (ed. española): [S.I.]: COMARES S.L., 1999, p. 429-430.

⁴²⁹ Ibidem, p. 431.

Seguindo o raciocínio, a subsidiariedade encerra uma norma de competência: exclui as hipóteses de competência negativas do Estado e fundamenta as positivas. A unidade grande (Estado) está obrigada sempre a ajudar a pequena (sociedade), mas só pode prestar esta ajuda quando realmente seja necessária.

Em suma, explica Schecaria⁴³⁰ sobre a diferença entre os conceitos de fragmentariedade e subsidiariedade do Direito Penal:

Neste pórtico pode-se dizer que o direito penal terá um caráter subsidiário e fragmentário. É fragmentário por só atuar com pequenas partes do todo; por agir somente em alguns casos, aqueles mais relevantes. Assim, apenas quando alguns fragmentos do ordenamento – fragmentos esses conhecidos como mais relevantes – forem atingidos é que se desencadeará a reação penal punitiva. [...] É, ainda, subsidiário por estar condicionado à não-utilização das outras instâncias sociais de controle, como o direito civil ou administrativo. A subsidiariedade está a exigir que só se faça uso do direito penal quando não tenham tido êxito os meios coativo menos gravosos de natureza não penal.

Alguns doutrinadores denominam a *ultima ratio* de intervenção mínima,⁴³¹ porém, mantendo seu significado de intervenção do Direito Penal a causas relevantes. Luiz Luisi trabalha também com a idéia de *necessidade* do Direito Penal, destacando que “só se legitima a criminalização de um fato se a mesma constitui meio necessário para a proteção de um determinado bem jurídico.”⁴³²

Nesta temática, portanto, e seguindo todos os ensinamentos supra, questiona-se a legitimidade do Direito Penal para atuar na esfera econômica, financeira e tributária. Será que estes ramos já não oferecem sanções suficientes para aqueles que infringem seus preceitos? Não é o Direito Penal que deve “o menos possível na vida em sociedade”⁴³³?

E o que dizer da tutela penal nos crimes de lavagem? Como se justificar a necessidade de tal intervenção se não se conseguiu nem, ao certo, delimitar qual o bem jurídico que o Estado pretende (ou pretendia) tutelar. Seguindo a *ultima ratio*, será que a incriminação de delitos graves como são a grande maioria dos antecedentes, já não estaria o legislador encerrando a sua possibilidade/necessidade de intervenção?

⁴³⁰ SCHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 308

⁴³¹ Neste sentido, BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal*. vol 1. parte geral. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 13; GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 50; e LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 25.

⁴³² LUISI, Luiz, op. cit., p. 25.

⁴³³ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005. p. 50

É importante deixar ressaltado e advertido que a ausência de intervenção penal não significa ausência de tutela e nem tampouco ausência de sanção. Lembrando-se do início deste tópico, oportunidade em que se fez uma advertência sobre o caráter da ilicitude penal, percebeu-se que este conceito – antijuridicidade ou ilicitude - não se restringe a uma das esferas do Direito, sendo conceito que indica contrariedade a todos os ramos do ordenamento.

Desta maneira, mesmo deixando de se entender a ilicitude destas condutas na esfera penal, haverá outros institutos não penais que poderão ser utilizados em seu combate. É a lição de Paulo Queiroz: “criminalizar condutas outra coisa não significa que reprimi-las também penalmente; descriminalizá-las não corresponde a liberalizá-las.”⁴³⁴ Isto porque, se o comportamento não se reveste de características que mereçam guarida penal, deve-se discipliná-los melhor através dos ramos civil, penal, administrativo, etc.

Veja-se o exemplo do crime de lavagem: não se pode discutir a necessidade e importância da tutela penal em crimes considerados antecedentes à lavagem como a extorsão mediante seqüestro, tráfico de entorpecentes e de munição. A pergunta se até à incriminação do exaurimento destes crimes, que é a lavagem. O lucro obtido com as atividades criminosas não poderá ser fruído visto que existe a lei de lavagem impedindo tal fruição.

Porém, a esfera administrativo-tributária poderia tratar tranquilamente (ao menos em tese) deste problema, visto que estes sujeitos criminosos terão patrimônio muito superior à renda declarada ao Fisco – isto se houve declaração, porque não se pode exigir do sujeito que sempre viveu da atividade criminosa que esteja ele em regularidade com as obrigações perante a fiscalização – e as multas tributárias já somariam monta capaz de intimidar estes ganhos ilícitos.

É o que indica a melhor doutrina, notadamente a européia, que já indica que “particulares sanções económicas, por exemplo, interdições, sanções pecuniárias, injunções, publicidade, apreensão de bens, etc., podem ter e têm uma larga importância”⁴³⁵. Pensar o

⁴³⁴ QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998, p. 73.

⁴³⁵ CORREIA, Eduardo. COSTA PINTO, Frederico Lacerda. et. al. *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*. vol. I. problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 367.

Direito Penal como última razão é vê-lo sob o prisma constitucional, enxergá-lo com os olhos do constituinte.

Busca-se, então, no próximo tópico, explicar – se for possível – a função que exerce a pena e o próprio Direito Penal quando se incrimina ou se eleva à categoria de repressão penal as condutas que não mereceriam tal guarida. Como o Estado poderia legitimar tal intervenção e a repercussão social são os pontos mais discutíveis.

5.2.2 Expansionismo e quebra das funções da pena.

A temática da função da pena confunde-se com a própria função do Direito Penal. O ordenamento brasileiro adotou um posicionamento híbrido ou misto, dispondo o Código Penal, em seu artigo 59 que o trabalho de aplicação da pena deve ser elaborado “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime.”⁴³⁶

Desta forma, pode-se dizer que o Código Penal reconheceu as teorias absolutas e relativas a um só tempo. “As teorias tidas como absolutas advogam a tese da retribuição, sendo que as teorias relativas apregoam a prevenção.”⁴³⁷ Luigi Ferrajoli⁴³⁸ encerra os conceitos ressaltando suas principais características e traços distintivos:

São teorias absolutas todas aquelas doutrinas que concebem a pena como um fim em si própria, ou seja, como ‘castigo’, ‘reação’, ‘reparação’ ou ainda, ‘retribuição’ do crime, justificada por seu intrínseco valor axiológico, vale dizer, não um meio, e tampouco um custo, mas sim, um dever ser metajurídico que possui em si o seu próprio fundamento. São, ao contrário, ‘relativas’ todas as doutrinas *utilitaristas*, que consideram e justificam a pena enquanto *meio* para a realização de fim utilitário da prevenção de futuros delitos.

A partir do presente momento, ater-se-á ao estudo da função de prevenção e os questionamentos serão feitos em torno do seu (des)cumprimento. É que a função de

⁴³⁶ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime: I - as penas aplicáveis dentre as cominadas; II - a quantidade de pena aplicável, dentro dos limites previstos; III - o regime inicial de cumprimento da pena privativa de liberdade; IV - a substituição da pena privativa da liberdade aplicada, por outra espécie de pena, se cabível.

⁴³⁷ GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal*. Parte Geral. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005, p. 547.

⁴³⁸ *Direito e Razão*. Teoria do Garantismo Penal. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Estevam Xavier Tavares, Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 204.

retribuição é sempre evidente na pena e durante o próprio processo penal – não é à toa a existência de vasta bibliografia tratando da “duração razoável do processo” e do “tempo como pena.”⁴³⁹

A função da prevenção das penas pode ser vista sob dois enfoques, o geral e o especial, por se “endereçar simultaneamente aos cidadãos em geral (prevenção geral) e ao criminoso, em particular (prevenção especial).”⁴⁴⁰ Ambas ainda podem ser subdivididas em espera positiva e negativa. Em linhas gerais, a prevenção geral demonstra a proteção de bens jurídicos (caráter positivo) e, ao mesmo tempo, exerce uma função de intimidação (prevenção por intimidação); enquanto a especial acaba por tornar inócuos os efeitos do criminoso, enquanto privado de sua liberdade (caráter negativo) ao passo que deve trabalhar este indivíduo no sentido de evitar a reincidência (ressocialização como caráter positivo).

Não se tecerá maiores considerações às funções da pena, senão sobre aquelas que interessam à criminalidade econômica em questão. Penas para pontuar sobre a ressocialização - grande falácia - já se sabe que o Direito Penal não se presta a esta função, pois, como trabalha eminentemente com o encarceramento, a preocupação é com a “dessocialização.” Ensina João Marcello de Araújo Júnior que: “são tantos os efeitos perversos das penas privativas de liberdade e dos sistemas penitenciários, que a política criminal moderna recomenda um amplo programa de descriminalização e de despenalização, para minimizá-los.”⁴⁴¹

O problema que ora se propõe diz respeito à própria legitimidade do Direito Penal. Há de se questionar se, ao tipificar condutas lesivas a ordem econômica, as funções deste ramo do Direito poderão ser cumpridas. É que a pena cominada cumpre uma tríplice função⁴⁴²,

⁴³⁹ Sobre esta temática: LOPES JUNIOR, A. C. L. ; BADARO, G. H. . *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Maria Clara Veronesi de Toledo e Tadeu Antonio Dix Silva. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2003.

⁴⁴⁰ BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004, p. 120.

⁴⁴¹ ARAÚJO JÚNIOR. João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 53.

⁴⁴² Juarez Cirino dos Santos tece duras críticas às funções da pena, indicando que ela se presta a efetivar: “1) o controle repressivo dos inimigos de classe do Estado capitalista (as classes dominadas, em geral, e os marginalizados do mercado de trabalho, em especial); 2) a garantia da divisão de classes, mediante a separação força de trabalho/meios de produção, origem das desigualdades sociais, característica das relações de produção capitalista; 3) a produção de um setor de marginalizados/criminalizados (reincidentes

e antes de se incriminar uma conduta, o legislador deve se questionar se elas restarão atendidas: proteção de bem jurídico, justa retribuição (proporcionalidade abstrata) da conduta praticada pelo infrator e necessidade de ressocialização deste sujeito.

O que se observa com relação à criminalidade dita de colarinho branco é que adotar a tutela penal para toda e qualquer situação pontual e emergencial acarreta a perda de legitimidade desta tutela. Isto porque não se consegue apurar e punir parcela significativa desta criminalidade, deixando a sociedade com a sensação de impunidade e impotência do ramo penal, que, em tese, é o mais enérgico dos ramos do Direito.

Desde os tempos de Beccaria⁴⁴³ já se reconhece esta função intimidativa do Direito Penal e como ela pode se tornar inócua, caso passe a ser desacreditada pela população não delinqüente:

A certeza de um castigo, mesmo moderado, sempre causará mais intensa impressão do que o temor de outro mais severo, unido à esperança da impunidade, pois, os males, mesmo os menores, quando certos, sempre surpreendem os espíritos humanos, enquanto a esperança, dom celestial que frequentemente tudo supre em nós, afasta a idéias de males piores, principalmente quando a impunidade, outorgada muitas vezes pela avareza e pela fraqueza, fortalece-lhe a força.

Por óbvio. No tocante ao expansionismo penal na esfera econômica, pode-se dizer que a função de advertência que inibe a sociedade, evitando o cometimento de crimes, desaparece a passos largos. O Direito Penal passa da característica de *ultima ratio* para a *prima ratio* ou até mesmo a nenhuma razão! O Direito Penal perde seu caráter intimidativo na exata medida em que passa a ser um ramo desacreditado socialmente.

