

---

# **DIREITO PENAL ECONÔMICO**

AUTOR: THIAGO BOTTINO DO AMARAL

---

# Sumário

## Direito Penal Econômico

<b>APRESENTAÇÃO DO CURSO</b> .....	3
<b>BLOCO I — CONCEITOS FUNDAMENTAIS</b> .....	8
Aula 01: Conceitos fundamentais (Parte I) .....	8
Aula 02: Conceitos fundamentais (Parte II) .....	22
Aula 03: Conceitos fundamentais (Parte III) .....	34
<b>BLOCO II — CRIMES EM ESPÉCIE</b> .....	37
Aula 04: Alcance da responsabilidade penal na Lei nº 7.492/1986 e individualização das condutas puníveis .....	37
Aula 05: Gestão Temerária e Fraudulenta .....	47
Aula 06: Evasão de Divisas .....	58
Aula 07: Prisão Preventiva e Magnitude da Lesão .....	70
Aulas 08 e 09: Sonegação e outros crimes fiscais .....	75
Aula 10: Crimes contra o mercado de capitais. ....	84
Aula 11: Lavagem de capitais.....	92
<b>BLOCO III — DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS</b> .....	103
Aula 12: <i>Habeas corpus</i> .....	103



## APRESENTAÇÃO DO CURSO

### INTRODUÇÃO

O Direito Penal Econômico costuma ser definido com expressões como “crime de colarinho branco” e “crime dos engravatados”, as quais reproduzem os termos estadunidenses “*crimes of the powerful*”, “*white collar criminality*” e “*criminality of the upper world*”, entre outros, que agrupam os crimes relacionados às atividades das empresas (*corporations*).

Para Sutherland, o “*white collar crime*” seria uma “*violation of the criminal Law by a person of the upper social-economic class in the course of his occupational activities*”<sup>1</sup> e “o que caracterizaria a criminalidade dos poderosos seria o fato de seus autores pertencerem a classe social elevada, atuando no exercício de sua atividade ocupacional e causando um dano extenso e considerável”<sup>2</sup>.

A terminologia “crime de colarinho branco” (*white collar crime*) foi utilizada pela primeira vez pelo sociólogo estadunidense Edwin H. Sutherland, em 1939 durante a 34ª conferência anual da Sociedade Americana de Sociologia (sociedade presidida por Sutherland naquela ocasião), reunida na Filadélfia durante o recesso universitário entre o natal e o ano novo. Naquele ano a conferência foi realizada em conjunto com a 52ª conferência anual da Associação Americana de Economia<sup>3</sup>.

O objetivo da palestra inaugural proferida por Sutherland era chamar atenção para o exame de uma categoria de ilícitos que até então era solenemente ignorada nos estudos conduzidos pelos sociólogos e criminólogos: os crimes praticados por diretores das grandes corporações.

Inicialmente, Sutherland atacou as principais teses, até então dominantes no cenário da criminologia estadunidense, sobre os fatores que determinariam a atuação do criminoso, quais sejam: a) a pobreza; b) a criação dos criminosos em lares desfeitos; e, c) a existência de fixações freudianas por comportamentos ilegais na mente dos criminosos. O sociólogo estadunidense defendeu, perante seus pares, que diversas pessoas criadas em famílias economicamente bem estabelecidas, de acordo com o modelo tradicional de família e sem qualquer traço de perturbação psíquica, também poderiam delinquir. E mais, que determinados delinquentes com essas características ocupavam posições de poder no governo ou em grandes companhias.

As palavras de Sutherland eram resultado de uma pesquisa que ele realizara nos anos anteriores documentando de forma detalhada o comportamento de grandes empresas. Determinadas práticas adotadas na gestão do negócio empresarial lembravam práticas semelhantes às de organizações criminosas. O foco do estudo de Sutherland eram comportamentos de empresários que causavam grandes prejuízos aos acionistas das empresas (fraudes financeiras),

<sup>1</sup> SUTHERLAND, Edwin H.: “*Crime and business*” *The annals of American Academy of political and social science*, 1941, V.217, 112. Cf também de mesmo autor: “*White-collar criminality*”, *American Sociological Review*, V. 5, nº1, 1940.

<sup>2</sup> Lola Aniyar de Castro: *Projeto para uma investigação comparada sobre crimes de colarinho branco na América Latina*, *Revista de Direito Penal*, nº 25, p.93.

<sup>3</sup> SUTHERLAND, Edwin H.: *White collar crime — the uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1983.



aos consumidores, aos concorrentes (como o roubo de segredos industriais) e ainda ao governo (por meio das fraudes fiscais e da corrupção de funcionários públicos).

De acordo com a hipótese estabelecida por Sutherland, esses crimes recebiam pouca atenção do público e da imprensa (normalmente acostumados a fiscalizar e denunciar às autoridades a prática de crimes), em boa parte, devido ao fato de que muitos adotavam comportamentos semelhantes em suas práticas cotidianas. Os grandes jornais, por exemplo, utilizavam mão de obra infantil em larga escala burlando a legislação proibitiva por meio de uma modalidade de contratação específica (o equivalente no Brasil à contratação como autônomos, ao invés de empregado registrado). Da mesma forma, os jornais dependiam de anunciantes, geralmente as grandes corporações responsáveis pelas violações que deixavam de ser noticiadas.

Nesse ponto, é imprescindível que nos coloquemos como destinatários das palavras críticas de Sutherland. Nossa realidade hoje não é muito diferente daquela que o professor estadunidense descreveu há setenta anos: muitas empresas de comunicação contratam jornalistas sob o falso manto da “pessoa jurídica”, assim como universidades e organizações não governamentais, burlando a legislação trabalhista e sonegando tributos.

Quantos profissionais liberais (advogados, inclusive) não se dizem indignados com a prisão de políticos flagrados com dinheiro de origem não declarada, mas deixam de apresentar à tributação os rendimentos auferidos, no sistema “sem recibo tem desconto”? Quantos funcionários públicos (juízes e membros do Ministério Público, inclusive) lecionam em cursos preparatórios para concursos e recebem pagamento em dinheiro, deixando de declarar os respectivos rendimentos? Será que também deixamos de prestar mais atenção a esse tipo de criminalidade em razão de situação semelhante à relatada por Sutherland em 1939?

Sutherland sustentava que as condutas identificadas durante o estudo constituíam verdadeiros crimes, e não simples ilícitos civis; logo, seus autores deveriam ser considerados criminosos, tratados de forma pela população, pelos estudiosos e pelo Estado, encarregado de puni-los na forma da lei. E mais: na opinião de Sutherland, esse tipo de criminalidade era consequência do cinismo e do egoísmo dos seus autores, afetando as bases sobre as quais se estrutura uma sociedade de forma muito mais danosa do que simples crimes patrimoniais sem violência.

Dez anos ainda se passariam até que Sutherland publicasse o seu pioneiro estudo sobre o tema levantado naquela palestra, mas não sem suprimir todos os nomes das empresas apontadas como violadoras da lei por orientação de seu editor. A editora temia ser civilmente responsabilizada e obrigada a indenizar as corporações mencionadas na obra. Sutherland também recebeu pressões da Universidade de Indiana, onde lecionava, temendo perder as

contribuições de “benfeitores” mencionados na obra<sup>4</sup>. Àqueles que escreviam para Sutherland perguntando os nomes das empresas, o sociólogo respondia informando apenas os números dos processos judiciais.

O destaque de Sutherland foi tanto que décadas após um estudioso dos crimes de colarinho branco, John Braithwaite<sup>5</sup>, em breve síntese, distinguiu o estudo desses crimes em três fases: “*white collar crime research before Sutherland*”, “*Sutherland*”, e “*the legacy of Sutherland*”.

A partir do trabalho pioneiro de Sutherland, o termo crime de colarinho branco espalhou-se pelo mundo: na França, *crime em col blanc*; na Itália, *criminalità in colletti bianchi*; na Alemanha, *weisse-kragen-kriminalität*. No Brasil, o Prof. Roberto Mangabeira Unger define a disciplina de Direito Penal Econômico como aquela destinada a estudar não apenas os crimes relacionados diretamente com a ordem econômica, mas todos os delitos que pudessem ser classificados como “típicos dos endinheirados (ou aspirantes a tal condição)”<sup>6</sup>.

Entretanto, todos os conceitos anteriores constroem a definição de Direito Penal Econômico a partir dos criminosos: pessoas de alto nível socioeconômico no exercício de sua atividade profissional. São profissionais liberais, empresários, executivos, banqueiros, ocupantes de cargos políticos e altos funcionários públicos. Porém, se definirmos um crime por quem o pratica (e não pelo ato praticado), temos um conceito mais sociológico do que jurídico.

Assim, é preferível construir a definição de Direito Penal Econômico a partir do bem jurídico protegido, das condutas praticadas e suas finalidades, além das características objetivas desses delitos. Atualmente, é mais adequado definir o Direito Penal Econômico como o ramo do Direito Penal voltado para uma categoria de crimes que ocorrem nas relações comerciais ou na atividade empresarial, praticados pelos administradores, diretores ou sócios, geralmente de forma não violenta e envolvendo fraude ou violação da relação de confiança. É esse conceito que deverá estar presente quando se estudarem os tipos penais.

Um traço comum dos crimes econômicos é o caráter supra individual do bem jurídico atingido. Com efeito, quando se fala em crimes contra a *ordem econômica*, *sistema financeiro*, ou *ordem tributária* verifica-se que a tutela jurídico-penal está voltada para o funcionamento regular desse conjunto de regras que orientam e regulam a atividade econômica, seja do Estado, seja do indivíduo (livre iniciativa). Em algumas situações, também é alvo de tutela penal o regular funcionamento do mercado empresarial, como ocorre nas hipóteses de abuso de poder econômico, ou ainda a boa-fé nas relações comerciais, como ocorre nas situações de violação ao direito do consumidor. Não obstante, em ambos os casos, é possível vislumbrar nessa tutela penal específica um reflexo da proteção à ordem econômica, ou à economia popular, conceitos mais genéricos.

<sup>4</sup> SUTHERLAND, Edwin H.: *White collar crime — the uncut version*. New Haven: Yale University Press, 1983.

<sup>5</sup> GERBER, Jurg; JENSEN, Eric. *Encyclopedia of White-Collar Crime*. Ed. Greenwood Publishing, 2007. Pg xi.

<sup>6</sup> “Uma nova faculdade de direito no Brasil”, publicado nos Cadernos FGV Direito Rio n° 1.



## DELIMITAÇÃO DO CONTEÚDO DA DISCIPLINA

O estudo do Direito Penal Econômico será dividido em quatro grandes blocos. Ele se iniciará pela apreensão dos conceitos fundamentais que definem a criminalidade econômica, compreendendo os aspectos que o distinguem do Direito Penal Clássico e também o contexto político, econômico e social em que esses crimes estão inseridos, além de suas causas e a percepção social sobre os mesmos.

As primeiras aulas do curso de Direito Penal Econômico, concentradas no primeiro bloco de aulas, são extremamente relevantes porque problematizam questões que serão continuamente suscitadas ao longo do estudo dos dispositivos penais e processuais penais constantes dos blocos de aulas seguintes. Além de uma rica bibliografia, esse primeiro conjunto de sessões privilegiará o debate com os alunos acerca de temas menos dogmáticos e mais criminológicos e sociológicos.

Será destacada a relação entre o Direito Penal Econômico e a chamada sociedade de risco, uma vez que processos sociais mais complexos resultam em novas formas de criminalidade, novas ameaças à sociedade. Assim, apresenta-se a expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais e a globalização como fonte catalisadora de transformações no Direito Penal Econômico.

Outro ponto a ser abordado no estudo dos conceitos fundamentais que envolvem a criminalidade econômica é a questão da proteção de bens jurídicos supra individuais, pois, como já afirmado, tutela-se um ente coletivo que compreende o conjunto de regras a serem aplicadas no seio das atividades econômicas. Além disso, serão tecidas considerações sobre este ramo do direito como o direito penal de perigo, considerações básicas que adiante fundamentarão a classificação dos tipos penais como delitos de perigo concreto ou abstrato.

Finalizando este primeiro bloco, aborda-se o tema da independência entre as instâncias administrativa e penal no que se refere a persecução dos crimes econômicos. A partir dessa base de compreensão crítica dos conceitos fundamentais, proceder-se-á à análise dos tipos penais propriamente ditos, elencados no segundo e terceiro bloco de estudos.

Dentro da enorme quantidade de leis que preveem disposições penais ligadas à atividade empresarial, optou-se por selecionar como objeto de estudo as condutas criminosas mais importantes relacionadas com o funcionamento dos sistemas econômico, financeiro e tributário. Essa perspectiva permite eleger as leis criminais e as medidas processuais mais frequentes nos escritórios de advocacia, nas delegacias e nas varas criminais especializadas em Direito Penal Econômico.

A partir desse primeiro corte, realizou-se outra seleção, dessa vez para identificar os tipos penais cuja definição, aplicação ou persecução ensejam as maiores dificuldades práticas, ou ainda as discussões teóricas mais relevantes.



## *METODOLOGIA DAS AULAS*

Cada aula terá como ponto de partida um caso concreto (constante dessa apostila, devendo ser lido previamente), passível de ser entendido e discutido com base na bibliografia básica, suscitando diferentes possibilidades de aplicação do direito ao caso concreto. Essa metodologia aposta na capacidade do aluno de graduação da FGV Direito Rio de alçar voos teóricos mais altos para discutir, com profundidade, os temas mais palpitantes da atualidade do Direito Penal Econômico.