A doutrina já salienta o “esvaziamento” do Direito penal enquanto força intimidativa, e isto se dá, unicamente, por conta da criação excessiva e sem critérios de tipos penais.

e rotulados como criminosos, em geral), marcados pela posição estrutural (fora do mercado de trabalho) e institucional (dentro do sistema de controle), como amostra do que acontece aos que recusam a socialização pelo trabalho assalariado. Em síntese, os objetivos da pena criminal (e do aparelho carcerário) podem ser definidos por uma dupla reprodução: reprodução das desigualdades sociais fundadas na divisão da sociedade em classes sociais antagônicas, e reprodução de um setor de marginalizados/criminalizados (no circuito da reincidência criminal), cuja função é manter a força de trabalho ativa integrada no mercado de trabalho, como força produtiva dócil e útil, intimidados pela ‘inferiorização’ social resultante da insubordinação à disciplina do trabalho assalariado.” (SANTOS, Juarez Cirino dos. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985, p. 291).

⁴⁴³ BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e das Penas*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 87.

Carnelutti⁴⁴⁴ fala em inflação, ou (hiper)inflação legislativa, comparando os efeitos da adoção desenfreada de tipos penais aos da inflação monetária, já que “desvalorizam as leis, e no concernente às leis penais, aviltam a sua eficácia preventiva geral”.

Outro ponto questionável é a “ressocialização”⁴⁴⁵ do criminoso de colarinho branco. Ele não é um degradado social que busca no crime o atendimento a suas necessidades básicas. Ao contrário, é alguém com extrema astúcia, que procura tirar proveito de fragilidades do sistema econômico-financeiro. É alguém que simplesmente sente “profundo desprezo pela ordem jurídica”⁴⁴⁶

Suas atividades são sempre vistas como simples *negócios*, não tendo a sociedade a real dimensão da possibilidade da lesão que as condutas antieconômicas podem revelar. É um total aproveitamento do mau funcionamento do sistema, com intenção de se obter sempre os maiores lucros do mercado.

Qual a função que a pena exercerá sobre este indivíduo? O Estado pretende encarcerá-lo para aplicar o sistema corretivo? Ou, a existência, por si só, de tipos penais em legislação especial basta para o exercício da função de prevenção negativa, de intimidação?

João Marcello de Araújo Júnior resume completamente o problema de se utilizar o sistema penal para a criminalização de condutas antieconômicas:

As tendências do pensamento criminal do nosso tempo, no terreno de que estamos nos ocupando podem ser assim resumidas: em primeiro lugar é generalizada a descrença na capacidade do sistema de justiça penal eliminar a criminalidade pois, acredita-se que o sistema penal possua eficácia muito pequena, como instância formal de controle social. Em segundo lugar, embora a pena continue a ser aquele processo de diálogo a que se refere o ilustre Ariel Dotti, na mais se confia no seu efeito ressocializador forçado. Em terceiro lugar, as investigações atuais demonstraram a inutilidade dos movimentos de lei e ordem, que preconizam a intimidação exercida através da ameaça penal violenta, na qual aparecem como carro-chefe as penas privativas de liberdade de longa

⁴⁴⁴ *Apud* LUISI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 28.

⁴⁴⁵ Jorge de Figueiredo Dias entende que “também o crime econômico revela, em princípio, um ‘defeito de socialização’ – que não tem que ver com a ‘weltanschauung’ do delinqüente, com a estabilização de sua inserção social (cultural, econômica, familiar) na comunidade, mas concretamente com a sua atitude pessoal perante uma especial orientação estatal em matéria sócio-econômica.” DIAS, Jorge de Figueiredo. *Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico*. In: PODVAL, Roberto. (org.). *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000, p. 129-130.

⁴⁴⁶ ARAÚJO JÚNIOR. João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 57.

duração. Por último, entende-se que o Direito Penal não é o único nem muito menos o melhor instrumento de combate à criminalidade, devendo, face ao custo social da sua execução, ser a *ultima ratio* do sistema de defesa social.⁴⁴⁷

Nenhuma das funções da pena é, pois, cumprida. A uma, porque a pena privativa de liberdade é única espécie de pena cominada para a grande maioria destes delitos, mesmo com a possibilidade de sua posterior conversão em pena restritiva de direitos, para criminosos com pena aplicada inferior ou igual a quatro anos (e outros requisitos subjetivos). A duas, porque o encarceramento já vem demonstrando falhas para os criminosos ditos tradicionais, pessoas que precisam, realmente, ser inseridas na sociedade (e aí não se fala em ressocialização, mas em inserção social). A três, o caráter de reeducação, certamente, não é o que se espera da pena aplicada ao criminoso econômico.

João Marcello Araújo Júnior indica que “para homens socialmente ajustados, que desprezam arrogantemente a ordem jurídica, o rigor da pena não deve se caracterizar pela quantidade de anos de privação de liberdade, mas sim pela forma de sua execução.”⁴⁴⁸ É preciso, então, selecionar qual a sanção mais adequada⁴⁴⁹ a esta nova modalidade de criminosos, com características tão peculiares. O Direito Penal e suas “velhas” funções não se mostra apto a fundamentar a punição destes crimes. A menos que a função da pena seja meramente retributiva⁴⁵⁰, retornando-se aos tempos revoltos da pena enquanto fim em si mesma⁴⁵¹.

Realmente, se não se pode falar em prevenção especial, exercida sobre o sujeito delinqüente, a função de prevenção geral, de intimidação, é ainda mais enxovalhada.

⁴⁴⁷ Ibidem, p. 54-55.

⁴⁴⁸ Ibidem, p. 58.

⁴⁴⁹ “É, pois, necessário selecionar quais penas e quais os modos de aplica-las, de tal modo que, conservadas as proporções, causem impressão mais eficaz e mais duradoura no espírito dos homens, e a menos tormentosa no corpo do réu.” (BECCARIA, Cesare Bonesana. *Dos Delitos e das Penas*. 2.ed. rev. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 52).

⁴⁵⁰ “A reação social em relação a essas pessoas portanto, há de ter caráter marcadamente retributivo e não de ‘tratamento’. Não existe nenhuma contradição entre o que acabamos de afirmar e todo o restante do nosso pensamento contrário à posição neoclássica retributiva-punitiva, pois não estamos no campo da criminalidade tradicional. No Direito Penal Econômico deparamo-nos com um tipo especial de autor e, além disso, para ele estamos recomendando penas de curta duração, cuja fundamentação não pode ser outra.” (ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995, p. 58).

⁴⁵¹ “A idéia da retribuição é portanto idéia central do Direito Penal. A pena encontra razão de ser no seu caráter retributivo. A retribuição é uma das idéias-forças de nossa civilização. Pode mesmo dizer-se que a idéia da retribuição é própria de todo tipo de civilização que não renegue os valores supremos e se ajuste às exigências espirituais da natureza humana.” BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Red Livros, 2000, p. 635.

Estas espécies de crimes e de criminosos contam com um forte aliado: a sociedade e a sua permissibilidade. É que o “juízo da sociedade é de tolerância e de compreensão para a maior parte das violações da vida econômica.”⁴⁵²

O grande público, que é vítima desta espécie de delinquência, pois se trata de vitimização difusa, 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 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 Pimentel⁴⁵³ 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”.

E, esta realidade descrita remonta ao ano de 1944. Atualmente, pode-se, seguramente, afirmar que a situação é semelhante ou ainda mais agravada, apesar de diversos países, através de acordos internacionais e no intuito de garantir a segurança dos mercados, terem adotado legislação *penal* no combate a estas práticas.

Por diversas vezes, assiste-se a matérias jornalísticas dando conta de atuações policiais e prisões temporárias decretadas contra estes criminosos de colarinho branco, passando-se à população a idéia de igualdade, de que todos são iguais perante a lei e que pessoas da classe social mais abastada também pode ser encarcerada. Pura falácia, pois, utilizando-se

⁴⁵² CORREIA, Carlos. *Novas críticas à penalização de actividades económicas. Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*. vol. I. problemas gerais. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 366.

⁴⁵³ 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.

e abusando dos direitos da ampla defesa, estes criminosos raramente chegam a ser condenados e cumprir pena privativa de liberdade. O espetáculo inicial serve como uma antecipação da pena definitiva, para, ao menos, passar à sociedade uma imagem menos seletiva do sistema penal.⁴⁵⁴

E, estes atores criminosos, findo o encarceramento cautelar, voltam a atuar no mercado financeiro livremente. Dinheiro “limpo”, dinheiro “sujo” e dinheiro “negro” convivem, há muito, no sistema, de forma harmônica e camuflada. O dinheiro da lavagem, de sua feita, não foge a esta realidade, pois, como já visto, movimenta cerca de 2% do PIB⁴⁵⁵ (Produto Interno Bruto) mundial!

5.3 QUEBRANDO PARADIGMAS: DEMONSTRAÇÃO QUE FATORES LEGÍTIMOS E ILEGÍTIMOS CONVIVEM NO MERCADO DE CAPITAIS.

Não se trata este tópico de uma (re)leitura ou novos questionamentos sobre a *Law and Economics*⁴⁵⁶, pois, como se viu, este é o ramo que estuda o impacto da interferência jurídica na ordem econômica. Ao contrário: o que se pretende é mostrar que, mesmo com toda a ingerência jurídica sobre o sistema econômico, haverá sempre a “mistura” de fatores legítimos e ilegítimos no mercado.

A dualidade existente entre mercado formal e informal apresenta-se com os seguintes enfoques: a economia formal sofre constante 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.⁴⁵⁷

⁴⁵⁴ CASTELLAR, João Carlos. *Insider trading e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 46 et seq.

⁴⁵⁵ Disponível em <https://www.coaf.fazenda.gov.br>

⁴⁵⁶ ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

⁴⁵⁷ RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios em antirriminologia*. TANGERINO, Davi de Paiva Costa ; BOITEUX, Luciana; PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 69.

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.⁴⁵⁸

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.⁴⁵⁹

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.

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.⁴⁶⁰

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

⁴⁵⁸ 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.

⁴⁵⁹ RUGGIERO, Vincenzo. *Crimes e mercados: ensaios em antirriminologia*. TANGERINO, Davi de Paiva Costa ; BOITEUX, Luciana; PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, p. 70.

⁴⁶⁰ 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.

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.⁴⁶¹

Paulo Salvador Frontini⁴⁶² 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”, atuando estes, na maioria dos casos, com ausência de dolo:

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.

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).⁴⁶³

Entretanto, o próprio mercado apresenta seus mecanismos de autodefesa, já que empresas e organizações desenvolvem mecanismos externos, extrajurídicos de 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.⁴⁶⁴ As condutas antieconômicas são combatidas e a confiança nos negócios é preservada, sem a tutela jurídica, muito menos a tutela penal.

A própria Lei 9.613/98 reconhece a importância e a esfera de combate que pode ser efetivada, antes mesmo de se trabalhar com a tutela penal. Dispõe, destarte, a partir do

⁴⁶¹ RUGGIERO, Vincenzo, op. cit., p. 71.

⁴⁶² 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.

⁴⁶³ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 2.

⁴⁶⁴ CORREIA, Carlos. *Novas críticas à penalização de actividades económicas. Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*. vol. I. problemas gerais. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 366.

art. 9º, das formas administrativas de combate à lavagem. Justifica-se a adoção destas medidas no sentido de facilitar os procedimentos investigatórios. Para tanto “são definidos pelo projeto os sujeitos e suas respectivas obrigações, as sanções pelo não cumprimento dessas obrigações, as atribuições dos órgãos governamentais fiscalizadores” e, por fim, trata-se da “estrutura e competência do Conselho de Combate a Atividades Financeiras Ilícitas - COAF, órgão com a específica função de investigar as suspeitas da prática de operações de lavagem de dinheiro”⁴⁶⁵.

Neste sentido, o texto legal dispõe sobre a necessidade de “identificação dos clientes e manutenção de registros” por parte daquelas pessoas jurídicas que operem no mercado financeiro. Segundo art. 12 da Lei 9.613/98, o Banco Central será o responsável pela centralização destes dados, “formando o cadastro geral de correntistas e clientes de instituições financeiras, bem como de seus procuradores.”

Esta pode 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 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”⁴⁶⁶.

Raúl Cervini⁴⁶⁷ indica alguns problemas em se admitir no mercado ativos de origem ilícita (sobretudo aqueles que estão sendo reintegrados, após processo de lavagem): erros na formulação de políticas financeiras, devido a falsas estatísticas de mercado, que incluem os proventos da lavagem; volatilidade do câmbio e das taxas de interesses nos investimentos, por conta de transferências imprevistas; criação de base de passivo instável e estrutura de ativos pouco sólidas de instituições financeiras, com risco de crise

⁴⁶⁵ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM n° 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996

⁴⁶⁶ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM n° 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996.

⁴⁶⁷ CERVINI, Raúl; TERRA DE OLIVEIRA, William; GOMES, Luiz Flávio, *Lei de Lavagem de Capitais*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 104-105.

sistêmica; efeitos sobre a (baixa) arrecadação de impostos; e, principalmente, efeito de contaminação sobre as transações legais.

É tão comum como provável que o mercado financeiro – e fala-se, aqui, em âmbito nacional, por conta dos dados obtidos – esteja tão habituado à convivência harmônica entre dinheiro das mais variadas origens, que retirar de circulação os valores “negros” e “sujos” poderia causar verdadeiro colapso.

Enquanto órgão fiscalizador, vinculado ao Ministério da Fazenda, o COAF (Conselho de Controle de Atividades Financeiras) é um órgão de Inteligência Financeira, e foi criado com a Lei 9.613/98. 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.”⁴⁶⁸

O COAF, portanto, recebe diversas comunicações acerca de movimentações tidas como suspeitas, advindas dos mais variados setores. Em dados atualizados até maio de 2009, o COAF⁴⁶⁹ informa a quantidade destas comunicações, e os setores responsáveis por estes balanços. Logicamente, nem todas as operações consideradas suspeitas revelam alguma espécie de ilegalidade. Porém, os dados obtidos refletem a convivência dos fatores legítimos e ilegítimos no mercado financeiro, não existe um mercado são e outro enfermo, sendo ambos parte do mesmo Sistema.

	1999 a 2002	2003	2004	2005	2006	2007	2008	2009	TOTAL
Setores Regulamentados pelo COAF	5.320	869	755	13.747	8.458	11.870	16.602	6.911	64.531
Bingos	2.454	19	7	0	0	0	0	0	2.480
Bolsas de Mercadorias	0	0	0	0	0	0	2	0	2
Cartões de Crédito	101	88	4	3	0	70	96	243	605

⁴⁶⁸ EXPOSIÇÃO DE MOTIVOS DA LEI 9613. EM nº 692 / MJ. Brasília, 18 de dezembro de 1996.

⁴⁶⁹ Disponível em: <https://www.coaf.fazenda.gov.br/conteudo/estatisticas/comunicacoes-recebidas-por-segmento/> Acesso em: 26 jul. 2009.

Compra e Venda de Imóveis	2.287	619	630	750	747	1.736	2.766	973	10.508
Factoring	84	1	27	12.892	7.610	8.828	12.462	5.051	46.955
Jóias, Pedras e Metais Preciosos	9	0	1	0	0	4	23	9	46
Loterias e Sorteios	382	140	84	101	101	197	261	164	1.430
Objetos de Arte e Antiguidades	1	1	2	0	0	2	0	1	7
Transferência de Numerários	1	1	0	1	0	1.033	992	470	2.498
Setores com Órgão Regulador Próprio	12.400	6.299	8.295	15.381	14.435	129.706	344.697	1.297.188	1.828.401
Sistema Financeiro - Operações Atípicas (Bacen)	12.096	5.405	7.086	12.593	10.942	15.842	17.389	7.581	88.934
Seguros (SUSEP)	275	879	1.169	2.505	3.100	112.856	305.498	1.287.111	1.713.393
Bolsas (CVM)	20	13	12	178	192	287	821	396	1.919
Fundos de Pensão (SPC)	9	2	28	105	201	721	20.989	2.100	24.155
Sistema Financeiro - Operações em Espécie (Bacen)	0	33.358	76.102	129.489	171.107	193.788	284.486	132.138	1.020.468
Total	17.719	40.526	85.152	158.617	194.000	335.364	645.785	1.436.237	2.913.400

Fonte: SisCOAF

E, estas operações suspeitas, até que se ultimem as investigações, até que se operem os cruzamentos de dados com outros setores, por exemplo, a Receita Federal e as declarações de Imposto de Renas, continuarão a produzir seus efeitos, demonstrando que o fenômeno da criminalidade financeira já faz parte do Sistema, sendo impossível separar os atores lícitos e ilícitos nestas operações.

Ainda, das operações consideradas suspeitas, nem todas chegarão à instância do processo penal e, muito menos, à fase de condenação, exatamente por envolver rede complexa de negociações, exigindo-se um sistema de investigações célere e profissionais

especializados para a perseguição. Neste ponto, forma-se o que se pode denominar de cifras ocultas da criminalidade econômica.

5.3.1 Centro off-shores e paraísos fiscais

Corroborando a problemática das investigações nesta seara, pode-se apontar o constante uso dos chamados centros off-shores e os paraísos fiscais. Tais práticas impedem, basicamente, o rastreamento do dinheiro, visto depender de uma cooperação internacional neste combate.

Os chamados “paraísos fiscais”⁴⁷⁰ são países ou dependências que não efetuam a tributação da renda, ou que a tributam à alíquota inferior a 20% ou, ainda, que possuem uma legislação que garante o sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade, oferecendo oportunidades atraentes e vantajosas para a movimentação de recursos.

São locais mundialmente conhecidos, denominados “*tax haven*” na língua inglesa, “*paradis fiscal*” na francesa, “*steuer oase*” na alemã, “*paradiso fiscale*” na italiana, “*paraiso fiscale*” na espanhola e paraíso fiscal na legislação portuguesa e pátria.

Inicialmente, foram utilizados somente como forma de evasão de divisas (art. 22 da Lei 7.492/86). Porém, atualmente, é a principal ferramenta utilizada na lavagem de capitais.

⁴⁷⁰ Os dados mais atualizados neste sentido, indicam que existe mais de cinquenta localidades considerados como paraísos fiscais. A Instrução Normativa SRF nº 188, de 06 de agosto de 2002, dispõe:

“Consideram-se países ou dependências que não tributam a renda ou que a tributam à alíquota inferior a 20% ou, ainda, cuja legislação interna oponha sigilo relativo à composição societária de pessoas jurídicas ou à sua titularidade as seguintes jurisdições: Andorra; Anguilla; Antígua e Barbuda; Antilhas Holandesas; Aruba; Comunidade das Bahamas; Bahrein; Barbados; Belize; Ilhas Bermudas; Campione D’Italia; Ilhas do Canal (Alderney, Guernsey, Jersey e Sark); Ilhas Cayman; Chipre; Cingapura; Ilhas Cook; República da Costa Rica; Djibouti; Dominica; Emirados Árabes Unidos; Gibraltar; Granada; Hong Kong; Lebuán; Líbano; Libéria; Liechtenstein; Luxemburgo (no que respeita às sociedades holding regidas, na legislação luxemburguesa, pela Lei de 31 de julho de 1929); Macau; Ilha da Madeira; Maldivas; Malta; Ilha de Man; Ilhas Marshall; Ilhas Maurício; Mônaco; Ilhas Montserrat; Nauru; Ilha Niue; Sultanato de Omã; Panamá; Federação de São Cristóvão e Nevis; Samoa Americana; Samoa Ocidental; San Marino; São Vicente e Granadinas; Santa Lúcia; Seychelles; Tonga; Ilhas Turks e Caicos; Vanuatu; Ilhas Virgens Americanas; Ilhas Virgens Britânicas.” Informações disponíveis em site oficial: www.receita.fazenda.gov.br.

Este fato se dá, precipuamente, por estas localidades admitirem e assegurarem o sigilo bancário e o anonimato dos titulares de pessoas jurídicas.⁴⁷¹

O mais grave dos problemas gerados a partir deste conceito de paraíso fiscal está, sem dúvida, na adoção das chamadas contas numeradas. Desta forma, é admitido o não fornecimento de CPF (cadastro de pessoa física) nem o CNPJ (cadastro de pessoa jurídica) no momento de abertura de uma conta em instituições financeiras localizadas nestes setores. Somente pessoas do alto escalão das instituições financeiras possuem informações sobre os verdadeiros titulares.

Percebendo a gravidade e o enorme impacto no mercado financeiro internacional que este dinheiro de procedência duvidosa pode gerar, o governo dos Estados Unidos tem exigido das instituições financeiras a adoção de uma política preventiva baseada no *know your customer* (conheça seu cliente). Apesar de não haver lei ou regulamento que determine tal conduta, esta dinâmica de organização e de conhecimento da clientela, os bancos têm-se aprimorado neste conhecimento, cadastro e comunicação de atividades suspeitas.⁴⁷²

O sistema de comunicações de atividades não usuais também foi adotado na legislação pátria, quando da criação, através da Lei 9.613/98, do órgão consultivo e fiscalizador denominado COAF.

Por centros off-shores, de sua feita, deve-se compreender os centros bancários extraterritoriais não submetidos ao controle das autoridades administrativas de nenhum país, sendo, portanto, isentos de qualquer tipo de controle. Os centros off-shore e os paraísos fiscais representam (em tese) uma finalidade legítima e uma justificação de cunho comercial (internacional), embora estejam envolvidos diretamente nos principais casos de lavagem de dinheiro descobertos nos últimos anos envolvendo organizações criminosas na execução de manobras ilegais.

Da mesma maneira, e sob o manto da legalidade, em 27 de fevereiro de 1969 foi editada no Brasil a Carta Circular número 5, pelo Banco Central, com o objetivo (lícito e inicial) de aumentar a oferta de dólares no mercado nacional. As contas CC-5 (como passaram a

⁴⁷¹ 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. 42.

⁴⁷² MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006. p. 67.

ser amplamente conhecidas) tinham a finalidade de oportunizar a pessoas físicas ou jurídicas residentes ou com sede no exterior, a circulação de dinheiro, através de bancos autorizados a operar com câmbio (conversão de moedas nacionais e estrangeiras).⁴⁷³

Logicamente, a intenção inicial foi desvirtuada, e o Banco Central, a fim de fiscalizar as operações de câmbio, através da Resolução/BACEN n° 1.946, de 29 de julho de 1992, regulamentada pela Circular/BACEN n° 2.242 de 07 de outubro de 1992 criou o SISBACEN, sistema de informações do Banco Central do Brasil, para a comunicação de qualquer movimentação em moeda nacional entre contas correntes de pessoas residentes no Brasil para pessoas residentes no estrangeiro.

Ainda com todo o aparato preventivo que foi criado por conta do inevitável crescimento de operações bancárias internacionais, é possível verificar um sem-número de operações que escapam a estes mecanismos de controle. E, livremente, estão postas no mercado, convivendo com os ativos de procedência lícita.

5.3.2 As cifras douradas da criminalidade econômica e o labeling approach

Sabe-se que, pela quantidade de crimes praticados, nem todos eles 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. Sobre estes dados, indica Sutherland⁴⁷⁴:

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.

Existe o que Luciano Feldens denomina de “criminalidade legal”, no sentido de número de crimes conhecidos oficialmente; “criminalidade aparente”, que são os crimes que

⁴⁷³ 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. 97-98.