O uso de casos concretos a partir de uma perspectiva prática traz a realidade da aplicação do direito para dentro da sala de aula e estimula a participação do aluno no processo de aprendizado, criando-se um ambiente de interatividade entre aluno e professor e aprimorando sua capacidade de raciocínio lógico-jurídico. O objetivo dessa metodologia é habilitar o aluno a identificar problemas e resolvê-los de forma pragmática, sem deixar de se posicionar criticamente.

O aluno que apresentar, por escrito, todos os casos, tendo-os resolvido antes da respectiva aula, receberá 1,0 ponto na nota da prova ou na prova final, a critério do professor. Nem todas as atividades complementares previstas nessa apostila serão pontuadas, e outras além do material didático poderão ser propostas.

## *AVALIAÇÃO*

A avaliação consiste em duas provas individuais, dissertativas e não identificadas versando sobre o conteúdo discutido em sala de aula e sobre a bibliografia obrigatória. Participação em sala e realização de atividades opcionais poderão ser objeto de atribuição de pontuação extra.

## *BIBLIOGRAFIA*

Todas as aulas possuem leitura obrigatória, que compreende o material didático e também artigos doutrinários que aprofundem os temas da aula, ou julgados do STF ou STJ.

**BLOCO I — CONCEITOS FUNDAMENTAIS****AULA 01: CONCEITOS FUNDAMENTAIS (PARTE I)****TEMAS**

Crimes econômicos e sociedade de risco. Expansão do Direito Penal nas sociedades pós-industriais. Globalização e efeitos sobre o Direito Penal Econômico. Percepção social e causas do crime econômico.

***I. GLOBALIZAÇÃO E EFEITOS SOBRE O DIREITO PENAL ECONÔMICO***

O contato inicial com o que se definiu por conceitos fundamentais associados ao Direito Penal Econômico tem como foco a determinação de uma definição para o termo “direito penal econômico” e o exame das características fundamentais que o distinguem do direito penal clássico.

Com efeito, esse tipo de crime faz parte de uma nova forma de criminalidade, diferente da criminalidade clássica. O crime econômico provoca danos não individualizáveis, irreparáveis, incontrolláveis e cuja percepção social é diferenciada. O objetivo é o lucro econômico, uma vantagem comercial ou a dominação de um mercado. As possibilidades e facilidades oferecidas pelo avanço tecnológico ensejam o aparecimento de condutas praticadas em grande escala por organizações complexas e de grande potencialidade lesiva. As condutas praticadas são de difícil identificação. Em alguns casos, o lucro ilícito é disfarçado e regularizado (“lavado”) no sistema financeiro e demais instâncias formais, adquirindo aparência de legalidade, o que dificulta a apuração e punição dos delitos.

A busca desenfreada, feroz e sem escrúpulos de interesses estritamente pessoais — conceito oposto à justiça, que norteia as sociedades ocidentais contemporâneas — é a essência da transformação dos crimes de agressão em crimes de fraude e violação de confiança. No Brasil — como em outros países em desenvolvimento ou desenvolvidos, cujo traço comum seja o modo de produção capitalista — verificam-se ondas sucessivas de “crimes de colarinho branco”, cujo custo econômico e social é muito superior ao dos demais crimes.

Os protagonistas dessa nova forma de criminalidade integram uma parcela da sociedade que sempre esteve à frente dos processos de integração e desenvolvimento econômico, gerando efeitos extremamente danosos à sociedade. Os prejuízos das condutas criminosas (mas muitas vezes apenas amorais, não criminosas) são de ordem política e social, além de econômica.





A constatação dos danos supra individuais é realizada mediante o cotejo entre as condutas praticadas, os fins perseguidos e os efeitos colaterais na sociedade. Como exemplos de crimes econômicos, podemos citar as alterações artificiais das condições de mercado, criação de monopólios ou oligopólios por meio de práticas que suprimem a livre iniciativa e a existência da concorrência, apropriação pelos gestores de instituições financeiras dos recursos dos investidores individuais, não recolhimento aos cofres públicos das taxas e impostos incidentes sobre os lucros obtidos, dentre vários outros exemplos.

Em todas essas situações, o agente busca atingir a maior rentabilidade possível, em detrimento do meio econômico no qual ele está inserido. Nessa tentativa de maximizar ganhos, torna-se comum a prática de condutas como infiltração no aparelho governamental (corrupção), uso indevido de informações privilegiadas (interferindo no funcionamento livre da economia e na estabilização do valor do bem por meio da oferta e da demanda), criação de situações artificiais de risco (criando bolhas especulativas cujo estouro gera perdas para toda a economia e diminuição da confiança dos investidores no mercado).

Embora os mercados sejam conhecidamente ambientes de risco, muitos atores parecem enxergar no risco e na oportunidade conceitos absolutamente desvinculados de qualquer obrigação moral. Ao adotarem estruturas societárias ou empresariais, determinados atores econômicos parecem despir-se de qualquer escrúpulo ou racionalidade na tentativa de alcançar uma hegemonia econômica.

Esse processo foi definitivamente alavancado por meio do processo de globalização iniciado no final do século XX e ainda mais potencializado no início do século XXI, em grande parte pelas novas oportunidades criadas pelo comércio eletrônico e pela internet, pelo surgimento de novos mercados passíveis de “exploração” e “conquista” e devido ao aumento de potenciais investidores, os quais estão muitas vezes dispostos a “esquecerem” as “boas práticas” negociais desde que obtenham bom retorno financeiro.

De modo semelhante, grandes conglomerados financeiros elaboram maneiras sofisticadas — na maioria das situações de forma não criminosas — de se manterem imunes a qualquer forma de controle ou imposição de impostos, elegendo domicílios fiscais em que não há custos ou esses são mínimos, usufruindo, porém, da estrutura social de países nos quais não investe ou de cujo custeio não participa.

A possibilidade de que essa e outras práticas socialmente danosas ocorram, torna óbvia a incapacidade do mercado, por si só, de impedir uma espiral de outras violações a regras morais — as quais são responsáveis pela confiança e estabilidade das transações econômicas. O risco não é imune a um sentido moral, como também não é a economia. Em outras palavras, a ordem econômica e financeira do Brasil não pode ser conduzida à margem dos demais



valores sociais (consubstanciados nos princípios jurídicos) que estruturam o Estado brasileiro, exigindo, portanto, regras que estabeleçam com precisão as condutas passíveis de punição administrativa e penal. De igual modo, a economia é capaz de conviver com mecanismos que obriguem os atores econômicos a agir com transparência, ética e responsabilidade, de modo a preservar a ordem econômica — em sua totalidade — de práticas que prejudiquem seu bom funcionamento.

São características dessa sociedade pós-industrial, além da globalização, da integração supranacional e dos avanços tecnológicos e científicos, também o crescimento de um sentimento de insegurança. Esse sentimento de insegurança rompe com o paradigma anterior de ordem e certeza.

O conceito de risco social, presente nas diversas teorias existentes acerca da expansão do Direito Penal, foi elaborado pelo sociólogo alemão Ulrich Beck, e pretende diagnosticar a sociedade em seus diversos momentos históricos até chegar ao momento atual (sociedade pós moderna), analisando as várias dimensões da palavra “risco”.

O autor percebe que os riscos sociais estiveram sempre presentes, contudo, o advento da era pós-industrial teria alterado substancialmente a escala de incidência desses riscos. Assim, se antes os riscos eram individuais e locais, com os vários processos experimentados pela sociedade contemporânea, tais como a globalização (grande concentração de capitais; mobilidade acelerada desses capitais; generalização célere da comunicação) e os constantes avanços tecnológico e científico, eles passaram a ser coletivos e globais. O exemplo mais nítido para o qual Beck chama a atenção é a radiação produzida pela tecnologia nuclear, resultante do avanço tecnológico inédito e traz consigo perigos catastróficos — riscos à nossa vida e saúde que são praticamente imperceptíveis aos sentidos e afetam a todos. No estado atual das sociedades humanas, não podemos retroagir ao estágio anterior de tecnologia, e simplesmente aprendemos a conviver cotidianamente e a internalizar o risco de catástrofe — essa é a definição da sociedade de risco.

O conceito de sociedade de risco é relevante na análise do Direito Penal Econômico para compreender como ele se distingue do Direito Penal Clássico. De fato, a nossa relação com a economia contemporânea se encaixa no conceito da sociedade de risco de Beck. Os diversos fatores ligados ao complexo funcionamento do mercado mundial acabaram criando um ambiente fértil para a proliferação dos crimes econômicos. E não só, mas também a própria compreensão dos bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Econômico está relacionada ao conceito de sociedade de risco — são bens jurídicos supra individuais, cuja lesão acarreta em danos que, embora invisíveis à maior parte da população, afetam uma pluralidade de indivíduos, e muitas vezes são irreversíveis.

Os riscos inerentes à nova organização econômica e financeira são incensuráveis. Sem a pretensão de demonstrar a inteira dimensão dessa complexidade, podemos citar os atuais escândalos envolvendo instrumentos derivativos, instrumento financeiro cujo valor é derivado de outros ativos, os ativos subjacentes. Tais instrumentos, apesar de terem sido inicialmente desenvolvidos com a função de proteção e mitigação de riscos financeiros, são considerados atualmente os grandes responsáveis pelo clima de insegurança que paira hoje no mercado global e, ao mesmo tempo, propulsores de grandes crises financeiras devido a seu alto grau de complexidade, sofisticação e abstração alcançado nos últimos anos.

É nesse ambiente global tão hostil a valores como a previsibilidade e a certeza, que a insegurança se tornou uma resultante a ser considerada. Nesse sentido, alerta Silva Sánchez<sup>7</sup> sobre as duas dimensões existentes acerca da insegurança sentida pela sociedade pós-industrial: a dimensão objetiva e a dimensão subjetiva. “Na sociedade de risco, por múltiplas causas os indivíduos experimentam maior intensidade na dimensão subjetiva dos riscos do que em sua dimensão objetiva<sup>8</sup>”.

A dimensão subjetiva da insegurança se caracterizaria por uma forma especialmente aguda dos cidadãos vivenciarem os riscos. Assim, nossa sociedade seria melhor definida como a sociedade da “insegurança sentida’ (ou como a sociedade do medo)<sup>9</sup>”. Analisando a conjugação de fatores que propiciam a sensação de medo compartilhada hoje pelos indivíduos, Flávia Goulart Pereira<sup>10</sup> considera que:

“Uma das causas pode ser encontrada na forma de atuação dos meios de comunicação que transmitem imagens da realidade fazendo com que o receptor tenha a ilusão de que o que lhe é apresentado está muito próximo de si, gerando percepções inexatas da realidade por uma lado e, por outro, um sentimento de insegurança. (...) Não se diz aqui que o sentimento de medo da população seja mera decorrência da atuação da mídia. Esta apenas reforça o medo já existente derivado, dentre outros fatores, de uma crescente desorientação pessoal pela perda de referências valorativas objetivas e até da experiência do mal como elemento de nossa existência a partir da destruição e das guerras do século XX.”

É nesse cenário, em que o velho mundo, com suas fronteiras culturais, econômicas e políticas, abre espaço a uma nova “aldeia global”, que o Direito Penal experimenta o seu momento de expansão. As principais características da tendência expansiva do Direito Penal, segundo as lições de Flávia Goulart Pereira<sup>11</sup> são:

<sup>7</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. A expansão do direito penal; aspectos da política criminal nas sociedades pós industriais. 2, ed. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: Ed. RT, 2002. p.27-62.

<sup>8</sup> PEREIRA, Flávia Goulart: Os crimes econômicos na sociedade de risco. In Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 51, São Paulo: RT, 2004.

<sup>9</sup> SILVA SÁNCHEZ, Jesús Maria. Op. Cit., p. 33.

<sup>10</sup> PEREIRA, Flávia Goulart. Op. Cit., p. 109.

<sup>11</sup> PEREIRA, Flávia Goulart. Op. Cit., p. 106-107.



(i) “O surgimento de novos bens jurídicos e o aumento de valor de alguns dos que existiam anteriormente; (ii) o aparecimento de novos riscos; (iii) o sentimento social de insegurança; (iv) a configuração de uma sociedade de “sujeitos passivos”; (v) a difusão social dos efeitos dos delitos; (vi) a pressão de novos grupos sociais (feministas, pacifistas, consumidores, ecologistas, antidiscriminatórios, defensores dos direitos humanos, entre outros) pela tutela penal de seus interesses; e (vii) o descrédito de outras instâncias de proteção.”

O advento de uma nova criminalidade, com características profundamente distintas da criminalidade que tinha sido até então objeto de consideração penal, pode ser vista a todo instante nos principais noticiários. Os esquemas levados a efeito nas grandes fraudes econômico financeira denunciam a privilegiada posição social e econômica da nova demanda a ser percebida pelo sistema de controle penal. Esses tipos de crimes praticados geralmente por indivíduos com alto poder de capital e elevado prestígio social são comumente chamados de “crimes de colarinho branco”.

## II — NOTÍCIAS

### **Brasil apresenta experiências de cooperação jurídica à ONU**

Fonte: Ministério da Justiça

<http://www.mj.gov.br/data/Pages/MJ5B0F1FEFITEMIDB6FE2D-262CAF4842B10AE648ECB8E862PTBRIE.htm>

Brasília, 15/10/08 (MJ) — Uma injeção de ânimo! Esse foi o sentimento geral das autoridades portuguesas, suíças e americanas, após a apresentação do Brasil na IV Conferência das partes da Convenção das Nações Unidas contra o Crime Transnacional (COP de Palermo), em Viena, na Áustria, na última semana.

O Ministério da Justiça, representado pelo secretário nacional de Justiça, Romeu Tuma Júnior, ministrou palestra sobre cooperação jurídica internacional como meio de combate à criminalidade organizada transnacional. O Brasil foi o único país escolhido para expor suas experiências práticas em cooperação jurídica para os 146 países presentes na conferência.

“O Brasil tem o maior número de pedidos de cooperação jurídica com base na Convenção de Palermo, por isso a deferência da ONU. Somos proativos e temos tradição na área de cooperação jurídica internacional. Partimos do pressuposto de que a prisão e a condenação de integrantes de organizações criminosas são medidas necessárias, porém insuficientes para reduzir as estatísticas. O enfrentamento ao crime organizado depende de um efetivo siste-



ma de combate à lavagem de dinheiro e da recuperação dos ativos de origem ilícita”, destacou o secretário.

Para Tuma Júnior há uma tendência da comunidade internacional de priorizar a recuperação de ativos em favor dos Estados lesados, através de mecanismos eficientes de quebra de sigilo e bloqueio de ativos. “É nesse sentido que a cooperação jurídica internacional é essencial, pois, através dela é possível obter informações para comprovar a ocorrência do crime e cortar o fluxo financeiro das organizações criminosas”, enfatizou.

De acordo com a Secretaria Nacional de Justiça, estima-se que haja U\$ 600 milhões bloqueados no exterior decorrentes de pedidos de cooperação jurídica.

### *Convenção de Palermo*

Ratificada pelo Brasil em 2004, a Convenção de Palermo é uma estratégia internacional de enfrentamento ao crime. Tem por objetivo o redirecionamento das ações dos Estados e da comunidade internacional para o corte do fluxo financeiro das organizações criminosas, demonstrando assim que “o crime não compensa”.

A promoção de mudança na cultura de prevenção e combate do crime organizado transnacional é uma das inovações da convenção, assim como eliminar incentivos para a comissão de novos delitos.

### *Decisão da Corte Constitucional da Alemanha que decide pela nulidade do mandado de prisão europeu*

Fonte: <http://www.juareztavares.com/jurisprudencia/mandadopeisaoeu-ro.html>

Sob a presidência do professor doutor Winfried Hassemer, o Segundo Senado da Corte Constitucional da Alemanha decidiu, no dia 18 de julho de 2005, pela nulidade do mandado de prisão europeu. Este mandado de prisão europeu foi instituído pelo Conselho da Europa em 13 de junho de 2002, com o objetivo de ampliar e facilitar os atos de cooperação penal internacional, dentre eles a extradição.

De conformidade com suas regras, as autoridades judiciais de um país membro da União Européia podem emitir um mandado de prisão contra um acusado de qualquer crime a que seja cominada a pena mínima de 1 ano de privação de liberdade, ou contra aquele que tenha sido condenado a uma pena privativa de liberdade de pelo menos 4 meses, quer seja ou não nacional do país de onde foi emitida a ordem de prisão. Uma vez emitido, o mandado será encaminhado às autoridades judiciárias do país europeu onde se encon-

tre o acusado ou condenado, o qual será ali detido e entregue ao outro país, sem maiores formalidades, no prazo máximo de 90 dias.

A aprovação do mandado de prisão europeu foi alvo de crítica constante de juristas de vários países, especialmente da Alemanha. Examinando essas regras, o Tribunal Federal Constitucional alemão considerou-as inconstitucionais, por violação do princípio da liberdade de extraditar, constante do art. 16, § 2º da Lei Fundamental. Segundo os fundamentos da decisão, o mandado de prisão europeu viola o art. 16, § 2º da Lei Fundamental porque o legislador, quando da conversão das regras orgânicas acerca de sua execução, não cumpriu a exigência da reserva qualificada de lei ali prevista.

Importante nessa decisão é, ademais, a assertiva de que, correspondendo à relação do cidadão com um ente comum livre e democrático, os direitos fundamentais garantem-lhe a vinculação a uma ordem jurídica à qual ele pertence e é por ele sustentada. Assim, “os cidadãos não podem, contra a sua vontade, ser afastados da ordem jurídica na qual confiam. Todo nacional — na medida em que conserve a nacionalidade — deve ser protegido frente à insegurança de uma decisão provinda de um sistema jurídico que lhe seja estranho e baseado em relações alheias e de difícil transparência”. ([BVerfG, 2 BvR 2236/04 vom 18.7.2005, Absatz-Nr; 1-201](#))

### III. PERCEPÇÃO SOCIAL E CAUSAS DO CRIME ECONÔMICO:

Indiscutivelmente a criminalidade econômica foge da ideia de delinquência como fenômeno marginal e, além disso, costumeiramente os autores desses delitos não são vistos como verdadeiros criminosos, seja por eles mesmos, seja por outros criminosos ou pelo público em geral, ainda que esta percepção esteja em transformação com o passar dos recentes anos.

A verdade é que não se pode afirmar que está definitivamente ultrapassada a ideia de que a sociedade não valorava de forma negativa as condutas dos criminosos econômicos. A partir da reportagem acima, percebe-se que nem sempre se julga de forma negativa as condutas delituosas dos criminosos econômicos, como a exigir suas respectivas punições.

É certo que houve grandes avanços, parte de um processo de mudança gradual. Se antes não havia julgamento social pois os próprios integrantes da sociedade não conseguiam vislumbrar ser o crime econômico um delito igual a qualquer outro, atualmente o desejo de punição dos criminosos econômicos ganhou grande destaque nos meios de comunicação, sob o slogan “a hora e a vez da burguesia na polícia”. Desde que não seja ele próprio, o indivíduo entrevistado, o autor do crime.

Portanto, diferentemente da percepção social que se viu alterada nos recentes anos, a percepção do próprio agente criminoso a respeito de sua con-



duta restou inalterada. O criminoso do ‘colarinho branco’ não consegue enxergar o caráter ilícito da sua conduta. Para ele aquela conduta pode até ser imoral em alguns casos, porém nunca ilícita. Como aponta Alberto Zacharias Toron:

(...) [há um] paradoxo apontado por Peña Cabrera, quando registra que os membros dos extratos sociais mais elevados a um tempo não rompem com os valores da sociedade a que pertenciam e, a outro, os infringem.

De outro lado, se as normas penais em matéria econômica perdem eficácia, isto não se dá apenas em razão de uma não internalização dos valores consagrados. Aqui parece ocorrer algo que os teóricos do “labeling approach” chamam de capacidade de contra restar, isto é, capacidade para reagir aos efeitos estigmatizadores da atividade etiquetada como criminosa. Enfim, os criminosos do colarinho branco são capazes de rejeitar “as significações que lhe tentam atribuir”.

Assim, por exemplo, sonegar impostos num país onde se costuma dizer que o dinheiro arrecadado é mal dirigido ou, quando não, alimenta bolsos corruptos, longe de ser uma prática a ser escondida, passa a ser objeto de justo aplauso e, de resto, poucos escondem que o fazem. (...)”<sup>12</sup>

Nesse panorama, é preciso entender quais as causas para a criminalidade econômica. Aceita a premissa de que o crime não deriva de fatores como pobreza, lares desfeitos nem fixações freudianas em violações de regras, enfim, da disfunção ou inadaptação de pessoas de classes menos favorecidas (vide os inúmeros exemplos de ilícitos penais praticados por pessoas absolutamente saudáveis, colocadas em situações de poder e criadas em famílias tradicionais) Sutherland sugere que o crime econômico *se aprende* (e denomina isso de “teoria da associação diferencial”).

“*Não se trata da aprendizagem na sua concepção pedagógica estrita — ação de ensinar e aprender — senão a própria gênese profunda do comportamento humano, enquanto processo complexo do desenvolvimento psicológico do homem*”<sup>13</sup>, diz E. Sutherland. Mas tanto a motivação quanto a destreza ou capacidade necessárias para o delito seriam aprendidos de acordo com o contato com valores, atitudes e definições no curso normal de comunicação e interação entre os indivíduos. Sendo o comportamento criminoso concebido como o fruto da aprendizagem pautada especialmente pela inserção social do indivíduo, não haveria nenhuma razão teoricamente consistente para excluir deste esquema os crimes de classe média e alta.

Ainda segundo a **teoria da associação diferencial**, o conhecimento das formas de cometimento desse ato são fruto de uma aprendizagem decorren-

<sup>12</sup> TORON, Alberto Zacharias: Op. Cit.

<sup>13</sup> MOLINA, Antonio García-Pablos: Criminologia: introdução aos seus fundamentos teóricos, introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95 — Lei do Juizados Especiais Criminais. 3. ed. Trad. Luiz Flávio Gomes. São Paulo: Ed. RT, 2000. P. 372.

te de processos de comunicação (valores e atitudes) no interior de grupos sociais. Sendo assim, a aprendizagem efetiva de valores criminais (que pode acontecer em qualquer cultura) seria o elemento comum entre todas as formas de crimes, praticados por quaisquer agentes.

Em outras palavras, a associação diferencial nada mais é do que a assimilação gradativa, pelo sujeito, de valores presentes no meio no qual desenvolve sua atividade profissional. Ou seja, a assimilação de condutas, ainda que ilícitas, como corretas, pois que habituais. Chega-se inclusive a ter-se presente a ideia de que apenas aquela determinada conduta, mesmo que não legal, é a conduta mais justa ou a melhor conduta. Por exemplo, um empresário justifica o fato de sua empresa sonegar tributos não com base no fato de gerar tremenda vantagem concorrencial, mas no fato de quê o governo é corrupto e sua empresa de trabalhadores honestos não deveria ser espoliada para sustentar “a quadrilha do governo”.

Por outro lado, a **teoria da identificação social diferencial** parte da concepção de que o indivíduo deve obter o sucesso a todo custo. Em ambos os casos, tanto em um plano ou no outro utiliza-se tais meios como escusa para o cometimento do ilícito. É importante reparar, contudo, que nas suas mentes não há cometimento deste ilícito, uma vez que sua conduta ou justifica-se pelo seu ambiente ou pelos seus fins.

E há um outro fato aqui fundamental para ajudar a tentar compreender o comportamento dos criminosos de colarinho branco: eles simplesmente têm uma maior esperança de que poderão escapar de uma punição quando comparados com os criminosos “comuns”.

Os criminosos econômicos, então, são resultado de três fatores: motivação, oportunidade e consciência da baixa probabilidade de serem punidos. Presentes estes três requisitos (que são como justificativas para sua conduta), o criminoso econômico agirá. Quando os valores dominantes no grupo são propícios ao cometimento de uma infração, o indivíduo, independentemente de sua classe social ou da sua constituição biológica, violará a lei. Vivemos, então, uma situação paradoxal que opõe o espaço ocupado pelo crime econômico no cenário do Direito Penal e o comportamento social.

“Com a democratização da sociedade, ficando esta menos relacional, isto é, onde o império da lei pode ser imposto com mais independência, ainda que não de forma absoluta, cria-se um caldo cultural que reforça, mais que a consciência, a necessidade de se reprimirem condutas que em primeira e última análise revelam-se muito mais danosas do que os furtos e roubos. Agregue-se a tudo o fato de que na mídia também há, hoje, um forte apelo à publicação dos escândalos econômicos que, de resto, encontram um amplo público leitor.



Mas tudo isto é apenas parte da modificação do tratamento dado aos crimes do colarinho branco, Na verdade, a grande virada ocorrerá quando sonegar ou comprar bens oriundos do descaminha forem práticas vergonhosas, isto é, quando, para exemplificar, o empresário sentir-se isolado, sozinho, na sonegação e com um comportamento reprovável. E isto só ocorrerá, de um lado, com a instituição de políticas públicas fiscais mais racionais e, de outro, com a diminuição da corrupção que mina a credibilidade das ações de governo e, por via oblíqua, 'legítima' este tipo de delinquência".<sup>14</sup>

#### IV. NOTÍCIAS

##### **Brasileiro não vê importância no pequeno delito**

*Cidadão que cobra fim da impunidade é o mesmo que compra DVD pirata e anda com cachorro solto na praia*

O GLOBO. Reportagem de Tatiana Farah, Chico Otavio e Isabela Martin.

A impunidade avança o sinal, para em fila dupla, paga uma propina e, antes de chegar em casa, compra uns DVDs piratas para divertir a família. Os brasileiros que se queixam das injustiças e dos desmandos, que acompanham de longe, indignados, os políticos corruptos e os milhões roubados e nunca recuperados, são os mesmos que praticam pequenas transgressões cotidianas sem enxergar alguma gravidade nesses gestos.

— A gente tem muitos exemplos de que não se faz justiça no Brasil. O maior é a impunidade. Quem tem grana sempre dá um jeitinho de não ser punido — diz a pesquisadora de opinião pública Priscila Seckler, de 34 anos, depois de comprar dez DVDs piratas por pouco mais de R\$ 20, em uma rua perto da Praça da Sé, no Centro.

Pesquisa da Ogilvy Brasil, feita há dois anos, captou em seus questionários uma mania nacional: o brasileiro, coletivamente, se declara a favor de causas ou atitudes politicamente corretas (desde não jogar papel na calçada até punir corruptos ou preservar a natureza), mas individualmente não segue este discurso e age com egoísmo, sem pensar na coletividade.

— A maioria absoluta das pessoas respondeu que valores bem estruturados são importantes para guiar a vida, mas confessou que, no trivial diário, está mais indisciplinada no trânsito e que transgressões são pequenas — disse Luiz Augusto Cama, vice-presidente da agência.

Mãe de dois filhos, Priscila Seckler disse não se sentir envergonhada pela compra de DVDs ilegais. Mostrou uma lista de 12 filmes, a maioria lança-

<sup>14</sup>TORON, Alberto Zacharias: Op. Cit.



mentos recentes, e disse que eram para um amigo. Afirmou que não tem dificuldade para ensinar honestidade aos filhos de 13 e 7 anos.