⁴⁷⁴ SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de Criminologia*. São Paulo : Livraria Martins, 1949, p. 40.

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.⁴⁷⁵

Estes crimes que se “perdem” formam o que se denomina de cifra negra⁴⁷⁶ 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 o número de crimes que ocorre na prática não corresponde aos dados oficiais em seu combate.

Isto se deve, 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), pressões exercidas sobre os denunciantes, recursos a advogados de renomado prestígio, manipulação processual.⁴⁷⁷

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, até mesmo os delegados, magistrados e membros do Ministério Público fazem parte do mesmo ciclo social que estes criminosos, visto se tratar de pessoas com nível sócio-econômico elevado. Os membros do Judiciário se identificam, de algum modo, com estas pessoas, diferente do que ocorre com outras formas de criminalidade.

⁴⁷⁵ 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.

⁴⁷⁶ Esta nomenclatura remete à leitura da obra de Lola Aniyar de Castro, quem primeiramente tratou da matéria. (*Criminologia da Reação Social*. Rio de Janeiro: Forense, 1983, p. 68-69).

⁴⁷⁷ 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.

E o que dizer, então, do legislador? No Brasil, são tantos os casos e “escândalos” envolvendo agentes políticos nestas espécies de crimes, alguns, inclusive, já retratados neste trabalho, que se pode mesmo questionar a legitimidades destes autores de leis e de crimes de colarinho branco a um só tempo.

Em se tratando especificamente da criminalidade destas classes “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 Séverin⁴⁷⁸ que “além da cifra negra de delinqüentes que escapam a toda investigação oficial, existe uma cifra dourada de criminosos que têm o poder político e o exercem impunemente, [...] ou que dispõem de um poder econômico que se desenvolve em detrimento da sociedade.”

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.

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.

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

⁴⁷⁸ SÉVERIN, Carlos Versele. A cifra dourada da delinqüência. *Revista de Direito Penal*, n. 27, Rio de Janeiro: Forense, 1980, p. 5.

conceito de delinqüente⁴⁷⁹. 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 penitenciárias. Delinqüente, 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 delinqüente.⁴⁸⁰

Desta forma, justifica-se a nomenclatura *labeling approach*, que significa teoria da rotulação ou da etiquetagem.⁴⁸¹ O conceito de criminoso é deslocado da ação para a reação. Não mais se questiona porque o sujeito delinqüiu, e sim “por que é que algumas pessoas são tratadas como criminosas, quais as conseqüências desse tratamento e qual a fonte de sua legitimidade?”⁴⁸²

Tem-se um papel extremamente discriminatório e seletivo⁴⁸³ 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.”⁴⁸⁴

⁴⁷⁹ 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).

⁴⁸⁰ 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.

⁴⁸¹ SCHECARIA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2008, p. 287.

⁴⁸² *Ibidem*, p. 291.

⁴⁸³ “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.

⁴⁸⁴ 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.

Algumas mudanças⁴⁸⁵ 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 choque cultural da reinserção; ainda, com a Reforma, as penas de natureza alternativa passam a ter maior aplicabilidade, evitando a estigmatização do cárcere.

5.3.3 A Criminologia Crítica e as teorias deslegitimadoras: breves apontamentos sobre o Abolicionismo e o Minimalismo

Percebendo a seletividade do sistema penal, a sua disfunção (enquanto mau funcionamento), o exercício de funções negativas (prisões enquanto condições degradantes, longe do sistema ressocializador), era necessário uma tomada de posição mais arrojada, mais crítica com relação ao Direito Penal.

Criminologia crítica é construída a partir de uma mudança do objeto de estudo: o objeto é deslocado da criminalidade, para a criminalização, como realidade construída, mostrando o crime como qualidade que se atribui a determinados comportamentos ou pessoas pelo sistema de justiça criminal. A criminalidade, portanto, é construída por “processos seletivos fundados em estereótipos, preconceitos e outras idiossincrasias pessoais, desencadeados por indicadores sociais negativos de marginalização, desemprego, pobreza, moradia em favelas, etc.”⁴⁸⁶

Alessandro Baratta indica que o grande ponto crítico é a mudança de enfoque: a Criminologia crítica desloca-se do comportamento desviante para os mecanismos de controle social deste comportamento. O Direito Penal passa a ser estudado enquanto sistema dinâmico de funções, passando-se por três mecanismos de controle: a produção

⁴⁸⁵ SCHECARIA, Sérgio Salomão, op.cit., p. 309.

⁴⁸⁶ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal*. Trabalho apresentado na XIX Conferência Nacional dos Advogados (25-30 de setembro de 2005), Florianópolis, SC. p. 1.

de normas (que é a criminalização primária); a aplicação das normas, através do processo penal – desde os órgãos investigativos até o juízo (criminalização secundária); e os mecanismos de execução penal – penas ou medidas de segurança (criminalização terciária).⁴⁸⁷

É uma corrente criminológica que busca desmistificar a idéia de igualdade na aplicação do Direito Penal, fundada nos conceitos de proteção igualitária de todos os cidadãos e dos bens jurídicos essenciais e aplicação igualitária da lei penal, caso haja a transgressão das normas penais. As críticas a estas bases ideológicas são várias: primeiramente, o Direito Penal não pune toda e qualquer lesão a bens jurídicos (até por conta de seu caráter fragmentário) e também há punições desiguais, por haver certa hierarquia de valores entre os bens protegidos; o *status* de criminoso é variável, a depender do indivíduo envolvido na conduta desviante; o *status* criminoso não diz respeito necessariamente à danosidade social e gravidade de infrações à lei, senão, às condições pessoais daquele que comete a infração.⁴⁸⁸

Para se entender um pouco deste caráter discriminatório, basta uma breve análise da política implementada na cidade de Nova York, pelo então prefeito Rudolph Giuliani, a denominada idéia da “janela quebrada” (*broken windows theory*), fruto de um movimento de Lei e Ordem (*Law and Order*) que visa à resolução dos problemas enquanto ainda são pequenos. Caso uma janela seja quebrada e não haja imediato conserto, logo as demais também serão danificadas e, a partir daí, crimes mais graves passarão a ser praticados.⁴⁸⁹

Indica Shecaira que, a base ideológica desta teoria encontra-se no “desarranjo” das classes pobres, sendo terreno fértil para a criminalidade. O pensamento regente da proposta adotada em Nova York é, através do combate a condutas que destoam do cotidiano, como pichadores, mendigos, fazer recuar as grandes patologias criminais.⁴⁹⁰

⁴⁸⁷ 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. 161.

⁴⁸⁸ 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. 163.

⁴⁸⁹ WACQUANT, Loïc. *As Prisões da Miséria*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001. p. 26.

⁴⁹⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008. p. 331.

Da mesma maneira, encontra-se o pensamento de Günther Jakobs, em dividir a sociedade em grupos, indicado haver pessoas consideradas como inimigos sociais (pessoas que não se adaptam ao seio social: criminosos econômicos, terroristas, delinquentes organizados, autores de delitos sexuais e outras infrações penais perigosas). Para estes sujeitos, três realidades devem-se impor: possibilidade de antecipação da punição como resposta imediata à criminalidade; desproporcionalidade das penas, com a relativização ou supressão de certas garantias processuais; criação de leis severas direcionadas à clientela especial.⁴⁹¹

Combatendo todos estes modelos de expansão e de aplicação de um Direito Penal máximo e rigoroso, surge, entre os anos 60 e 70, nos Estados Unidos, os movimentos criminológicos deslegitimadores, o Abolicionismo e o Reduccionismo (Minimalismo), questionando o próprio sistema penal enquanto instrumento válido de controle social.⁴⁹²

Os principais abolicionistas, como Alessandro Baratta e Zaffaroni, indicam o Minimalismo enquanto meio, até que se atinja a inexistência de Direito Penal. O movimento abolicionista prega, portanto, o desaparecimento gradual não só do Direito Penal, mas de todo o sistema de justiça penal (Judiciário Penal, Ministério Público, polícia, penitenciária). O argumento mais contundente é que o sistema repressivo penal é tão falho, que sua aplicação gera mais problemas do que a sua ausência.⁴⁹³

Diversas outras razões podem ser indicadas para fundamentar a idéia de abolir o “problema” do Direito Penal. A primeira, é que a sociedade já vive sem a reprimenda de caráter penal, e isto é facilmente observado através das chamadas cifras negras da criminalidade, assunto já abordado. Em seguida, a própria idéia de função da pena é inexistente, seja em seu caráter geral, com a dissuasão da prática de crimes pela sociedade ainda não delinqüente, seja pela ausência de finalidade ressocializadora. O sistema, ainda, é seletivo, é estigmatizante, é formado por uma clientela habitual, e isso

⁴⁹¹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. trad. Garcélia Batista de Oliveira Mendes. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. (org. e intro.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 43-49.

⁴⁹² QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 46.

⁴⁹³ Idem. *Ibidem*. p. 48.

não significa que estas pessoas cometeram mais crimes, significa que o sistema é discriminatório.⁴⁹⁴

O Minimalismo, partindo das mesmas objeções feitas pelo Abolicionismo, entende que o Direito Penal é necessário, desde que reduzido a uma mínima aplicação. Ensina Paulo Queiroz que o “direito penal é um mal, mas um mal necessário, inevitável, que se impõe racionalizar e minimizar”.⁴⁹⁵

Ferrajoli indica a necessidade de um sistema penal, embora seja contrário às penas inutilmente aflitivas, sob o fundamento de que a pena não se presta somente à idéia de prevenção, ou retribuição; é que, através da pena, não se tutela somente a vítima do delito, senão o próprio delinqüente, frente às reações informais vindas do setor público quanto da vingança privada.⁴⁹⁶ Este é um modelo utilitarista reformado: as penas, além de servirem à função de prevenção, evitam reações desmesuradas ao delito.

5.4 (RE)PENSANDO A SUBSIDIARIEDADE E A FRAGMENTARIEDADE. NECESSIDADE DE NOVOS TIPOS PENAIIS (?)

Em que pese estes fortes movimentos indicando, cada vez mais, uma necessidade de retração do Direito Penal, vive-se um movimento oposto a esta opinião doutrinária: crescente tipificação de condutas que lesionam “novos bens jurídicos.” Ensina Rodríguez Estévez que “la expansión actual del derecho penal (sobre todo em materia penal económica y empresaria) no parece coincidir mucho con el discurso académico que postula un derecho penal mínimo.”⁴⁹⁷

⁴⁹⁴ SHECAIRA, Sérgio Salomão. Ob. cit. p. 344-345.

⁴⁹⁵ QUEIROZ, Paulo de Souza. Ob. cit. p. 60.

⁴⁹⁶ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995. p. 332-333.

⁴⁹⁷ 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: Ábaco de Rodolfo Desalma. 2000.

E, por mais que se questione a legitimidade do Direito Penal para tutelá-los, é inevitável aceitar que o próprio texto constitucional trabalha com este modelo de repressão às condutas desviantes.

Poder-se-ia dizer, então, que a própria Constituição Federal impõe a criminalização destas condutas, contrariamente à doutrina, que prega do Direito Penal mínimo e retraído? Feldens indica que duas posturas podem ser assumidas diante do texto constitucional que trabalha com estes “novos” bens jurídicos: negar as imposições constitucionais pela incriminação de tais condutas ou aceitá-las, porém as moldando à *ultima ratio* do sistema punitivo penal.⁴⁹⁸

É de se reconhecer que a própria Constituição, quando tratou de temas relacionados à sistemática penal, foi inequívoca, na grande maioria das passagens, em indicar expressamente a necessidade de tipificação das condutas. É o caso, por exemplo, da tutela à vida, em que a Lei Maior dispõe, em seu art. 5º, inciso XXXVIII que “é reconhecida a instituição do júri, com a organização que lhe der a lei, assegurados” e complementa na alínea “d) a competência para o julgamento dos crimes dolosos contra a vida,” ou do inciso XLI, que dispõe que “a lei *punirá* qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais.”⁴⁹⁹

Para uma tomada de posição e uma (re)visitação dos princípios da subsidiariedade e fragmentariedade, faz-se imperiosa uma leitura de excertos da Constituição no tocante à tutela da ordem econômica, como inovação realizada em 1988:

Art. 173 [...]

§ 5º - A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

Pode-se argumentar, no sentido de negar a imposição de criação de tipos penais, que o texto constitucional não foi expresso em tratar da responsabilidade *penal*. Porém, analisando dispositivo muito semelhante e atinente também à nova espécie de

⁴⁹⁸ 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. 94-95.

⁴⁹⁹ Observações feitas por Luciano Feldens, em completa oposição ao entendimento que a Constituição não impôs a obrigatoriedade da tutela penal em certos interesses. Ob. cit. p. 96-97.

criminalidade, percebe-se o direcionamento constitucional, pela adoção da responsabilidade penal.

Art. 225 [...]

§ 3º - As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados.

Desta forma, em total consonância com o texto constitucional, pode-se pretender admitir a tutela penal, com sua conseqüente expansão, para alcançar estes novos bens. Defende-se, inclusive, que o sentido de *ultima ratio* não estaria violado com esta nova intervenção: isto porque, por última razão, deve-se compreender a tutela penal para os interesses mais relevantes e que não poderiam ser tutelados por outros ramos, sem, contudo, frear a criação de novos tipos penais, caso se amoldem a esta realidade. É possível, pois, respeitar a *ultima ratio* e, a um só tempo, incriminar novas condutas, visto que estas seriam relevantes e merecedoras da tutela penal.

Costuma-se identificar o discurso do “direito penal mínimo” como um direito penal “bom” e garantista, enquanto qualquer forma de expansão é definida como “direito penal máximo”, visto como “mau”, pois não respeita as garantias individuais, sendo fruto de uma política totalitária do Estado. Mas, há de se questionar se o papel que se quer atribuir ao Direito Penal é de paralisia, desatento aos novos anseios e demandas da sociedade.⁵⁰⁰

Silva Sánchez indica que esta expansão do Direito Penal é fruto, efetivamente, ou da aparição de novos bens jurídicos, ou de uma valoração diferenciada sobre os mesmos já existentes. Por exemplo, tem-se o caso de bens jurídicos que, anteriormente, eram abundantes e hoje são escassos, como é o caso da proteção ao meio ambiente. E mais, alguns outros bens que se passou a tratar de maneira mais efetiva, por uma mudança social e cultural, como é o caso do patrimônio histórico-artístico.⁵⁰¹

O novo Direito Penal que se impõe, com as novas condutas incriminadas, portanto, não pode mais ser visto como um fenômeno ruim se atribui ao Direito Penal, sendo este

⁵⁰⁰ 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: Ábaco de Rodolfo Desalma. 2000. p. 89-90.

⁵⁰¹ 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. 11-12.

considerado “abusivo o malo.”⁵⁰² Resta analisar outros fatores que contribuíram para o aparecimento de novos tipos penais, para se determinar se este expansionismo é ou não razoável, se faz ou não parte do “bom” Direito Penal.

5.4.1 Possíveis Causas da Expansão do Direito Penal

Sabendo que o expansionismo do Direito Penal decorre, de fato, do aparecimento de novas demandas sociais, resta entender alguns outros fatores que fundamentam, ou, pelo menos, explicam este fenômeno do expansionismo.

Silva Sánchez⁵⁰³ e Rodriguez Estévez⁵⁰⁴ indicam algumas causas para a expansão do Direito Penal (embora o foco seja mais relacionado outros países da América Latina, pode-se transportar esta realidade também ao Brasil): efetiva aparição de novos riscos; a sensação de insegurança; o cidadão como potencial vítima de um delito; identificação da maioria social como vítima do delito; mudança de paradigma quanto ao delinqüente; impossibilidade real de solucionar os problemas de fundo; Direito Penal como instrumento eleitoral.

Com relação à aparição dos novos riscos, é preciso entender a evolução sócio-cultural da população como fonte produtora dos mesmos. O avanço das técnicas de indústria, da genética, da informática, das comunicações, trouxe consigo mais riscos e outras formas de delinqüência diferentes daquelas produzidas com um dolo direito, uma finalidade de atingir vítima certa e determinada. Exemplo desta demanda é a chamada ciberdelinqüência (por meio cibernético) e a criminalidade econômica desenvolvida pelas organizações criminosas.

O Direito Penal, então, surge como modelo de controle social, como forma de controlar as novas fontes produtoras de riscos. Resta discutir, então, “en qué medida el derecho

⁵⁰² ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. Ob. cit. p. 92.

⁵⁰³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Ob. cit. p. 13 e seg.

⁵⁰⁴ ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. Ob. cit. p. 93 e seg.

penal es una adecuada respuesta a esta demanda real de tutela y en qué medida puede llevarla a cabo eficazmente.”⁵⁰⁵

Silva Sánchez⁵⁰⁶ indica, acerca do problema da insegurança, três aspectos concretos: a dificuldade de adaptação da sociedade à constante evolução – a que chama “aceleración” (falta de domínio dos acontecimentos); outro ponto de insegurança é a falta de informações fidedignas, em que pese viver-se na sociedade do conhecimento; por último, a sociedade tecnológica exige, por conta da competitividade do mercado, uma sociedade de indivíduos sozinhos, com possibilidade de mobilidade, atinentes às demandas laborais.

Paralelo a isto, a mídia noticia a todo tempo índices alarmantes de violência, através de meios massivos de comunicação. O Direito Penal aparece, então, como forma de harmonizar, de equilibrar os problemas sociais.⁵⁰⁷ Bastam poucos minutos diante dos principais programas “policiais” da televisão brasileira para verificar o quanto a população acredita e confia no Direito Penal, havendo euforia para os casos em que ele é duramente aplicado.

Paralelo a este movimento enaltecido do Direito Penal, outro fator determinante para sua expansão é o descrédito em outras formas de proteção. Há uma certa desconfiança nas esferas administrativas de controle, até mesmo por conta das constantes notícias de corrupção ou atitudes fora dos limites do dever legal. Até mesmo no âmbito judiciário, o Direito Penal apresenta-se desvinculado de uma série de defeitos e problemas que caracterizam outras searas. Assim, não se busca somente o Direito Penal clássico, o “Derecho de policia”, mas se busca este ramo para sanar toda e qualquer demanda social, mesmo que para isso, seja necessário flexibilizar suas garantias.⁵⁰⁸

⁵⁰⁵ Idem. Ibidem. p. 95.

⁵⁰⁶ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Ob. cit. p. 21-22.

⁵⁰⁷ ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. Ob. cit. p. 95.

⁵⁰⁸ Sobre esta temática, adverte Silva Sánchez: “[...] Así, puede advertirse que, frente a los movimientos sociales clásicos de restricción del Derecho penal, aparecen cada vez con mayor claridad demandas de una ampliación de la protección penal que ponga fin, al menos nominalmente, a la angustia derivada de la inseguridad. Al plantearse esta demanda, ni siquiera importa que sea preciso modificar las garantías clásicas del Estado de Derecho: al contrario, éstas se ven a veces denostadas como demasiado ‘rígidas’ y se abona su ‘flexibilización’. A modo de mero ejemplo, valga aludir a la demanda de criminalización en materia medio-ambiental, económica, de corrupción política, en el ámbito sexual (así, el supuesto del acoso sexual o la pornografía infantil), el de la violencia familiar, etcétera.” Ob. cit. p. 32.

Outro fator de relevante importância neste movimento expansionista é a qualidade de vitimização que a sociedade se coloca frente aos problemas de desenvolvimento. Silva Sánchez indica que este fenômeno configura-se como uma sociedade de sujeitos passivos. O modelo de bem-estar fundado acostumou a sociedade a uma posição passiva: pensionistas, desempregados, destinatário de políticas públicas⁵⁰⁹. Desta maneira, a sociedade de risco surgida, sobretudo, com os modelos pós-industriais, e todos os malefícios trazidos com ela, não foram suportados pela sociedade-vítima. Em suma, diversos tipos de perigo foram criados com o fito de coibir qualquer ameaça (até mesmo abstrata) de lesão a bens jurídicos.

Há, como pano de fundo para esta expansão, uma mudança da concepção do próprio Direito Penal, demonstrando Silva Sánchez que “la espada del Estado contra el desvalido delincuente se pasa a una interpretación del mismo como la espada de la sociedad contra la delincuencia de los poderosos”⁵¹⁰

5.5 O GARANTISMO PENAL E A EFETIVA PROTEÇÃO DA ORDEM ECONÔMICA: NECESSIDADE DE COMPATIBILIZAÇÃO

Um dos principais fatores responsáveis pela incompatibilidade do atual modelo de proteção da ordem econômica com os preceitos e garantias individuais inscritos na Magna Carta consiste na insistência em transpor os tipos penais econômicos à esfera de tutela do Direito Penal tradicional. Sem parecer contraditório, ao mesmo tempo em que a Constituição “indicou” uma necessidade de tutela a esta nova demanda, é ela guardiã de uma série de princípios que não se podem deixar de observar no momento da incriminação.

Dizendo-se isso, percebe-se que não deve o Código Penal quedar-se inerte diante as crescentes demandas sociais, fechado à incorporação de novos bens jurídicos no seu

⁵⁰⁹ Idem. Ibidem. p. 33.

⁵¹⁰ Idem. Ibidem. p. 47.

âmbito de tutela, compreendendo-se, aqui, a lição ensinada por João Marcello de Araújo Junior⁵¹¹:

A lei, especialmente a penal, possui uma pretensão de eficácia que busca imprimir, sem nenhum sonho hegemônico, ordem e conformidade à realidade e nela influir. Com isso, tende a estabelecer a harmonia entre o ser e o dever-ser. Um Código Penal, portanto, deve captar o espírito do seu tempo para, com isso, lograr fazer com que, no seio da população, nasça a vontade inquebrantável de proteção aos bens e interesses jurídicos por ele tutelados. (grifou-se).

Neste sentido, destaca-se que as mesmas peculiaridades que conferem ao Direito Econômico o *status* de disciplina jurídica autônoma também reclamam do ordenamento pátrio uma tutela repressiva distinta, para a qual em nada serve a tradicional teoria geral do Direito Penal. Com isso, insistir na utilização do Direito Penal para a punição de agressões à ordem econômica representa, tão somente, uma tutela simbólica por parte do Estado. Diz-se isto porque não se pode compatibilizar esta nova sistemática repressiva com as tradicionais garantias intrínsecas à matéria criminal.

Mais até do que uma intervenção simbólica, a desnaturação do Direito Penal, marcada pela constante quebra de garantias, sob o pretexto de proteção da ordem econômica, representa uma nova face do *direito penal do inimigo*, preconizado por Günter Jakobs⁵¹². Neste caso, em verdade, inicialmente são “criados” os inimigos do Estado para, então, justificar a quebra de garantias. O rol de inimigos é apenas renovado ao longo dos anos, para adaptar-se à realidade social, imprimindo-lhe o temor que é necessário à legitimação da quebra de garantias, mas a manipulação do discurso é sempre a mesma.

Com isso, o “delinqüente econômico”, novo inimigo eleito pelo Estado para justificar o afastamento dos preceitos fundamentais aplicáveis a *todo* o Direito Penal (inclusive, portanto, no que tange aos delitos tradicionais), passa a não mais ser admitido para “participar dos benefícios do conceito de pessoa”⁵¹³

Apresentam-se então, três alternativas ao pronunciado impasse. A primeira delas é desnaturar as garantias penais constitucionais para que se possa admitir a elaboração de

⁵¹¹ ARAÚJO JÚNIOR. João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 30.