— Não é difícil porque meus filhos têm o exemplo de honestidade dentro de casa. Então é natural — disse Priscila.

Na tarde de anteontem, na Rua Santa Ifigênia, paraíso das lojas de informática no Centro de São Paulo, o técnico de informática Radmildson Ferreira de Souza, de 35 anos, comprava um software pirata:

— A impunidade começa de cima. Enquanto tiver uma carga tributária de 38%, a corrupção não vai acabar.

O técnico, no entanto, não se demonstrou constrangido. Para ele, “a classe pequena” é a única cobrada pelos crimes:

— Isso é muito pequeno. A preocupação do Governo é fiscalizar para que as pessoas paguem (impostos) e eles possam desviar o dinheiro. E eu não estou com vergonha.

Mais cedo, do outro lado da cidade, na pomposa rua de lojas Oscar Freire, a designer de moda Stella Smith de Vasconcelos, de 42 anos, parou seu carro em fila dupla enquanto protestava:

— Este país é uma vergonha! O símbolo disso é o Senado. Esses políticos são uma vergonha.

### A FORÇA DO LEÃO

*Gasto brasileiro com IR subiu até 5 vezes mais que a inflação em 12 anos*

O GLOBO.

A partir de amanhã, os brasileiros começam a acertar as contas com o Fisco. E verão os seus rendimentos serem abocanhados pelo Leão num ritmo muito superior ao da inflação. De 1996 a 2008, o crescimento do gasto da família brasileira com o Imposto de Renda chega a 451,8%, cinco vezes mais que a correção de preços no período, de 84,15%, segundo estudo da consultoria Ernst & Young. A disparidade resulta da combinação de dois fatores que seguiram caminhos opostos ao longo desses 12 anos: o reajuste da tabela do IR abaixo da inflação e o aumento dos salários acima do índice de preços. Uma distorção que, na avaliação de tributaristas, só será corrigida com reajustes complementares da tabela.

Entre 1996 e 2008, a tabela do IR foi reajustada em 44,5%, praticamente a metade da inflação acumulada no período medida pelo IPCA, do IBGE. Isso significa defasagem de 39,65%. O salário mínimo, por exemplo, seguiu direção contrária: subiu 270% nos últimos 12 anos.

— Com a política do governo Lula de elevar o mínimo, as famílias passaram a ganhar mais. No entanto, como a tabela (de IR) não acompanhou a inflação, muitas passaram a um novo patamar nas faixas de alíquotas de IR e

tiveram seu poder de compra reduzido devido ao maior gasto com impostos — diz o gerente sênior da Área Tributária da Ernst & Young, Frederico God.

Quanto mais baixa a renda, maior foi o salto no valor pago de IR. Na simulação feita pela consultoria, uma família com renda mensal de R\$ 1.058 em 1996 pagava R\$ 23,70 por mês de IR. Doze anos depois, considerando reposição salarial pela inflação do período, o rendimento dessa mesma família passou a R\$ 2.244,73, e a despesa mensal com IR subiu para R\$ 130,79, um salto de 451,8%. Já uma família que ganhava R\$ 2.115,01 e passou a ter renda de R\$ 4.48,36, no mesmo período viu o valor de IR pago por mês subir 220,5%, de R\$213,75 para R\$ 685,20. Ou seja, com o dobro de renda familiar, o aumento dos gastos com o imposto correspondeu à metade do verificado na primeira categoria, embora também acima da inflação.

*Pagamos muito IR e não temos retorno*

Na faixa salarial de R\$900 (R\$1.909,51 em 2008), os trabalhadores tiveram de se despedir da isenção e abrir o bolso para acertar as contas com a Receita em 2008, com tributação de R\$ 80,51 por mês. Nem o outro extremo da pirâmide social foi poupado, ainda que o crescimento do peso dos impostos sobre a renda tenha sido proporcionalmente menor. Quem ganhava de R\$14.500 mensais e pagava R\$ 3.310 de IR por mês, em 1996, 12 anos depois recebeu uma facada de R\$ 7.911,35 (alta de 139%) em cada um dos 12 meses do ano, para uma renda mensal de R\$ 30.764,26.

— A única forma de se fazer justiça com essas pessoas é promover novos reajustes da tabela do IR — diz o tributarista Ives Gandra Martins.

Procurada pelo GLOBO, a Receita Federal limitou-se a dizer que serão feitos reajustes anuais de 4,5% da tabela até 2010, como já previsto. No ano passado, porém, esse nível de correção da tabela foi de novo insuficiente para cobrir a inflação pelo IPCA, que atingiu 5.9%. Ou seja, mais uma vez a defasagem cresceu.

A analista judiciária Márcia Barros, de 38 anos, e seu marido, o professor Marcelo Luiz de Souza, de 41 anos, reclamam que pagaram R\$ 31 mil de Imposto de Renda no ano passado. Ou seja, os ganhos de dois meses de trabalho foram inteiramente repassados ao Fisco. Os baixos limites para dedução agravam a situação. O casal teve gastos de R\$ 10.800 com pós-graduação de Márcia e a escola do filho Pedro, de 4 anos, mas só pôde deduzir R\$2.592,29, teto imposto pela Receita ao titular da declaração para deduções com educação.

— Pagamos muito imposto e não temos retorno. É um absurdo. Pago escola particular para o meu filho para que ele tenha uma boa educação. Nossa sorte é que o plano de saúde é da empresa — desabafa Márcia.

Com a criação das alíquotas intermediárias de 7,5% e 22,5% no fim do ano passado, o cenário para 2009 vai ser atenuado. As famílias que viram seu gasto saltar 451,8% em 12 anos na simulação da Ernst & Young, por exemplo, terão um alívio de 32,6% na próxima declaração. Mesmo as faixas



salariais que mantiveram na alíquota máxima de 27,5% acabarão sendo beneficiadas. Isso porque a tabela de IR é progressiva: os primeiros R\$ 1.434,59 são isentos, e apenas a parcela que passa o patamar de R\$ 3.582 é taxada pela alíquota máxima. Sobre a faixa intermediária do salário incidem as demais alíquotas.

— A medida vai beneficiar as famílias e fortalecer a economia, pois o dinheiro que sobrar será usado para consumo ou para investimento — avalia Tatiana da Ponte, sócia da Assessoria Tributária da Ernst & Young.

Apenas de ver com bons olhos a criação das alíquotas intermediárias, o tributarista Illan Gorin sugere outras medidas para compensar a pesada carga tributária que recai sobre o brasileiro. Para ele, o limite para deduções com gastos com instrução deveria ser extinto, e a permissão para deduzir com aluguel e doações deveria voltar.

— Mas essas são alternativas secundárias. A defasagem da tabela do IR só será corrigida com reajustes complementares. É o caminho mais curto e mais correto.

## V. LEITURA OBRIGATÓRIA

PEREIRA, Flávia Goulart: Os crimes econômicos na sociedade de risco. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais. N. 51. São Paulo: Revista dos Tribunais, Nov-Dez 2004.

## VI. LEITURA COMPLEMENTAR

BITENCOURT, Cezar Roberto: Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco. *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais, nº 11. São Paulo: RT, 1995. (está no gmail)

## VII. QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO

- 1) Quais os efeitos sobre o Direito Penal gerados pelas seguintes características da sociedade de risco? Apresente exemplos concretos desses efeitos.
  - a) Globalização e integração supranacional;
  - b) Surgimento de novos bens jurídicos;
  - c) Maior sofisticação da criminalidade organizada;
  - d) Imprevisibilidade dos efeitos das condutas criminosas e sentimento de insegurança e impotência da sociedade em face dos riscos;
  - e) Sociedade de sujeitos passivos.



2) As causas do crime econômico e a aplicação da lei nesse tipo de delito são as mesmas relacionadas aos os crimes patrimoniais comuns?

3) Os crimes econômicos possuem menor reprovação social? Como você avalia o argumento de que a sonegação de impostos se justifica diante da corrupção estatal e da falta de investimentos em saúde, educação e segurança? Seria esse argumento uma forma de excludente de culpabilidade, semelhante à objeção de consciência?



## AULA 02: CONCEITOS FUNDAMENTAIS (PARTE II)

### TEMAS

Seletividade do sistema penal nos crimes econômicos. Direito Penal Econômico como direito penal de perigo. Pressupostos materiais mínimos da tutela penal. Bens jurídicos supraindividuais. Aplicação de penas em Direito Penal Econômico. Propostas de tratamento do crime econômico.

### I. SELETIVIDADE DO SISTEMA PENAL NOS CRIMES ECONÔMICOS

Uma característica do Direito Penal Econômico é criminalização de condutas que não afetam um bem jurídico individual determinado (como vida, patrimônio, honra), mas conceitos indeterminados e classificados como bens jurídicos supra individuais (bom funcionamento do sistema financeiro nacional, boas condições de concorrência e livre iniciativa etc.), à luz das teorias penais contemporâneas.

Uma discussão que se impõe ao tratar-se da criminalidade econômica é aquela acerca da impunidade dos crimes financeiros, em razão do ínfimo número de crimes financeiros investigados, processados e que tenham seus agentes condenados. Por outro lado, contrapõe-se a este dado a forma pela qual a sociedade lida com o fenômeno criminógeno nas relações financeiras, econômicas, empresariais e comerciais. Tudo isto se relaciona diretamente aos mecanismos de seleção da criminalidade econômica, ou seja, o processo de filtragem de fatos e agentes, realizados por instituições como bancos privados, Banco Central, Polícia Federal, Ministério Público e o Judiciário.

A forma pela qual a sociedade lida com a criminalidade econômica foge da ideia desta delinquência como fenômeno marginal e os autores desses delitos não são vistos como verdadeiros criminosos por eles mesmos, pelo público em geral e nem por outros criminosos.

A **seletividade do sistema penal** atua tanto na etapa da criminalização primária (fase de criação da lei), quanto no momento da criminalização secundária (fase de aplicação da lei pelas autoridades). Em relação à atuação do Poder legislativo (criminalização primária), ela se mostra na escolha recorrente de criminalização, ou maior rigor da sanção penal sobre as condutas relacionadas à “criminalidade tradicional”, bem como na ausência de conhecimentos técnicos que permitam uma acurada descrição do tipo do delito econômico.

E. Sutherland explicava que a aplicação diferenciada da lei pode ser debilitada aos seguintes fatores:



(1) **status:** o poder imuniza os “homens de negócio” em relação aos crimes, já que incriminá-los poderá trazer problemas para o incriminador no futuro; no caso dos EUA, Sutherland afirmava que as campanhas para eleição de membros do Ministério Público e os necessários apoios políticos para nomeação de juízes atuavam como freios ao aparelho de persecução penal no que tange aos membros influentes da sociedade. Esta conclusão não pode ser aplicada ao Judiciário brasileiro menos sujeito a interferências externas nos processos de nomeação de juízes, mas pode se aplicar de forma correlata ao Legislativo, responsável por criar as leis penais repressoras de crimes econômicos, já que muitas vezes os criminosos econômicos são os financiadores das campanhas dos parlamentares;

(2) **homogeneidade cultural:** juízes, administradores, legisladores e homens de negócios possuem a mesma formação cultural, muitas vezes partilham as mesmas origens sociais e essa homogeneidade faz com que não seja uma tarefa fácil caracterizar os criminosos econômicos dentro do estereótipo do criminoso comum.

(3) **a relativa desorganização na reação aos crimes de colarinho branco:** as violações das leis pelos homens de negócios são complexas e produzem efeitos difusos. Não se tratam de agressões simples e diretas de um indivíduo contra outro. Além disso, podem permanecer por muitos anos sem serem descobertas. Os meios de comunicação de massa não exprimiriam uma expressiva valoração moral da coletividade a respeito dos crimes do colarinho branco, em parte porque são fatos complexos, de difícil colocação jornalística, mas, sobretudo porque também os jornais pertencem a homens de negócios, que às vezes são responsáveis por numerosos ilícitos análogos. Por fim, a normativa que disciplina as atividades econômicas fazem parte de um setor novo e especializado do ordenamento jurídico, pois os velhos delitos constantes dos códigos penais comuns constituíam-se de condutas danosas para o indivíduo.

No Brasil, é possível afirmar que a seletividade opera nos três Poderes do Estado. No âmbito do Executivo, a falta de equiparação e valorização das defensorias públicas estaduais e federal repercute sobre a qualidade do serviço de defesa processual oferecido aos cidadãos que não tem condições de contratar advogados particulares.

A seletividade também se opera de forma puramente sistêmica. A falta de aparelhamento e capacitação técnica das autoridades responsáveis pela persecução criminal gera um cenário em que elas são mais aptas para perseguirem o criminoso comum (um furtador ou um estelionatário), mas não conseguirão lidar com um delito de maior complexidade como são os crimes econômicos. Isso se verificou, por exemplo, no infame episódio do Banco Nacional, em São Paulo, na década de 90. Na época, o MP não possuía capacitação para lidar com o intrincado esquema de fraudes e desvios financeiros,





e necessitou da assistência técnica de um órgão especializado, a CVM, para realizar a adequada persecução criminal dos acusados.

No âmbito do Legislativo, a péssima técnica legislativa na redação de tipos penais gera, de um lado a construção de severas críticas dos aplicadores do Direito e, em alguns casos, a invalidação dos tipos penais, como é o caso dos crimes de evasão de divisas e de a gestão fraudulenta, ou ainda a inflação exacerbada de tipos penais, que poderiam, sem dúvida alguma, ser tratados por outras instâncias de controle, como o direito administrativo. Verifica-se também um tratamento diferenciado dado às causas de extinção da punibilidade, como ocorre no crime de sonegação fiscal.