⁵¹² JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. trad. Garcélia Batista de Oliveira Mendes. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. (org. e intro.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

⁵¹³ GOMES, Luiz Flávio. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <www.ielf.com.br>. Acesso em 9 janeiro de 2009.

tipos abertos, imprecisos, cuja aplicação demande complementação, quer de lei em sentido estrito, quer de outras fontes normativas. Adotar uma tal proposta, entretanto, significa passar o ordenamento pátrio a admitir o retrocesso em matéria de direitos fundamentais, implicando irreparável prejuízo ao indivíduo.

Indica Eduardo Correia, sobre esta temática, que o alargamento da repressão de cunho criminal não pode transpor alguns limites, que o impedem de punir atos tentados como se fossem crimes consumados, impede a utilização abusiva dos crimes de perigo abstrato e impede a aceitação da negligência enquanto elemento subjetivo capaz de configurar o tipo penal (transportado-se para a realidade brasileira, alguns tipos penais econômicos trazem a modalidade do dolo eventual).⁵¹⁴

A segunda opção consiste em, insistindo-se na união da tutela repressiva da ordem econômica ao delitos penais tradicionais, aplicar todas as garantias já consagradas aos antigos tipos delitivos. Não se trata, também, de solução idônea, uma vez que acabaria por deixar os novos bens jurídicos sem a adequada proteção, dada a impossibilidade de o Direito Penal se adaptar à velocidade das mudanças nesta sistemática contemporânea.

Sendo assim, verificada a insuficiência do Direito Penal, em suas mais diversas “metástases”, não haveria motivos idôneos a justificar a sua expansão. Paradoxalmente, entretanto, as correntes minimalistas e abolicionistas vêm perdendo força no contexto contemporâneo, conforme destaca Jorge Guillermo Yacobucci:

De hecho, es una realidad verificable que el derecho penal ha sufrido cambios muy significativos en su metodología de análisis del delito. Por eso, aquí también se acostumbra decir que el derecho penal está en crisis. A pesar de esta afirmación, la realidad de nuestros días parece evidenciar una gran vitalidad del derecho penal, es decir, algo muy lejano al diagnóstico de la crisis. Hoy asistimos, por el contrario, a una verdadera expansión del derecho penal acompañada por el reclamo social de una mayor seguridad. Aún las corrientes que antes criticaban al derecho penal, aparecen en los últimos tiempos reclamando el uso del poder punitivo para responder a los “crímenes de los poderosos”, enfrentar la delincuencia económica [...].⁵¹⁵

⁵¹⁴ *Novas Críticas à penalização de actividades econômicas*. In: CORREIA, Eduardo. COSTA PINTO, Frederico Lacerda. et. al. *Direito Penal Económico e Europeu. Textos Doutrinários*. vol I. Problemas Gerais. Coimbra: Coimbra, 1998, p. 370.

⁵¹⁵ YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *Los desafíos del nuevo derecho penal*. In *Novos desafios do Direito Penal no terceiro milênio: estudos em homenagem a Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 29.

Esta expansão do Direito Penal em frente a um crescente e inevitável processo de crise impõe novos desafios ao Direito moderno. O principal deles consiste na adoção de outras premissas, desta vez ajustadas às mudanças sociais, políticas e econômicas, levando-se em conta as recentes necessidades sociais, para a elaboração não só de um outro modelo de tutela, como também de novas conseqüências jurídicas.⁵¹⁶

A terceira proposta, portanto, na qual se ancora o presente estudo, consiste na utilização de um outro ramo jurídico para a repressão das ofensas contra a ordem econômica que não o Direito Penal. A utilização desta nova disciplina, a um só tempo, atende à necessidade de preservação das garantias penais aplicáveis aos chamados delitos tradicionais, e dispõe de uma proposta efetiva de tutela desta nova demanda, atenta para as suas peculiaridades.

5.5.1 O Direito Penal de segunda velocidade (ou sancionador)

Antes de tratar, efetivamente, do que se entende como atual alternativa ao Direito Penal, é importante ressaltar a observação feita por Silva Sánchez. É que, quando se defende que, para esta nova demanda de criminalidade (econômica, cibernética, ambiental) deve haver um novo “modelo” de Direito Penal, soa como se se defendesse repressão rígida, com penas privativas de liberdade, para os criminosos de camadas mais pobres, que cometem os chamados crimes patrimoniais, e um modelo mais *soft* para os criminosos de colarinho branco. E, não é isso. Não se trata de trabalhar com um Direito Penal do autor, mas com um conceito de danosidade social e de conseqüências jurídicas distintas.⁵¹⁷

Tal ramo jurídico passaria a ser responsável por uma moderna tutela repressiva, sobretudo voltada às condutas hoje definidas enquanto crimes econômicos. Tratar-se-ia, então, de uma espécie de “meio termo” entre o Direito Penal e o Administrativo, dispondo de um sistema de garantias menos exigente do que o Direito Penal, que passaria

⁵¹⁶ Idem. Ibidem. p. 44.

⁵¹⁷ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Ob. cit. p. 176-177.

a prever, de outro lado, sanções menos gravosas ao infrator, consoante esclarece o próprio Hassemer sobre o que denomina “Direito de Intervenção”⁵¹⁸:

De maior importância é que os problemas que mais recentemente foram introduzidos no Direito Penal sejam mais afastados dele. O Direito dos ilícitos administrativos, o Direito Civil, o Direito Público e também o mercado e as próprias precauções da vítima são setores nos quais muitos problemas, que o moderno Direito Penal atraiu para si, estariam essencialmente mais bem tutelados. Recomenda-se regular aqueles problemas da sociedade moderna, que levaram à modernização do Direito Penal, particularmente, por um “Direito de Intervenção”, que esteja localizado entre o Direito Penal e o Direito dos ilícitos administrativos, entre o Direito Civil e o Direito Público, que na verdade disponha de garantias e regulações processuais menos exigentes que o Direito Penal, mas que, para isso, inclusive, seja equipado com sanções menos intensas aos indivíduos. Tal Direito “moderno” seria não só menos normativamente grave, como seria também faticamente mais adequado para acolher os problemas especiais da sociedade moderna.

É esta a proposta ora defendida, de compatibilização da máxima efetividade com a menor restrição aos direitos fundamentais, de forma a promover uma efetiva “atualização” da ordem jurídica vigente, sem que isto represente, entretanto, a quebra de garantias. Silva Sánchez indica que, se as penas impostas forem mais próximas de um Direito Administrativo, não haverá problemas em flexibilizar os critérios de imputação e as garantias político-criminais.⁵¹⁹

Tal preocupação também é externada por Alexandre Wunderlich e Rodrigo Moraes de Oliveira⁵²⁰, para quem “a busca por novos modelos não pode redundar num *processo vazio de adjetivação da justiça criminal*” (grifos originais). Neste sentido, advertem os mencionados autores:

Justiça disso ou justiça daquilo representam signos que não têm significado algum. Os modelos não significam absolutamente nada se empregados isoladamente e fora do contexto do rígido sistema de garantias. O que importa é saber qual o nível de legitimidade que determinado modelo de justiça possui e qual a repercussão do modelo dentro do sistema de garantias constitucionais. Projetos bem alinhados, com bons propósitos e cheios de boas intenções devem, primeiro, antes de receberem nomes com alto apelo de *marketing*, ser testados diante do rígido sistema de garantias constitucionais. Um modelo alternativo de justiça, penal ou não penal, não pode renegar a principiologia constitucional.

⁵¹⁸ HASSEMER, Winfried. *Crisis y Características del Moderno Derecho Penal*. In Actualidad Penal. Madrid: Actualidad Editorial, S.A., 1993. p. 65-66.

⁵¹⁹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Ob. cit. p. 179.

⁵²⁰ 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. p. 233.

Bem ao contrário, todos os modelos devem passar pelo filtro de constitucionalidade, pois se é verdade que existem vários modelos de justiça criminal possíveis, é também verdadeiro que não existe outro sistema além do constitucional.

Silva Sánchez⁵²¹ resume o problema da “escolha” da sanção, indicando que só é possível esta nova aplicação da segunda velocidade, em casos em que não haja lesividade individual.

Para resumir, puede afirmarse que, en la medida en que la sanción sea de prisión, una pura consideración de proporcionalidad requeriría que la conducta así sancionada tuviera una significativa repercusión en términos de afectación o lesividad individual; a la vez procedería – precisamente por lo dicho – mantener un claro sistema de imputación individual (personal). Ahora bien, en la medida en que la sanción no sea de prisión, sino privativa de derechos o pecuniaria, parece que no habría que exigir tan estricta afectación personal; y la imputación tampoco tendría que ser tan abiertamente personal. La ausencia de penas ‘corporales’ permitiría flexibilizar el modelo de imputación.

Entender o sistema penal como um “mal necessário”, porém, não perder de vista o seu caráter subsidiário e fragmentário é, sem dúvida, deixá-lo expandir racionalmente, atento às mudanças sociais. Afora isso, tentar “adaptar” o “bom e velho Direito Penal liberal”⁵²² é continuar aplicando-o irracionalmente, quebrando garantias em nome de uma proteção que nunca existiu de fato, nem para os clássicos bens jurídicos, nem para as demandas atuais.

⁵²¹ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Ob. cit. p. 181.

⁵²² SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. Ob. cit. p. 165.

6 CONCLUSÃO

Diante das informações e críticas colacionadas anteriormente acerca da criminalização das condutas lesivas à ordem econômica, sobretudo no tocante à Lavagem de Capitais, é possível asseverar que:

1. A mudança de paradigma vivenciada pela sociedade moderna reclama uma adaptação às novas demandas, não mais bastando a tradicional proteção à vida, à honra e ao patrimônio, surgindo a necessidade de tutela, também, da ordem econômica.
2. Desta forma, percebe-se a necessidade de uma proteção a bens e interesses de origem difusa, com a nova característica de ser uma demanda com interesse transindividual.
3. Outros ramos do Direito também são sensíveis a estas mudanças, como se pode verificar através da criação do Código de Defesa do Consumidor, da legislação ambiental, da legislação previdenciária.
4. Os velhos paradigmas da criminalidade, ligando-a a fatores antropomórficos (características do homem delinqüente de Lombroso) ou sociais (crime associado à miséria social) foram quebrados com a percepção de Edwin Sutherland dos crimes de colarinho branco.
5. Por esta criminalidade, passou-se a entender toda conduta desviante, praticada por pessoas de alta classe social, notadamente no uso (ou abuso) de sua atividade profissional.
6. Mais modernamente, mas sem rechaçar esta idéia, novas nomenclaturas são propostas, percebendo que estas atividades contam sempre com concurso de pessoas: *networks* ilícitos (Raúl Cervini) e novos crimes corporativos (João Carlos Castellar).
7. Historicamente, não se consegue precisar ao certo o momento do surgimento do Direito Econômico, mas se pode afirmar que este ramo advém de uma necessidade concreta de interferência do Estado no domínio econômico.

8. Não se pode pretender, com isso, igualar o conceito de Direito Econômico às regras da economia, visto que estas últimas não necessitam de instrumentos jurídicos para se desenvolverem, obedecendo a ditames do próprio mercado, como a oferta e a procura.

9. Nesta tutela que o Estado pretendeu dispensar à ordem econômica, o Direito Penal exerce importante papel. É o meio de coerção que o Estado necessitava para efetivar esta proteção.