Finalmente, o Poder Judiciário opera de forma seletiva ao tratar de forma extremamente rigorosa os crimes patrimoniais (roubo, extorsão etc.) quando se cuida da “criminalidade dos pobres”, redobrando-se a severidade da lei e dos seus aplicadores. No caso do Poder Judiciário, a seletividade também pode operar no sentido inverso — os promotores e magistrados, pressionados pela sociedade a oferecerem resposta à impunidade dos criminosos de colarinho branco, irão manusear ou mesmo inovar com os mecanismos jurídico-penais de forma a suscitar uma aparente severidade punitiva, ainda que em violação aos preceitos mais basilares do Direito Penal, que se consubstanciam na forma de garantias individuais. Exemplo disso pode ser observado nos crimes societários, onde a dificuldade de identificar com precisão cada partícipe do organograma criminoso levou à concepção, pelo MP, da “denúncia genérica” (amplamente aceita pelos juízes), que afrontaria um princípio geral do Direito Penal clássico — a individualização das condutas no concurso de agentes.

Uma visão interdisciplinar dos conceitos fundamentais se faz relevante uma vez que o direito penal econômico traduz a proximidade entre política econômica e a política criminal, colocando questões como a necessidade/ utilidade da proteção jurídico-penal da economia, ou da imposição aos atores econômicos de menores restrições possíveis em favor do crescimento econômico.

A abordagem criminológica terá como proposta discutir algumas questões como as penas de prisão (mais ou menos longas), de multa (com ou sem caráter confiscatório), à luz das teorias de fundamentação da pena. Desse debate surgem também outras questões como: deve o Estado proteger jurídico-penalmente a economia, ou deve impor aos atores econômicos as menores restrições possíveis em favor do crescimento econômico? Deve o legislador regular os delitos econômicos com a legislação penal (seja no Código Penal ou em lei especial), ou deve configurá-los como infrações administrativas (regulação tributária, fiscal, previdenciária)?

Deve-se impor penas restritivas de liberdade ou penas pecuniárias compatíveis com a magnitude da lesão? Deve-se punir as pessoas físicas ou as organizações?



Os meios de comunicação e a sociedade em geral têm a percepção de que o sistema penal opera de forma seletiva, privilegiando os autores de crimes econômicos e atuando de forma mais grave e intensa sobre a população sem recursos econômicos.

O Núcleo de Estudos sobre o crime e a pena da Escola de Direito de São Paulo da Fundação Getúlio Vargas publicou a pesquisa “A aplicação da Lei nº 7.492/86 nos Tribunais Regionais Federais e no Superior Tribunal de Justiça” na qual é apresentado um estudo estatístico dos julgamentos envolvendo crimes econômicos.

De acordo com os dados levantados pela pesquisa, a taxa de condenação por crimes contra o Sistema Financeiro Nacional no Superior Tribunal de Justiça é de 66,7% dos casos em que o indivíduo já fora condenado em primeira e segunda instância. Caso seja considerados também os casos em que houve absolvição em primeiro ou segundo grau, a taxa de decisões condenatórias no Superior Tribunal de Justiça alcança a o percentual de 94,4%.

Quando instado a se manifestar sobre o prosseguimento, ou não, de inquéritos investigando crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, o Superior Tribunal de Justiça decidiu em 75% das vezes que as investigações deveriam prosseguir.

Nesse panorama, Maria Lucia Karan<sup>15</sup> alerta que determinada parcela da sociedade, que se pretende progressista e preocupada com o rigor empregado pelos Poderes do Estado sobre o segmento mais pobre da sociedade, sem entender a clara razão dessa atuação desigual, passa a exigir que os mesmos mecanismos repressores se dirigissem a chamada “criminalidade dourada”, ou seja, aos abusos do poder político e econômico, e classifica este comportamento desta parcela da sociedade como sendo a ‘esquerda punitiva’.

Parecendo ter descoberto a solução penal, começaram a reivindicar e criar a imagem do bom magistrado como aquele condenador implacável e severo que impõe rigorosas penas a réus enriquecidos, clamando assim contra a impunidade. Cresce, dessa forma, a ideia de prisões e condenações a qualquer preço e o furor persecutório.

Contudo, de acordo com Karan, essa pensamento apenas reproduz o autoritarismo e tem como risco o esgarçamento das históricas conquistas da civilização, como as imprescindíveis garantias das liberdades e com princípios fundamentais do Estado de Direito. Afirmando que a imposição da pena não passa de pura manifestação de poder, destinada a manter e reproduzir os valores e interesses dominantes em uma dada sociedade, Karan alerta que, sob o teto do modelo de produção capitalista, é evidente que a seleção de condutas a serem criminalizadas irá recair, na maioria das vezes, na classe subalterna.

Por fim, sustenta que a excepcionalidade da atuação do sistema penal é de sua própria essência. A lógica da pena prega pela seletividade, sendo impossível punir todos os autores de crimes. Sendo assim, a monopolizadora

<sup>15</sup> KARAN, Maria Lucia: A esquerda punitiva. In *Discursos Sediciosos*, nº 1. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, pp. 79/92.



reação punitiva contra um ou outro autor de condutas socialmente negativas não só desvia atenções como afasta a busca de outras soluções mais eficazes. A funcionalidade do sistema penal torna invisíveis as fontes geradoras da criminalidade, incentivando a crença em desvios pessoais a serem combatidos, deixando encobertos e intocados os desvios estruturais que os alimentam.

## II — NOTÍCIAS

### CONGRESSO DÁ POUCA ATENÇÃO A CRIMES FINANCEIROS.

*Rigores quando lei se aplica a criminosos de baixa renda, parlamentares se omitem sobre delitos do colarinho branco.*

O GLOBO. Reportagem de Bernardo Mello Franco

Brasília. Os parlamentares são ágeis para propor o aumento das penas de prisão por crimes comuns, mas dedicam pouco tempo à punição de delitos praticados pela elite econômica. De 646 projetos sobre criminalidade apresentados na última legislatura, 626 tratavam de agravar penas e restrições (96% do total). No mesmo período, apenas duas propostas tiveram como alvo o chamado crime do colarinho branco. O levantamento é da socióloga Laura Frade, autora de uma tese de doutorado sobre o assunto na Universidade de Brasília (UNB).

No trabalho que chega às livrarias esta semana (“Quem mandamos para a prisão?”, da editora Líber Livro), a professora constata que o rigor dos parlamentares é maior quando a lei se aplica mais facilmente a criminosos de baixa renda. A pesquisa incluiu projetos formados entre 2003 e 2006, período marcado por escândalos políticos como o mensalão e a máfia dos sanguessugas.

— O alvo da maioria dos projetos de lei sobre criminalidade é o pobre. Não há tanta preocupação em regular os crimes da elite, porque os parlamentares não costumam vê-la como criminosa — afirma Laura Frade.

*Para deputado, homicídio só é hediondo contra políticos*

Entre as propostas para endurecer a legislação penal, destacam-se as que torna hediondos os crimes mais variados, como o contrabando de armas, a falsificação de produtos alimentícios ou medicinais e até o aborto. O adjetivo hediondo, que na lei penal determina punições mais graves, aparece nos dicionários como sinônimo de sórdido, repulsivo e imundo. Um dos projetos mais curiosos, apresentado pelo ex-deputado José Divino (PRB-RJ), propunha transformar em hediondo o homicídio doloso, mas só quando praticado contra um político.

A lista de ideias para endurecer as penas é liderada por uma proposta de emenda constitucional do ex-senador Ney Suassuna (PMDB-PB), que em 2003 propôs instituir a prisão perpétua no país. O autor não conseguiu se reeleger, e a proposta, considerada inconstitucional, por seus colegas, foi arquivada.

A pesquisa também mostra que o elitismo predomina na visão que os parlamentares têm do crime. Ao entrevistar 46 deputados e senadores, que falaram sob a condição de não serem identificados, Laura constatou que a maioria faz uma associação direta entre pobreza e propensão para desafiar a lei. Para desvendar o ideário que se esconde por trás dos projetos, ela entregou a cada congressista um questionário com características a serem ligadas ao criminoso. A opção mais citada foi “baixa instrução”, seguida por “doente”, “indigno de confiança” e “indisciplinado”

— São crenças que se reproduzem de forma inconsciente na hora em que os parlamentares elaboram seus projetos. O resultado é uma legislação que reproduz, e até ajuda a aprofundar, a distância entre ricos e pobres — avalia a socióloga.

Embora as pesquisas de opinião pública mostrem que a violência é uma das maiores preocupações dos brasileiros, 65% dos políticos ouvidos admitiram que a criminalidade não é um tema prioritário no Congresso. A autocrítica ajuda a explicar outra conclusão do estudo: a de que a legislação sobre o assunto é feita aos soluções, como resposta a casos de violência com grande repercussão popular.

A legislatura atual já produziu um desses fenômenos: a apresentação de um novo pacote antiviolença após o bárbaro assassinato do menino João Hélio Fernandes, em fevereiro do ano passado. Após o caso, que teve o envolvimento de um adolescente de 16 anos, a Comissão de Constituição e Justiça (CCJ) do Senado aprovou em tempo recorde um projeto para reduzir a maioria penal para a idade do acusado.

#### *Está parado há 5 anos projeto sobre delitos financeiros*

Um dos projetos sobre crimes do colarinho branco instituiu a prisão temporária para os investigados por delitos financeiros. A ideia, do deputado Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ), já tramita há cinco anos pelas comissões da Câmara. A outra proposta de José Nader (PFL-RJ), previa a responsabilização de integrantes de conselhos de bancos e foi arquivada. Ex-secretário nacional de Justiça, Biscaia afirma que o Legislativo protege os criminosos que têm poder:

— Os parlamentares não mostram muito empenho para aprovar projetos que podem afetar quem exerce mandatos ou financia campanhas políticas.



*“Se as leis forem cumpridas, a violência cai”*

Brasília. Parlamentares ligados à área de Justiça e segurança pública disseram concordar com a maior parte das conclusões da socióloga Laura Frade sobre o elitismo do Congresso ao tratar da criminalidade.

Presidente da Comissão de Segurança Pública da Câmara, o deputado Raul Jungmann (PPS-PE) chamou de preconceituosa a ligação entre crime e baixa instrução, feita pela maioria dos parlamentares ouvidos. Para ele, as respostas revelam uma compreensão incompleta e infeliz dos fatores que levam as pessoas para a delinquência.

Jungmann, porém, disse que o número irrisório de projetos sobre crimes do colarinho branco deve ser relativizado.

— O Congresso tem muita gente que entende de lei penal, como ex-delegados, ex-promotores e militares da reserva. Mas a área financeira exige mais especialização.

Para o deputado Antonio Carlos Biscaia (PT-RJ), a insistência em aumentar penas reflete a preocupação dos políticos em dar resposta à criminalidade, mas não resolve o problema.

— É uma solução ilusória. A violência só cairá se as leis existentes forem cumpridas com eficácia — disse.

### III. BENS JURÍDICOS SUPRA INDIVIDUAIS

Uma das questões mais difíceis do Direito Penal é a definição de bem jurídico. Nas palavras de Jorge Figueiredo<sup>16</sup>:

“A noção do bem jurídico não pôde até hoje ser determinada — e talvez jamais o venha a ser — com uma nitidez e segurança que permita convertê-la em conceito fechado e apto a subsunção, capaz de traçar, para além de toda dúvida possível, a fronteira entre o que legitimamente pode e não pode ser criminalizado.”

Não obstante a dificuldade de se determinar a noção exata do conceito de bem jurídico, é possível identificar um esforço por parte da doutrina para, ao menos, contornar o seu significado, usando para isso o entendimento da própria missão institucional do Direito Penal.

Luiz Regis Prado<sup>17</sup> explica que um dos princípios essenciais de Direito Penal é o da exclusiva proteção de bens jurídicos:

As principais funções desempenhadas pelo bem jurídico na área penal podem ser assim elencadas: a) *função de garantia*: o bem jurídico

<sup>16</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo: direito penal: questões fundamentais a doutrina geral do crime — apontamentos e materiais de estudo da cadeira de Direito Penal, 3º ano, p.52.

<sup>17</sup> PRADO, Luiz Regis. Curso de Direito Penal Brasileiro; Parte Especial, São Paulo: Revista dos Tribunais, 3ªed.,v.1. p.119.

é erigido como conceito-limite na dimensão material da norma. Essa função, de caráter político-criminal, restringe o *jus puniendi* estatal e indica que não se pode descurar do sentido informador do bem jurídico na construção dos tipos penais; b) *função teleológica*: como um critério de interpretação dos tipos penais, que condiciona seu sentido e alcance à finalidade de proteção de determinado bem jurídico, como conceito central do tipo; c) *função individualizadora*: como critério de medida da pena, no momento concreto de sua fixação, levando-se em conta a gravidade da lesão do bem jurídico (desvalor do resultado) e d) *função sistemática*: como elemento classificatório decisivo na formação dos grupos de tipos da parte especial do Código Penal. Os próprios títulos ou capítulos da parte especial são estruturados com lastro no critério do bem jurídico em cada caso pertinente. Para que o bem jurídico possa bem cumprir o seu papel protetivo em uma sociedade democrática, deve a lei penal respeitar sempre os princípios penais de garantia.

Garantia é então a palavra para compreensão não só do significado, mas também das funções do bem jurídico penal. Assim, o Direito Penal teria o encargo de proteger a sociedade salvaguardando os bens jurídicos relevantes aos interesses sociais. Daí a característica subsidiária do Direito Penal, alcançando apenas os bens jurídicos ditos mais importantes para vida do homem em sociedade<sup>18</sup>.