10. Direito Econômico, então, não se confunde com Direito Penal Econômico, não só por tais ramos promoverem previsão de sanções de naturezas diversas para os casos de agressão às respectivas normas, como também pelo caráter fragmentário e subsidiário da tutela criminal.

11. A Constituição, então, passa a tutelar o “novo” interesse, dispondo, dos artigos 170 a 181 sobre os princípios e fundamentos da ordem econômica.

12. A adaptação da Carta Magna no que toca à ordem econômica, perceptível no minucioso tratamento conferido à matéria, ainda carece de um efetivo regramento legal direcionado a alguns tópicos em específico, como a repressão dos atos atentatórios à livre iniciativa e ao trabalho humano.

13. A tutela da ordem sócio-econômica, pois, corresponde a tema que revela um interesse transindividual, de modo que a sistematização de um sistema punitivo adequado representa um imperativo da Constituição e uma urgente necessidade de ordem prática, uma vez que a promessa liberalista de auto-regulação dos mercados não se concretizou no plano fático, representando a adoção, por parte do Estado, de uma função reguladora da economia.

14. O problema nesta tutela aparece exatamente por conta deste novo bem jurídico: o Direito Penal não alcançou meios efetivos para tipificar tais condutas. Desta forma, passou a se utilizar, excessivamente, de leis penais em branco e elementos normativos.

15. As normas penais em branco, frequentemente utilizadas nos delitos contra a ordem econômica, representam grave ofensa aos princípios da legalidade e da taxatividade penal. Isto ocorre por conta de uma descrição deficitária do que consiste a conduta criminosa.

16. No caso da norma penal em branco heterogênea, o prejuízo à ordem constitucional é ainda maior, pois não se respeita o sistema de separação das funções estatais, permitindo ao Executivo a usurpação de função legislativa precípua, ignorando-se o sistema de freios e contrapesos.

17. Ainda, há o problema da delimitação conceitual do Direito Penal Econômico, podendo inserir neste conceito, caso seja visto em sentido amplo, os crimes tributários, os crimes contra o sistema financeiro nacional, a lavagem de dinheiro, os crimes falimentares e até mesmo os crimes ambientais.

18. Neste contexto, surge o questionamento sobre a separação de bens jurídicos protegidos por estas novas leis, com o sentido de evitar o *bis in idem*, ou seja, o concurso necessário de crimes.

19. Feitas as considerações iniciais sobre os marcos históricos, sobre a mudança Constitucional, e sobre a nova incriminação, segue-se um estudo sobre a origem da Lavagem, em um breve regresso à história de Al Capone e de Meyer Lansky, presos nos Estados Unidos pelos crimes tributários, mas não pelos delitos que os antecederam. Demonstra-se, com isso, que o Estado é incapaz de controlar o aumento da criminalidade, mas procura camuflar sua ineficiência através das técnicas do *follow de money* (siga o dinheiro).

20. O conceito embrionário de organizações criminosas começa a se delinear a partir da “cartelização” do crime, com divisão de setores de criminalidade, com atribuições bem definidas.

21. A Lavagem de Dinheiro acompanha o crescimento desta nova associação criminosa, pois oportuniza a fruição de seus ganhos com atividades ilícitas. Era preciso, então, barrar esta fruição, evitando o reinvestimento dos ganhos em novas atividades criminosas.

22. A nomenclatura Lavagem de Dinheiro remonta à experiência americana, e que os grandes criminosos, com objetivo de mascarar a origem de grande monta de dinheiro ilícito, passaram a investir em atividades com baixa fiscalização, escolhendo as lavanderias automáticas, as *laundromats*. Justifica-se, também, pela linguagem

metafórica que a acompanha, entendendo-se o processo de “lavar” dinheiro como sendo o conjunto de operações que visem a mascarar sua origem.

23. Neste diapasão, percebe-se uma denominação própria desta espécie de crime, com a caracterização do dinheiro negro, como sendo aquele de origem obscura, sem declaração ao Fisco, porém, fruto de uma atividade originalmente lícita; e dinheiro sujo, como aquele oriundo de atividade *per se* ilícita.

24. O ponto crucial para a adoção de uma legislação interna no combate à Lavagem foi a Convenção de Viena, realizada em 1988, que traçou as principais diretrizes internacionais e que representou o impulso precursor na tipificação desta conduta por diversos países signatários.

25. O Brasil adota a segunda geração das legislações no combate à Lavagem, trazendo um rol taxativo dos crimes antecedentes, capazes de gerar bens, direitos e valores aptos à passagem pelo sistema de reciclagem.

26. Em que pese a idéia de taxatividade que o legislador passa à sociedade, inclusive, com menção à segurança jurídica na própria Exposição de Motivos à Lei 9.613/98 (E.M. 692/96), percebe-se um argumento falacioso, pois há uma total abertura desta listagem quando se prevê que crimes praticados por organização criminosa fazem parte dos crimes antecedentes.

27. Todo e qualquer crime do Código Penal ou da legislação extravagante, portanto, caso seja praticado por organização criminosa, pode, em tese, gerar proventos aptos à lavagem.

28. Com esta tipificação de um rol supostamente taxativo, fica ainda mais evidente que a incriminação da lavagem não atende às finalidades do Direito Penal.

29. Isto porque, diversos crimes graves ficaram de fora do rol, como os crimes tributários, o tráfico de pessoas, o roubo. Os proventos destes crimes, caso mascarados, não configura, em teste, o delito em questão.

30. Desta forma, pergunta-se a que função se presta o Direito Penal, sendo evidente uma política estatal de “caça às bruxas”. Precipuamente, não deveria este ramo ultrapassar o seu contexto de *ultima ratio*.

31. A Lei 9.613/98 cria, destarte, um super-tipo, que pretende, a um só tempo, incriminar aquele que oculta ou dissimula a origem dos bens e, de sua feita, passa a tutelar também os mesmos bens jurídicos protegidos pelos crimes antecedentes, dissuadindo o criminoso sob o argumento de que não será possível gozar de seus ganhos.

32. A idéia do delito antecedente é tão marcante para este crime que determina inclusive, a competência para o processo e julgamento, ferindo a regra constitucional que estabelece a competência da Justiça Federal quanto às demandas de interesse nacional.

33. Porém, em total dissonância em relação aos ditames processuais penais, acaba por admitir uma condenação com base em indícios do cometimento do delito antecedente, não sendo necessário se esgotar esta esfera para que se puna alguém pelo crime de lavagem.

34. Outros países preferiram deixar à análise do caso concreto a possibilidade de gerar ativos ilícitos. É que não restringiram o rol antecedente, tratando-o como qualquer delito grave. Discurso menos falacioso do que o do legislador pátrio, que o fez por via transversa.

35. Algumas características podem ser atribuídas a esta modalidade de crime, como o grande montante envolvido, a internacionalização das atividades (para dificultar a persecução penal), a rede de cooperação (envolvimento de diversos setores sociais), intensa profissionalização dos agentes, caráter de permanência das associações.

36. Quanto à internacionalização das atividades, os principais métodos de lavagem e de outros crimes econômicos (como a evasão de dividas, por exemplo) envolvem, necessariamente, a conivência e facilidade encontrada em países estrangeiros. É o que se chama “paraíso fiscal” (baixa ou nenhuma tributação das rendas) e “centros *offshores*” (centros bancários internacionais, não submetidos a fiscalizações).

37. Referente à temática das associações, a Lei de Lavagem traz esdrúxula quebra aos requisitos do concurso de pessoas, quando admite que qualquer pessoa que integre grupo, associação ou escritório que exerça atividade de lavagem, será também responsabilizado por esta infração, olvidando-se da necessidade imperiosa da relevância do comportamento para tal tipificação.

38. Uma vez que a própria Lei 9.613/98 atenta para a possibilidade de se praticar a lavagem por meio de pessoa jurídica (grupo, associação ou escritório), a discussão sobre a sua irresponsabilidade faz parte desta demanda, defendendo-se, em que pese robusta doutrina em contrário, a impossibilidade desta medida, por incompatibilidade com os regramentos penais e processuais penais até agora vigentes.

39. A matéria é vista à luz da Constituição e sua “determinação” sobre a incriminação de certas condutas, como é o caso dos atos atentatórios à ordem econômica. A Constituição é, então, ao mesmo tempo fonte de busca de bens jurídicos a serem incriminados e limite à utilização racional do Direito Penal.

40. A própria idéia de função deve ser questionada quando se criam novos tipos penais, visto que o Direito Penal já mostrou sua face de função negativa (a dessocialização advinda com o cárcere) e sua disfunção (mau funcionamento) na proteção de bens jurídicos “clássicos” e traz os mesmos problemas quando se trata da criminalidade econômica.

41. A própria idéia de crime, enquanto *labeling approach* não resta desfeita com a mera tipificação de crimes de colarinho branco, continuando o Direito Penal a se apresentar enquanto ramo extremamente seletivo e discriminatório.

42. É possível, portanto, uma função simbólica que o Direito Penal exerce sobre a sociedade, transformando-se em uma legislação-álibi ao legislador.

43. Destarte, sustenta-se que a Lei de Lavagem de Capitais cumpre muito mais uma função de Política Criminal de satisfação à sociedade do que uma função repressiva propriamente dita. Como se trata de uma criminalidade de “colarinho branco”, o Direito Penal acaba por ser aplicado como uma forma de demonstrar à sociedade a punição de uma camada de nível social elevado.

44. Mas, revisitando-se a fragmentariedade e a subsidiariedade que revestem o sistema punitivo, percebe-se um inchaço da legislação, adotando-se cada vez mais leis extra-Código, que trazem, inclusive, seu conjunto de regramentos próprios, caracterizando microssistemas penais.

45. Porém, não há mais espaço para a expansão (racional) de um Direito Penal falido, ocasião em que o sistema jurídico pátrio deve-se ajustar às necessidades que emanam dos novos bens jurídicos também merecedores de tutela, hipótese em que se sugere a adoção do “Direito de Intervenção” preconizado por Hassemer ou de “Segunda Velocidade” como denomina Silva Sánchez.

46. O novo modelo punitivo, apesar de prever um sistema menos rígido de garantias, deverá ser marcado pela previsão de penas menos graves aos indivíduos.

47. Mesmo a proposta intermediária, para ser admitida no ordenamento pátrio, deve absoluto respeito aos preceitos fundamentais consagrados na Magna Carta, limitando-se, portanto, a possibilidade de flexibilização das garantias individuais em detrimento do poder punitivo do Estado.

48. É a forma garantista de compatibilizar a tutela aos novos interesses de acordo com os ditames e novos anseios sociais.

REFERÊNCIAS

- 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.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- ASSIS MOURA, Maria Thereza Rocha de. *Justa Causa para a Ação Penal*. Doutrina e jurisprudência. São Paulo: Revista dos Tribunais. 2001.
- BACIGALUPO, Enrique. (org.) *Derecho Penal Económico*, 1.ed. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.
- _____. *Principios constitucionales penales de derecho penal*. Buenos Aires: Hammurabi, 1999.
- BALESTRA, Carlos Fontán. *Tratado de Derecho Penal*. 2. ed., Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1995, t. III.
- BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo; MORO, Sérgio Fernando (org.) *Lavagem de Dinheiro - Comentários à Lei - Homenagem ao Min. Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.
- 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.
- _____. *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.
- BARROS, Flávio Augusto Monteiro de. *Direito Penal*. Parte geral. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BARROS, Marco Antônio de. *Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentário, artigo por artigo, à Lei 9.613/98*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.
- _____. *Lavagem de dinheiro – implicações penais, processuais e administrativas*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998
- BATISTA, Nilo. *Concurso de agentes*. Uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no Direito Penal Brasileiro. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

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.

BETTIOL, Giuseppe. *Direito Penal*. São Paulo: Red Livros, 2000.

BIANCHINI, Alice. *Pressupostos Materiais Mínimos da Tutela Penal*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto (coord.). *Direito Penal no terceiro milênio*. Estudos em homenagem ao prof. Francisco Muñoz Conde. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Tratado de direito penal*. vol 1. 14. ed. ver., atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2009.

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.

BOSCHI, José Antônio Paganella. *Das penas e seus critérios de aplicação*. 3. ed. rev. e atual. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2004.

BRANDÃO, Cláudio. *Teoria jurídica do crime*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

BUENO, Paulo Eduardo. Crimes Empresariais. *Revista Síntese de Direito Penal e Processual Penal*, v. III, p. 31-38, 2002.

CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro: aspectos criminológicos*. Livraria do Advogado: 2003.

_____. *Lavagem de Dinheiro. Estudo introdutório do prof. Eduardo Montealegre Lynett*. Barueri, SP: Manole, 2004.

CABRERA, Raul Peña. *El bien jurídico em los delitos económicos (com referencia Código Penal Peruano)*. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*. Número Especial: Seminário Internacional de Direito Penal Econômico. ano 3, nº 11, julho-setembro/95. Revista dos Tribunais. Publicação Oficial do Instituto Brasileiro de Ciências Criminais.

CARVALHO, Amilton Bueno de. *Magistratura e Direito Alternativo*. 6ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

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

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASABONA, Carlos María Romeo. (org.) *Estudios de Derecho Penal*. Área de Derecho Penal de la Univerasidad Pompeu Fabra (ed. española): COMARES S.L., 1999.

CASTELLAR, João Carlos. *Insider trading e os novos crimes corporativos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Lavagem de dinheiro, a questão do bem jurídico*. Rio de Janeiro: Revan, 2004.

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 – España. Córdoba: Alveroni Ediciones, 2008.

CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *A criminologia radical*. 3. ed. Curitiba/Rio de Janeiro: ICPC/Lumen Juris, 2008.

_____. *A Criminologia Crítica e a Reforma da Legislação Penal*. Trabalho apresentado na XIX Conferência Nacional dos Advogados (25-30 de setembro de 2005), Florianópolis, SC.

_____. *Direito Penal: parte geral*. 2. ed. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2007.

_____. *Crime Organizado*. Disponível em:
<http://www.emap.com.br/doutrina_Art.Diversos10.htm > Acesso em: 12 jul. 2007.

_____. *Direito Penal*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1985.

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

COELHO, Yuri Carneiro. *Introdução Ao Direito Penal*. Salvador: Jus Podivm, 2009.

CORREIA, Eduardo. COSTA PINTO, Frederico Lacerda. et. al. *Direito Penal Econômico e Europeu: textos doutrinários*. vol. I. problemas gerais. Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Juspodivm, 2008.

- DARMON, Pierre. *Médicos e assassinos na Belle Èpoque*. Trad. Regina Grisse de Agostino. Rio de Janeiro: Paz e Terra, 1991.
- DELMANTO, Roberto et al. *Leis Penais Comentadas*. São Paulo: Renovar, 2006.
- DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito penal: parte geral: TOMO I questões fundamentais: a doutrina geral do crime*. Coimbra: Coimbra Editora; Revista dos Tribunais, 2004.
- 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: 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.
- FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón: teoría del garantismo penal*. Trad. Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco, Rocío Cantarero Bandrés. Madrid: Trotta, 1995.
- _____. *Direito e Razão. Teoria do Garantismo Penal*. Tradução de Ana Paula Zomer Sica, Fauzi Hassan Choukr, Juarez Estevam Xavier Tavares, Luiz Flávio Gomes. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.
- FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Dicionário Eletrônico Aurélio*. [S.l.]: Positivo, 2008.
- 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.
- FOUCAULT, Michel. *Vigiar e Punir: nascimento da prisão*. Trad. Raquel Ramalhte. 35. ed. Petrópolis, RJ: Vozes, 2008.
- FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 15 ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1994.
- _____. *Conduta Punível*. Rio de Janeiro: Forense, 1961.
- FRANCO, Alberto Silva. *Leis penais especiais e sua interpretação jurisprudencial*. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.
- 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: Paz e Terra, 2008.

GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. 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.

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.

GOMES, Luiz Flávio GARCÍA-PABLOS DE MOLINA, Antonio. *Curso de Direito Penal: parte geral*. vol. II. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *Direito Penal do Inimigo*. Disponível em: <www.ielf.com.br>. Acesso em 9 janeiro de 2009.

GOMES, Orlando. *Sans Adieu – 50 anos de cátedra*. Salvador: Ciência Jurídica, 1987.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 6. ed. São Paulo: Malheiros, 2001.

GRECO, Rogério. *Curso de Direito Penal. Parte Geral*. 5. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2005.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito Penal Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica constitucional - a sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da constituição*. Tradução: Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Crisis y Características del Moderno Derecho Penal*. In *Actualidad Penal*. Madrid: Actualidad Editorial, S.A, 1993.

JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo*. trad. Garcélia Batista de Oliveira Mendes. Luiz Moreira e Eugênio Pacelli de Oliveira. (org. e intro.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Sociedad, norma y persona en una teoría de un Derecho Penal funcional*. trad. Manuel Câncio Meliá y B. Lima: Trés Editores, 2000.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal*. 6. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1997.

JESUS, Damásio de. *Tráfico internacional de mulheres e crianças – Brasil*. São Paulo: Saraiva, 2003.

_____. *Ali-babá e o crime de lavagem de dinheiro*. Jus Navigandi, Teresina, ano 6, n. 55, mar. 2002. Disponível em: <http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=2818>>. Acesso em: 12 jul. 2009

_____. *Direito Penal – Parte Geral*. 15 ed. São Paulo: Saraiva, 1991.

JOBIM, Nelson, 1946. A Lei nº 9.613/98 e seus aspectos. In: *Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro*. Brasília: Cadernos da Justiça Federal, 2000, p. 11-20.

JÚNIOR, Paulo José da Costa. *Direito Penal das Sociedades Anônimas*. Direito Penal dos Negócios. São Paulo: A.A.S.P., 1990.

LOPES JÚNIOR, Aury. *Direito Processual Penal e sua Conformidade Constitucional*. vol. I. Rio de Janeiro: Lumen Juris: 2008.

_____. ; BADARO, Gustavo H. *Direito ao Processo Penal no Prazo Razoável*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

LUIZI, Luiz. *Os princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

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

MACHADO. Hugo de Brito. A denúncia genérica nos crimes contra a ordem tributária. *Revista Dialética de Direito Tributário*, São Paulo: Dialética, 1996, n. 12, p. 28.

_____. *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.

_____. *Estudos de Direito Penal Tributário*. São Paulo: Atlas, 2002.

MARQUES, José Frederico. *Tratado de direito penal*. Campinas: Bookseller, 1997, v. 2

MELO. 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.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Atlas, 2006.

- MESSUTI, Ana. *O tempo como pena*. Trad. Maria Clara Veronesi de Toledo e Tadeu Antonio Dix Silva. Rio de Janeiro: Revista dos Tribunais, 2003.
- MONTALVO, José Antonio Choclán . *La organización criminal. Tratamiento penal y procesal*. *Cuadernos Luiz Jiménez de Asúa*. Madrid: DYKINSON, 2000.
- 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.
- OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de (org.). *O Novo em Direito e Política*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997.
- ORSI, Omar Gabriel. *Sistema penal y crimen organizado. Estrategias de aprehensión y criminalización del conflicto*. Buenos Aires: Del Puerto, 2007.
- PIMENTA, Paulo Roberto Lyrio. *Contribuições de intervenção no domínio econômico*. São Paulo: Dialética, 2002.
- _____. *Eficácia e aplicabilidade das normas constitucionais programáticas*. São Paulo: Max Limonad, 1999.
- PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: Comentários à Lei 7.492, de 16.6.86*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.
- _____. *O crime e a pena na atualidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1983.
- _____. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1973.
- PINHO, Ana Cláudia. *Direito Penal e Estado Democrático de Direito*. Uma abordagem a partir do Garantismo de Luigi Ferrajoli. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.
- 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.
- PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2004.
- _____. *Comentários ao Código Penal*. 3. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

_____. *Funções do direito penal: legitimação versus deslegitimação do sistema penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2001.

_____. *Direito Penal: introdução crítica*. São Paulo: Saraiva, 2001.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *É realmente possível distinguir direito penal de política criminal?* Disponível em: <www.mundojuridico.adv.br>. Acesso em: 19 de junho de 2009.

RANGEL, Paulo. *Direito Processual Penal*. 11.ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2006.

ROBALDO, José Carlos de Oliveira. *Direito Penal Simbólico*. Disponível em: [ttp://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060525202914116](http://www.lfg.com.br/public_html/article.php?story=20060525202914116). Acesso em: 10 de fevereiro de 2009.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Direito Penal*. Curso Completo. Parte Geral. 2. ed. ver. e ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

RODRIGUES, Sílvio. *Direito Civil*. Parte Geral. São Paulo: Saraiva, 1997.

ROSA, Alexandre Morais da; LINHARES, José Manuel Aroso. *Diálogos com a Law and Economics*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2009.

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: ensaios em antecriminologia*. TANGERINO, Davi de Paiva Costa ; BOITEUX, Luciana; PAIVA, Luiz Guilherme Mendes de. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

SANTIAGO, Ivan. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica na dei dos crimes ambientais*. 1. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005. v. 1.

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

SANTOS, Gerson Pereira dos. *Direito penal econômico*. São Paulo: Saraiva, 1981.

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.

SHECAIRA, Sérgio Salomão. *Criminologia*. 2. ed. rev. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

_____. *Responsabilidade penal da pessoa jurídica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

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.

_____. *O Princípio da Legalidade Penal no Estado Democrático de Direito*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.

SCHMITT, Ricardo Augusto. *Sentença Penal Condenatória, aspectos práticos e teóricos à elaboração*. 4. ed. rev. e ampl. Salvador: JusPodivm, 2009.

SÉVERIN, Carlos Versele. A cifra dourada da delinquência. In: *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. *Curso de Direito Constitucional*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

_____. *Direito constitucional econômico*. São Paulo: LTr, 2001.

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, Jesús-María. *La expansión del Derecho penal: aspectos de la Política criminal en las sociedades postindustriales*. Montevideo/Buenos Aires: Julio César Faira Editor, 2008.

SOUSA, Alfredo José de. RODRIGUES, Anabela Miranda. et al. *Direito Penal Económico e Europeu: textos doutrinários*. vol II. Problemas especiais. Coimbra: Coimbra, 1999.

SQUIZZATO, Ana Carolina. *Direito Financeiro e Econômico: questões comentadas CESPE e ESAF*. São Paulo: Método, 2008.

SUTHERLAND, Edwin H. *Princípios de Criminologia*. Tradução Asdrúbal M.Gonçalves. 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.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3. ed. Belo Horizonte: Delrey, 2003.

TELES, Ney Moura. *Direito Penal: parte geral I, artigos 1º a 31 do Código Penal: princípios constitucionais, teoria da lei penal, teoria geral do crime*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 1998

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.

TIEDMANN, Klaus. *Leciones de Derecho Penal Económico*. Barcelona: PPU, 1993.

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

_____. *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.

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. p. 225-234.

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *Los desafios del nuevo derecho penal*. In *Novos desafios do Direito Penal no terceiro milênio: estudos em homenagem a Fernando Santana*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008. p. 29-44.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro*, v.I. 7.ed. rev. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

_____. *La globalización y las actuales orientaciones de la política criminal*. Nueva Doctrina Penal. Buenos Aires: Del Puerto, 1999.