Não apenas isso, a noção de bem jurídico estabelecia também limites a serem observados pelo *ius puniendi* do Estado, que não poderia produzir normais penais as quais não tivessem por escopo proteger bens jurídicos anteriormente assimilados pelo ordenamento. Sendo assim, o objeto de proteção penal deveria ser prontamente delimitado, pois a falta de definição do bem jurídico tutelado acarretaria, indubitavelmente, a ilegitimidade da própria norma. Decorre de tal entendimento o princípio da exclusiva proteção a bens jurídicos do Direito Penal.

O Direito Penal orienta a escolha dos bens jurídicos a merecerem sua tutela através da aplicabilidade dos **princípios da subsidiariedade e fragmentariedade**. O princípio da subsidiariedade estabelece que o Direito Penal só deve atuar na defesa dos bens jurídicos imprescindíveis à coexistência pacífica dos homens e que não podem ser eficazmente protegidos de forma menos gravosa. Desse modo, a lei penal só poderá intervir quando for absolutamente necessário para a sobrevivência da comunidade, como *ultima ratio*. Já com o postulado da fragmentariedade, tem-se que a função maior de proteção de bens jurídicos atribuída a lei penal não é absoluta. O que faz com que só devam eles ser defendidos penalmente ante certas formas de agressão, consideradas socialmente intoleráveis. Nas palavras de Miguel Reale Junior<sup>19</sup>:

<sup>18</sup> Sobre o tema, vide Hans Heinrich Jescheck, *Tratado de Direito Penal Parte Geral*, 4. ed., p.7; Claus Roxin, *Derecho Penal — Parte Geral tomo I Fundamentos. La estructura de La Teoría del Delito*, Civitas, 1. ed., 1997, p.70; Winfried Hassemer e Francisco Munões Conde, *Introducción a la criminología y al Derecho Penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, p. 100.

<sup>19</sup> REALE JÚNIOR, Miguel: Instituições de direito penal: parte geral. Rio de Janeiro. Ed. Forense, 2002, V.1, p. 25.

“ o Direito Penal tem caráter subsidiário, devendo constituir a *ultima ratio* e por isso ser fragmentário, pois o antijurídico penal é restrito em face do antijurídico decorrente do Ordenamento, por ser obrigatoriamente seletivo, incriminando apenas algumas condutas lesivas a determinado valor, as de grau elevado de ofensividade.”

O advento da **sociedade de risco** ocasionou sérias modificações no tratamento oferecido à noção de bem jurídico penal. Tal fato está intimamente ligado a expansão do Direito Penal e a sua crise. A sociedade contemporânea clama por um Estado mais enérgico, pelo combate aos crimes econômicos, ambientais e políticos. Assim sendo, podemos considerar que o Direito Penal está em crise, uma vez que os antigos paradigmas passam a ser questionados, mas ao mesmo tempo, em expansão, como resposta jurídica aos problemas sociais.

Os bens jurídicos perderam gradativamente o seu caráter exclusivamente individual, como a vida, a integridade física, o patrimônio. Os valores da vida coletiva passaram também a ter proteção constitucional.

Enfim, o Direito Penal passou a tutelar bens jurídicos classificados como supra individuais ou coletivos. O **caráter supraindividual da tutela penal** é a criminalização das condutas que afetam conceitos indeterminados (como a ordem econômica, o meio ambiente, as relações de consumo), visando a proteção da coletividade.

Consequência da admissão dos bens jurídicos supraindividuais pelo Direito Penal é a criação dos chamados **delitos de perigo**, em que não se exige a efetiva lesão, bastando simplesmente que haja a colocação em perigo do bem jurídico, que resta sujeito à possibilidade de vir a ser lesado em decorrência da ação delituosa.

A criação de uma situação perigosa deve, portanto, ser elemento integrante da descrição legal do crime, havendo crimes de perigo concreto e crimes de perigo abstrato. O crime é de perigo concreto quando efetivamente da ação realizada decorre uma colocação do bem jurídico em situação de perigo. Afirma Claus Roxin<sup>20</sup> que “os delitos de perigo concreto requerem que no caso concreto haja produzido um perigo real para um objeto protegido pelo tipo respectivo”.

Delito de perigo abstrato é, nas palavras de Claus Roxin, “aqueles em que se castiga a conduta tipicamente perigosa como tal, sem que no caso concreto tenha de ocorrer um resultado de exposição a perigo”.<sup>21</sup> Os crimes de perigo abstrato, no entanto, geram a punição pelo mero descumprimento da lei formal. Nestes tipos de crime, o perigo não é elementar do tipo, ao contrário dos crimes de perigo concreto, sendo apenas a motivação para sua criação.

Um exemplo simples para ilustrar, tomando o crime de envenenamento de água potável do art. 270<sup>22</sup> do CP. Na primeira situação, temos um poço de

<sup>20</sup> CLAUS, Roxin: Derecho Penal: Parte General. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito. Madrid. Civitas: 1.997, p. 404.

<sup>21</sup> CLAUS, Roxin: Op. Cit., p. 407

<sup>22</sup> Art. 270 — Envenenar água potável, de uso comum ou particular, ou substância alimentícia ou medicinal destinada a consumo. Pena — reclusão, de dez a quinze anos.

§ 1º — Está sujeito à mesma pena quem entrega a consumo ou tem em depósito, para o fim de ser distribuída, a água ou a substância envenenada.



água numa localidade absolutamente remota, e que não é mais usado por ninguém para abastecimento de água, já que o povoado mais próximo está à quilômetros de distância e possui outras fontes de água. Se um indivíduo envenena o poço, e considerarmos que o tipo penal do referido artigo é um crime de perigo abstrato, a mera subsunção da redação do texto legal à prática do agente configura o delito.

Para aqueles que entendem ser crime de perigo concreto, porém, isso não faz sentido. Somente haveria crime se o reservatório de água potável ficasse à razoável distância de um vilarejo e que houvesse o risco real, demonstrável, de que alguém poderia vir a beber da água envenenada. Nesse caso, haveria um concreto perigo de lesão, daí se justificaria a punição como crime de perigo concreto.

Finalmente, valendo-se do **princípio da lesividade**, estão aqueles que defendem que não há crime sem dano (como é a regra do art. 13<sup>23</sup> do CP). Logo, o comportamento do envenenador somente seria criminalmente punível se alguém efetivamente ingerisse a água envenenada e fosse lesionado de alguma forma.

#### IV — NOTÍCIAS

##### A CRISE E O CARÁTER AMERICANO

Por Joaquim Falcão

Estes parágrafos foram escritos há quase duzentos anos: “Nos Estados Unidos, as fortunas se destroem e crescem sem dificuldade. O país não tem limites e é cheio de recursos inesgotáveis. O povo tem todas as necessidades e todos os apetites de um ser que cresce e, não obstante os esforços que faça, está sempre rodeado de mais bens do que pode fazer seus. O que é de temer num povo assim não é a ruína de alguns indivíduos, logo reparada, mas a inatividade e a languidez de todos. A audácia nos empreendimentos industriais é a primeira causa de seus progressos rápidos, de sua força, de sua grandeza. A indústria é, para ele, como que uma vasta loteria em que um pequeno número de homens perde cada dia, mas em que o Estado ganha sem cessar; um povo como esse deve, pois, ver com bons olhos e honrar a audácia em matéria de indústria. Ora, todo empreendimento audacioso compromete a fortuna do que a ele se dedica e a fortuna de todos os que confiam neste. Os americanos, que fazem da temeridade comercial uma espécie de virtude, em hipótese alguma condenariam os temerários. É por isso que nos Estados Unidos, as pessoas mostram uma indulgência tão singular para com o comerciante que vai à falência: a honra deste não sofre com tal acidente”.

<sup>23</sup> Art. 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.

Quem os escreveu foi um aristocrata francês, Alexis de Tocqueville, em 1835, no clássico “A Democracia na América”. Clássico porque ninguém, antes ou depois, captou tanto a essência da alma, o caráter da sociedade americana, que fez de seu capitalismo singular experiência vitoriosa. A atual luta contra a crise financeira e recessão econômica é, em última instância, a defesa deste traço de seu caráter: a retomada da audácia, desacreditada pela especulação financeira e pela perda da competitividade industrial global.

Ao contrário do que alguns ainda teimam em afirmar por aqui, os Estados Unidos e seu sistema jurídico não defendem o credor. Nem o devedor. Defendem, antes, a “temeridade comercial”, a capacidade de correr riscos para produzir riqueza, liderança e futuro. Podem defender o devedor mais que o credor, ou vice-versa, se tanto for necessário.

Sua tarefa prioritária e urgente não é pagar credores ou punir devedores — mesmo de má-fé. É fazer com que acionistas, executivos, trabalhadores e consumidores — não somente os audazes, mas também os que confiam neles — voltem a se arriscar. Ainda que, para tanto, punam-se os responsáveis, extingam-se as empresas e abandone-se o modelo de capitalismo até então aparentemente vitorioso. Não importa discutir o sexo de anjos ou demônios. Se o modelo foi distorcido ou não. O fato é: ele é distorcível. Em vez de levar os Estados Unidos ao progresso, os levou à recessão. Em vez de pleno emprego, desemprego.

Para Tocqueville, a loteria do mercado só se justifica quando fortalece o Estado sem cessar, e, assim, faz a grandeza da nação. Inexiste o elogio da audácia como virtude exclusiva do mercado livre. É virtude instrumental. A dicotomia “Estado versus mercado” tem sido mais dicotomia de exportação. Necessária à expansão global americana. Há uma histórica insinceridade nela. O combate à crise é, sobretudo, o desafio de, diz Mangabeira Unger, recombina e reexperimentar as permanentes, nem sempre visíveis, relações não separatistas entre mercado e Estado.

Não é por menos que a administração Bush, e, provavelmente, a administração Obama, ao socorrer empresas financeiras e industriais, além de regular, empresta, intervém, se associa, compra, doa impostos pagos, estimula fusões, subsidia, fecha, enfim, desconhece com tranquilidade e despudor, os limites da autonomia privada. Inclusive os limites jurídicos da propriedade privada, da liberdade contratual, do não-protetionismo e da livre concorrência.

Obama, que, com certeza, leu Tocqueville, tem caracterizado sua mensagem de mudança como algo além de simplesmente consertar um sistema financeiro autofágico. Trata-se de retomar a audácia para fazer o capitalismo sobreviver. Parte do pressuposto de que para sair da crise é preciso trilhar múltiplos, flexíveis e experimentais caminhos. Capazes de recombina liberdade e futuro. E não de um só.





É este o divisor de águas. Diante da crise globalizada, elites de alguns países tentam reinventar as relações entre Estado e mercado. E, dentro do mercado, entre finanças, produção e emprego. Outras, não. Insistem na nostalgia de consertar um futuro que não ocorreu. E outras, pior: Esperam o dia em que a mudança do futuro de lá, desembarque aqui. Vã e mimética esperança.

### III. LEITURA OBRIGATÓRIA

KARAN, Maria Lucia: A esquerda punitiva. *In* Discursos sediciosos, nº 1. Rio de Janeiro: Relume Dumará, 1996, pp. 79/92.

### IV. LEITURA COMPLEMENTAR

TORON, Alberto Zacharias: Crimes do colarinho branco: os novos perseguidos? *In* Revista Brasileira de Ciências Criminais nº 28, São Paulo: RT, 1999.

### V. QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO

1. Quais as mudanças estruturais que o Direito Penal sofre em razão da tutela penal de bens jurídicos supraindividuais? Como a proteção desses bens jurídicos se relaciona com o uso de tipos penais abertos e de tipos penais de perigo abstrato?

2. Você considera que a utilização de crimes de perigo abstrato é constitucional?

3. Quais as vantagens e desvantagens das penas privativas de liberdade, restritivas de direitos e de multa nos crimes econômicos? As penas cominadas aos crimes econômicos são capazes de gerar os efeitos de retribuição, prevenção geral e prevenção especial esperados?

4. Quais as vantagens e desvantagens dos diferentes modelos (Direito Penal clássico, Direito Penal de duas velocidades, punição de condutas no âmbito exclusivo do Direito Administrativo)?

### VI. ATIVIDADE COMPLEMENTAR

1. Identificar um ou mais crimes de perigo abstrato que foram considerados inconstitucionais pelo STF. Valor: 0,25 ponto.



## AULA 03: CONCEITOS FUNDAMENTAIS (PARTE III)

### TEMAS

Independência das instâncias administrativa e penal.

### I. INTRODUÇÃO

Existem basicamente dois modelos de jurisdição relacionados à interdependência das instâncias administrativa e judicial nos países que adotam a separação dos poderes. Denomina-se **sistema de jurisdição dual** quando há previsão de que dois órgãos se manifestem de forma definitiva sobre o Direito, cada qual com suas competências próprias. Esse modelo é o adotado, por exemplo, na França, onde as decisões da administração pública que são objeto de recursos administrativos não são passíveis de serem novamente discutidas no âmbito judicial.

Já o **sistema de jurisdição una** é aquele segundo o qual cabe apenas ao Poder Judiciário a competência de dizer o direito de forma definitiva. Esse é o modelo adotado no Brasil (como se extrai do art. 5, XXXV, da Constituição da República: “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”), bem como nos Estados Unidos da América. Nos EUA, por exemplo, a United States Court of Appeals for the District of Columbia Circuit (DC Circuit) é uma corte especializada em rever as decisões das agências federais (FCC, EPA, FTC etc.). de seus julgamentos só cabe recurso à Suprema Corte.

No Brasil, é fora de discussão que o Poder Judiciário possa rever decisões administrativas. A Constituição definiu que a lei é o limite do âmbito de atuação do agente administrativo e que quem fiscaliza a aplicação da lei pelo Executivo é o Poder Judiciário.

Porém, em algumas situações, parece razoável que as decisões tomadas por autoridades administrativas vinculem o juiz. Quais as situações em que isso ocorre e quais as consequências dessa unicidade no plano econômico? Se é verdade que não se pode modificar o sistema de independência das instâncias administrativa e penal, que soluções infraconstitucionais podem contribuir para aumentar o grau de segurança jurídica? Qual o reflexo dessa estabilidade jurídica em matéria econômica no planejamento da sociedade?



## II. CASO GERADOR 01: OS TRÊS PORQUINHOS

Heitor, Prático e Cícero são sócios do Banco Três Porquinhos S/A. No curso de suas atividades são visitados por um auditor do Banco central, que ao examinar as operações realizadas pelo Banco Três Porquinhos, identifica operações não informadas à autarquia que regula a atividade financeira (BACEN). Após lavrar o auto de infração o auditor fiscal elabora um relatório circunstanciado, anexa documentos que demonstram os fatos e envia um ofício ao Ministério Público Federal a fim de que seja investigada eventual responsabilidade penal dos envolvidos.

São então instaurados dois procedimentos: o primeiro no âmbito do Banco Central, para apurar o ilícito administrativo de omissão de informação relevante no demonstrativo contábil. O segundo, de natureza criminal, no âmbito da polícia federal (inquérito instaurado mediante requisição do Ministério Público Federal) para apurar a suposta ocorrência do crime previsto no art. 10, da lei 7.492/1986.<sup>24</sup>

O procedimento criminal caminha de forma rápida, mesmo porque a única diligência realizada pela polícia federal foi a oitiva dos três sócios, os quais exerceram o seu direito constitucional de permanecer em silêncio.

Encerrado o inquérito, foi oferecida a denúncia pelo crime previsto no art. 10, da supracitada lei, sendo a denúncia recebida e o prazo aberto para oferecimento de resposta preliminar.

No âmbito administrativo, o Banco Central manteve a autuação, mas o Banco Três Porquinhos S/A recorreu ao Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN), órgão máximo no âmbito da administração pública, sustentando a tese de que a referida operação omitida não precisaria constar naqueles demonstrativos contábeis, mas somente no balanço que viria a ser apresentado no final do ano.

— Caso você fosse advogado dos sócios, quais os argumentos que alegaria em favor deles, considerando os seguintes cenários:

a) que a decisão no âmbito administrativo ainda dependesse de decisão final no âmbito do Conselho de Recursos do Sistema Financeiro Nacional (CRSFN).

b) que a decisão no âmbito administrativo fosse definitiva, reconhecendo a procedência das alegações do Banco Três Porquinhos S/A e revertendo a decisão do BACEN.

## III. LEITURA OBRIGATÓRIA

— *Habeas corpus* 25.417-SP — STJ — Rel. Felix Fischer

— *Habeas corpus* 13.028-SP — STJ — Rel. Edson Vidigal

<sup>24</sup> Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários:

Pena — Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.



#### *IV. QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO*

1) As decisões no âmbito administrativo devem condicionar a punibilidade das condutas no âmbito penal? Compare o tratamento dado aos crimes tributários (Súmula Vinculante nº 24, do Supremo Tribunal Federal e artigo 8º, da Lei 10.684/2003), aos crimes contra a ordem econômica (art. 87 e parágrafo único, da Lei 10.259/2011), e os demais crimes econômicos. Qual a melhor forma de estruturar a relação do sistema penal com o sistema administrativo?



## BLOCO II — CRIMES EM ESPÉCIE

### AULA 04: ALCANCE DA RESPONSABILIDADE PENAL NA LEI Nº 7.492/1986 E INDIVIDUALIZAÇÃO DAS CONDUTAS PUNÍVEIS

#### TEMAS

Responsabilidade objetiva e subjetiva nos crimes financeiros. Denúncias genéricas em crimes societários.

#### I. INTRODUÇÃO

O art. 25 da lei nº 7.492/86 lista aquelas pessoas físicas que são penalmente responsáveis nos termos da lei.

Em razão desses dois dispositivos, consolidou-se o entendimento que alguns tipos penais positivados nesse diploma legal constituiriam “**crimes de mão própria**”, ou seja, o crime, para se configurar, depende de uma qualidade específica do agente. No caso dessa lei, depende que o autor do crime seja uma das pessoas do referido art. 25.

O Direito Penal possui uma peculiaridade em relação a outros ramos do Direito — a imposição de uma pena como sanção de um crime só pode decorrer de uma *responsabilização subjetiva* do agente. Isso significa dizer que um indivíduo acusado de crime só poderá ser punido pelo ato efetivamente praticado, e na medida da sua culpabilidade.

Na prática forense, isso se consubstancia no fato de que o Ministério Público, órgão responsável pela *persecutio criminis*, ao oferecer a denúncia acusando uma pluralidade de agentes em concurso para o cometimento de um crime, deve ao máximo esforçar-se para “individualizar as condutas”, apontando qual foi a efetiva atuação de cada agente que contribuiu para o resultado criminoso. Com efeito, se o MP denunciar vários indivíduos, mas não descrever com precisão a conduta de determinado acusado, a defesa desse terá um forte argumento, alegando que não foi individualizada sua conduta.

O Direito Penal, diferente de outras searas jurídicas, repudia a responsabilidade objetiva. No Direito Civil, por exemplo, é perfeitamente possível que alguém seja responsabilizado e obrigado a pagar indenização resultante de um dano pelo qual não foi responsável direto — a mera relação de causalidade entre o dano e o agente, *independentemente de sua culpa*, é suficiente para gerar uma responsabilidade de indenizar.

O Direito Criminal, porém, veda tal possibilidade. A sanção penal só pode ser imposta após aferida em juízo a culpa do acusado, e a pena será proporcional a reprovabilidade que incide sobre sua conduta — por isso o

Código Penal explicita que, no concurso de agentes, cada qual será punido na medida da sua culpabilidade.

Tal preceito veio a ser questionado quando do advento da criminalidade econômica, especificamente nos denominados “crimes societários”. Seriam aqueles em que a prática reiterada de delitos ocorre envolvendo uma estrutura societária empresarial — em concurso de agentes, portanto — mas muitas vezes fica difícil identificar o papel de cada um dos acusados na trama criminosa, ou mesmo de aferir quem possuía de fato o poder decisório.

Tendo isso em vista, o MP passou a se valer da chamada **denúncia genérica** para mover ação penal contra os envolvidos num delito societário. A característica dessa seria que, na peça inicial do processo penal, que é a denúncia, não ocorre a individualização das condutas, todos os sócios que de alguma forma estiveram envolvidos no organograma empresarial seriam acusados, e a sua participação efetiva no crime e sua culpabilidade seriam averiguadas somente no próprio processo criminal.

Alegava-se que a denúncia genérica seria inadmissível no Direito Brasileiro por conta da violação do princípio da responsabilização subjetiva, e que estar-se-ia atribuindo uma responsabilidade objetiva — acusando indivíduos de crimes pelo simples fato de integrarem uma específica estrutura empresarial, na qual *poderiam*, em tese, participar da execução de delitos econômicos. Defensores dessa medida alegam que não afronta as garantias individuais, uma vez que a denúncia em si não é mais que a peça processual que aciona a jurisdição criminal, mas que a averiguação da culpa dos réus sempre se faz sempre no bojo do próprio processo penal e que, *independente de a denúncia ser genérica ou não*, se não for provada a culpa de um ou outros envolvidos, o resultado não será outro senão sua absolvição dos acusados.

Uma consideração importante ensejada pelo problema da responsabilidade objetiva nos crimes societários envolve a distinção entre o cargo ocupado pelo agente e a função por ele efetivamente exercida. Na situação, por exemplo, em que não haja coincidência entre ambos — em que o indivíduo acusado possui um cargo que em tese permitiria que ele tivesse conhecimento e efetivamente atuasse na execução dos crimes, mas não exercia efetivamente função nenhuma no organograma criminoso.

## II — NOTÍCIAS

### TRIBUNAL NEGA SEGURANÇA A ACUSADO DE CRIME FINANCEIRO

*Prestes é acusado de fazer parte de uma grande organização criminosa*

Tribunal Regional Federal da 5ª Região — 27 de Maio de 2009 — HC 3543 (RN)



A Segunda Turma do Tribunal Regional Federal da 5ª Região (TRF5), em sessão de julgamento realizada nesta terça-feira (26/05), negou segurança a Antonio Cesar dos Reis Prestes, sócio da empresa ACTION, que pretendia trancar ação penal investigativa da suposta prática dos crimes de formação de quadrilha e contra o sistema financeiro nacional (art. 288, parágrafo único, do CP e art. 16, parágrafo 1º, da Lei do Colarinho Branco). (...)

O Ministério Público Federal apresentou denúncia contra Antonio César e mais dezessete pessoas, sob a acusação de formarem uma organização criminosa, liderada pelo espanhol Francisco Javier Sanches Rico. Diversos áudios demonstram o estreito contato que possui Antonio César com José Ivo de Freitas na empreitada delituosa. Existem diálogos referentes à negociação de US\$ 160 mil (cento e sessenta mil dólares), conforme provas constantes dos autos. Há também registros de diálogos onde se revela a operação de câmbio não autorizada de 60.000,00€ (sessenta mil euros). A defesa alegou que a denúncia não estaria particularizada e individuada com a descrição dos fatos narrados.

O relator afirmou que, com a quebra de sigilo dos acusados, foi possível identificar fortes indícios da participação do paciente nos crimes contra o sistema financeiro, como a captação, intermediação e câmbio de moedas, através de pessoas físicas e jurídicas. Trouxe aos autos jurisprudência, no sentido da possibilidade de denúncia genérica, não se exigindo a descrição pormenorizada da conduta individual do paciente acusado, nos casos dos crimes investigados.

#### RESPONSABILIDADE OBJETIVA — É INÉPTA A DENÚNCIA QUE NÃO INDIVIDUALIZA CONDUTAS

<http://www.conjur.com.br/2009-fev-17/stj-declara-inepta-denuncia-generica-diretores-escola>

Rodrigo Tavares

Revista Consultor Jurídico, 17 de fevereiro de 2009

Habeas Corpus 115.244

O fato de uma pessoa pertencer à diretoria de uma empresa não significa que ela participou do crime ali cometido. A denúncia deve individualizar a conduta de cada suspeito, sob pena de tornar-se inepta. Com esse entendimento, a 6ª Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, concedeu Habeas Corpus para considerar inepta denúncia do Ministério Público Federal contra diretores de uma instituição de ensino do interior paulista e anular todos os atos posteriores. Eles eram acusados de crime tributário.

Os diretores foram denunciados por omitir informações e fraudar a fiscalização da Receita Federal. Por meio de seus representantes, Fernando da



Nóbrega Cunha e Alberto Zacharias Toron, eles alegam que a denúncia não individualiza a conduta de cada um dos acusados. Portanto, o direito à ampla defesa estaria prejudicado.

(...)

A relatora do caso no STJ, desembargadora convocada do Tribunal de Justiça de Minas Gerais Jane Silva, em seu voto, afirma que os acusados foram denunciados pela prática de crime contra a ordem tributária apenas por pertencerem ao quadro social de uma empresa atuada pela Receita Federal, sem que se especificasse a sua efetiva contribuição para o crime. A desembargadora ressaltou que a abertura do inquérito só seria possível se o MPF apresentasse elementos que apontem a participação das pessoas.

Na decisão, Jane Silva critica a maneira com que o MPF ofereceu a denúncia. “Ocorrida a autuação, sem qualquer investigação prévia e mesmo sem se saber como atribuir especificamente a cada um dos denunciados o ato com que contribuiu para o resultado danoso, todos os integrantes da sociedade em questão foram denunciados, somente por integrarem a diretoria, mediante a presunção de que, dada a atribuição de cada um deles no contrato social, eles deveriam saber o que ocorria na empresa, portanto não poderiam estar alheios à conduta criminoso”, afirmou.

A desembargadora justifica a decisão apoiando-se no artigo 29 do Código Penal, que diz que a pena será dada na medida da culpabilidade do envolvido no crime. Para ela, o crime pode ser desdobrado em várias ações, e se não houver uma delimitação deles, fica impossível tanto a defesa dos envolvidos como a apuração do fato criminoso. “Admite-se a denúncia geral, mas repudia-se a denúncia genérica. Na primeira atribui-se um determinado ato criminoso a todos os denunciados, por tê-lo praticado em conjunto; na segunda, mostra-se que ocorreram ações que levaram ao resultado delituoso, atribuindo-o a todos os diretores, sem estabelecer a correspondência concreta entre aquele e as ações de cada um dos que as produziram, impedindo-lhes a defesa, fulminando a denúncia da inépcia formal”, escreveu em seu voto.

A denúncia foi mal construída, de acordo com a desembargadora. Segundo ela, o capítulo intitulado “Individualização das condutas dos denunciados” apenas aponta o cargo de cada um dos envolvidos e a forma como atuavam dentro da escola, sem mostrar nenhum crime cometido por eles.

“Entendemos estar configurada a inépcia formal da denúncia, impossibilitando a defesa efetiva dos pacientes, evidenciando que a peça vestibular está a consagrar a responsabilidade objetiva, repudiada pelo nosso Direito Penal. Podem efetivamente ser todos os pacientes responsáveis pela conduta criminosa, mas há necessidade do devido detalhamento de suas ações individuais ou coletivas para tal nefasto resultado”, concluiu.





### III. CASO GERADOR 02 — KILL BILL

BILL, Elle Driver, O'Ren-Ishii e Vernita Green são os acionistas controladores do Banco Tarantino, cada um com 25% das ações com direito a voto e exercendo respectivamente os cargos de Diretor-Presidente, Diretor de Relação com Investidores, Diretora de Contabilidade e Diretor Comercial. Não há outros diretores. O Conselho de Administração é integrado por BUDD (irmão de BILL), Gogo Yubari e Esteban (padrasto de BILL).

Em razão das dificuldades financeiras que afetaram o Banco Tarantino, os diretores decidem contratar a empresa de consultoria The Bride, representada pela economista Beatrix Kiddo. Em reunião fechada com a diretoria, Beatrix sugere as seguintes práticas: (1) adquirir no mercado títulos do tesouro nacional já caducos (portanto sem valor algum) e, utilizando-os como simulacro de lastro, emitir títulos do banco para captar recursos financeiros junto aos investidores; (2) forjar negócios com pessoas jurídicas inexistentes a fim de simular ganhos; (3) realizar empréstimos a empresas de fachada, as quais contratariam serviços (inexistentes) dos controladores, assegurando uma remuneração aos controladores independente dos lucros do banco (já que esses seriam meramente fictícios) e, por fim, (4) fraudar o balanço da instituição simulando lucros no exercício ao invés dos prejuízos efetivamente sofridos.

Diante da sugestão de Beatrix Kiddo, os diretores do Banco Tarantino decidem por em curso o plano criminoso, com exceção de BILL, que se diz repugnado com a sugestão e comunica seu desligamento do cargo. Esse desligamento, contudo, só ocorreria decorridos seis meses, prazo em que as medidas propostas por Beatrix Kiddo ficariam suspensas.

BILL não procura as autoridades para narrar os planos criminosos dos outros diretores. Ao contrário, valendo-se do cargo de presidente, BILL decide tomar medidas de forma independente para aproveitar o tempo e impedir as práticas ilícitas sugeridas pela The Bride. Contrata, então, sem conhecimento dos demais diretores, outra empresa de consultoria, a Crazy 88's, representada por Pai Mei, que sugere medidas radicalmente diferentes: (A) uma política agressiva de captação de recursos junto a outros bancos a fim de obter maior capital, mediante pagamento de juros muito acima do mercado; (B) uso desse capital para realização de aplicações sofisticadas e extremamente arriscadas, capazes de gerar lucro muito alto. BILL acata as sugestões de Pai Mei, nomeando-o Diretor de Investimentos e permitindo a implantação das medidas.

BILL apresenta as sugestões de Pai Mei ao Conselho de Administração, que aprova medidas propostas. Embora tanto a criação do cargo de Diretor de Investimentos, bem como a nomeação de Pai Mei para esse cargo, precisassem ser referendadas em assembleia, as medidas foram imediatamente implantadas sem a respectiva aprovação da nomeação.



Os primeiros quatro meses demonstraram resultados excelentes, com grande aumento do capital, mas no quinto mês houve uma perda avassaladora de recursos, levando o banco à beira da insolvência. BILL reconhece o fracasso de sua tentativa de salvar o banco e comunica seu efetivo desligamento da Presidência, bem como a demissão de Pai Mei, cuja nomeação como Diretor jamais chegara a ser votada em Assembleia. No entanto, a saída de BILL do cargo não é formalizada em assembleia, nem por nenhum documento escrito.

Ato contínuo, para colocar em prática as sugestões da The Bride, os demais diretores do Banco Tarantino contratam o executivo Hattori Hanzo. O conselho de administração do Banco Tarantino é novamente consultado, agora sobre a contratação de Hattori Hanzo, aprovando sua contratação em razão das suas excelentes credenciais e sua experiência profissional em instituições bancárias de grande porte. Assim, antes mesmo sem assumir formalmente o cargo de Diretor-Presidente, Hanzo passa a desempenhar essa função sob a supervisão direta de Gogo Yubari, que divide com Hattori as atividades de gestão. O plano funciona durante dois anos, até que o Banco Tarantino sofre uma intervenção do Banco Central e todos os fatos narrados acima vem à tona.

Considere que as atividades (1), (2), (3) e (4) constituem práticas de gestão fraudulenta (art. 4º da Lei 7.492/86) e que as atividades (A) e (B) constituem práticas de gestão temerária (art. 4º, parágrafo único, da Lei 7.492/86). Analise a extensão da responsabilidade penal de cada envolvido na prática de cada um desses dois crimes, a partir da aplicação do art. 25, da Lei 7.492/86.

#### *IV. LEITURA OBRIGATÓRIA*

COMPARATO, Fábio Konder. Parecer sobre responsabilidade criminal. In RT/Fasc. Penal. Ano 1985. V. 734. Dezembro de 1996. pp. 573-580.

#### *V. LEITURA OBRIGATÓRIA*

VAZ, Paulo Afonso Brum e MEDINA, Ranier Souza: Direito Penal Econômico e Crimes contra o SFN. São Paulo, Modelo, 2012, pp. 201/217.

## VI. JURISPRUDÊNCIA

**EMENTA 1.** *Habeas corpus*. Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (Lei no 7.492, de 1986). Crime societário.

2. Alegada inépcia da denúncia, por ausência de indicação da conduta individualizada dos acusados.

3. Mudança de orientação jurisprudencial, que, no caso de crimes societários, entendia ser apta a denúncia que não individualizasse as condutas de cada indiciado, bastando a indicação de que os acusados fossem de algum modo responsáveis pela condução da sociedade comercial sob a qual foram supostamente praticados os delitos. Precedentes: HC no 86.294-SP, 2ª Turma, por maioria, de minha relatoria, DJ de 03.02.2006; HC no 85.579-MA, 2ª Turma, unânime, de minha relatoria, DJ de 24.05.2005; HC no 80.812-PA, 2ª Turma, por maioria, de minha relatoria p/ o acórdão, DJ de 05.03.2004; HC no 73.903-CE, 2ª Turma, unânime, Rel. Min. Francisco Rezek, DJ de 25.04.1997; e HC no 74.791-RJ, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ de 09.05.1997.

4. Necessidade de individualização das respectivas condutas dos indiciados.

5. Observância dos princípios do devido processo legal (CF, art. 5º, LIV), da ampla defesa, contraditório (CF, art. 5º, LV) e da dignidade da pessoa humana (CF, art. 1º, III). Precedentes: HC no 73.590-SP, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 13.12.1996; e HC no 70.763-DF, 1ª Turma, unânime, Rel. Min. Celso de Mello, DJ de 23.09.1994.

6. No caso concreto, a denúncia é inepta porque não pormenorizou, de modo adequado e suficiente, a conduta do paciente.

7. *Habeas corpus* deferido.

STF. HC 86879/SP. Relator originário Ministro Joaquim Barbosa. Relator p/ Acórdão Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma. Julgamento: 21/02/2006. Publicação: 16/06/2006.

**EMENTA 2:** Recurso Ordinário em *habeas corpus*. 2. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. 3. As entidades de fundo de pensão estão incluídas no Sistema Financeiro Nacional. 4. Fraude cometida contra entidade previdenciária. 5. Aplicação da Lei no 7.492/86. 6. Competência da Justiça Federal. 7. Ordem denegada.

STF. RHC 85094/SP. Relator Ministro Gilmar Mendes. 2ª Turma. Julgamento: 15/02/2005. Publicação: 08/04/2005.



**EMENTA 3:** Penal. Competência. Crime contra a ordem financeira nacional. Art. 109, VI, da Constituição Federal. Lei nº 7.492/86.

— A competência da Justiça Federal para o processo e julgamento dos crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira circunscreve-se aos casos previstos na Lei nº 7492/86, não podendo ser ampliada para abranger crimes que, embora afetem a economia ou o sistema financeiro, não estão nela previstos.

— A atividade fraudulenta de captação e aplicação de recursos de particulares, com promessa de rendimentos superiores aos oferecidos pelas instituições financeiras legalizadas e atuantes no mercado, não consubstancia operação financeira, afetando, somente, o patrimônio das vítimas.

— Conflito conhecido. Competência do Juízo Estadual, o suscitado.

STJ. CC 23123/RS. Relator Ministro Vicente Leal. 3ª Seção. Julgamento: 10/03/1999. Publicação: 12/04/1999.

**EMENTA 4:** Direito Penal. Crime contra o sistema financeiro. Responsabilidade penal objetiva. Princípio *nullum crimen sine culpa*. Trancamento da ação penal.

1. A interpretação do artigo 25 da Lei nº 7.492/86, que o vê como norma de presunção absoluta de responsabilidade penal, é infringente da Constituição da República e do direito penal em vigor, enquanto readmite a proscribita responsabilidade penal objetiva e infringe o princípio *nullum crimen sine culpa*.

2. *Habeas corpus* concedido para trancamento da ação penal.

STJ. HC 9031/SP. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. 6ª Turma. Unânime. Julgamento: 02/09/1999. Publicação: 13/12/1999.

**EMENTA 5:** Recurso Especial. Penal. Divergência jurisprudencial não caracterizada. Ausência de identidade fática. Não conhecimento. Artigo 25 da lei nº 7.492/86. Responsabilidade criminal dos membros do conselho de administração de instituição financeira. Provimento.

1. O recurso especial fundado na alínea “c” do inciso III do artigo 105 da Constituição Federal requisita, em qualquer caso, tenham os acórdãos — recorrido e paradigma — conferido interpretação discrepante a dispositivo de lei federal sobre uma mesma base fática.

2. A disposição final da norma inserta no artigo 25 da Lei nº 7.492/86 — “assim considerados os diretores, gerentes” — contrariamente ao entendimento que, à força de uma interpretação estritamente formal de dispositivos isolados de diplomas legais diversos, fundou o acórdão impugnado, longe de excluir os integrantes dos Conselhos de Administração das instituições financeiras, integra-os no elenco dos penalmente responsáveis, sempre que exerçam atribuições, em natureza, de direção ou gerência.

3. Tal interpretação, estritamente formal, que se deve recusar, esbarra na própria letra do inciso VI do artigo 142 da Lei nº 6.404/76, também adequada aos denominados atos complexos de gestão, enquanto requisitam a participação de mais de um órgão na formação de seu conteúdo.

4. Fosse do acórdão impugnado a melhor posituação do direito, da norma do artigo 25 da Lei nº 7.492/86, teria sido excluída a expressão “administradores de instituição financeira”.

5. Recurso especial provido.

STJ. Resp nº 265.075/SP. Relator Ministro Hamilton Carvalhido. 6ª Turma. Julgamento: 25/08/2004. Publicação: 22/11/2004.

**EMENTA 6:** DENÚNCIA — GESTÃO TEMERÁRIA — LEI Nº 7.492/86 — ELEMENTO SUBJETIVO DO TIPO — ARTIGO 24 — VETO — ALCANCE. Atendendo a denúncia ao disposto no artigo 41 do Código de Processo Penal, ficando viabilizada a defesa, descabe glosá-la como inepta, sendo que o veto ao artigo 24 da Lei nº 7.492/86 não implicou o afastamento da forma culposa, apenas fulminou a mitigação da pena nele prevista. (HC 90156 — Habeas Corpus. Supremo Tribunal Federal, 1ª Turma. Relator Min. Marco Aurélio. DJU de 25/07/2007)

**EMENTA 7:** RECURSO EM HABEAS CORPUS. GESTÃO TEMERÁRIA. ELABORAÇÃO DE PARECER OPINATIVO. PARTICIPAÇÃO NO CRIME. NECESSIDADE DE DESCRIÇÃO, NA DENÚNCIA, DO VÍNCULO SUBJETIVO. OCORRÊNCIA.

1. O crime de gestão temerária, previsto no parágrafo único do artigo 4º na Lei nº 7.492/86, é crime próprio e que exige, para sua configuração, especial condição do agente.

2. Nessa linha, para que se possa ser o sujeito ativo do crime em questão é fundamental que o agente tenha poderes de gestão na empresa, ou seja, deve possuir poderes especiais ligados à administração, controle ou direção da empresa, ex vi do art. 25 da referida lei.

3. É possível, todavia, a participação de terceiras pessoas não integrantes do rol taxativo previsto em lei na prática do delito, desde que se demonstre o nexo de causalidade entre a conduta da terceira pessoa e a realização do fato típico. Esse nexo exige a presença do elemento subjetivo, consubstanciado na consciência de que sua conduta, mediante ajuste de vontades, voltada para a ocorrência do resultado que a lei visa reprimir.

4. No caso, a exordial aponta vínculo subjetivo do recorrente que o liga ao evento delituoso, na medida em que descreve a aceitação pelo recorrente do notório risco lesivo. Destaca-se da denúncia, nesse particular, que a confecção de parecer favorável às operações de aquisição de ações se deu em contexto totalmente desfavorável a esse tipo de operação e voltado ao interesse exclusi-



vo do banco estruturador da operação. Assim, verifica-se que houve a descrição do necessário e indispensável elemento subjetivo que faz o elo de ligação entre a conduta do paciente e o fato delituoso em si.

5. Recurso a que se nega provimento.

(RHC 18667. Superior Tribunal de Justiça, 6ª Turma. Relator Ministro OG FERNANDES DJe 19/10/2012)

## VII. QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO

1) Os crimes contra o SFN, previstos na Lei 7.492/86, podem ser praticados por pessoas que não estejam no rol do art. 25? Quais as implicações de se ampliar o rol dos sujeitos ativos por decisão jurisprudencial?

2) Os crimes contra o SFN, previstos na Lei 7.492/86, podem ser praticados na modalidade culposa? E na modalidade omissiva? Os membros do Conselho de administração podem praticar crimes na forma comissiva por omissão (crimes omissivos impróprios) caso não supervisionem as práticas de gestão da diretoria?



## AULA 05: GESTÃO TEMERÁRIA E FRAUDULENTA

### TEMAS

Construção de tipos penais pela jurisprudência. Crime de dano ou mera conduta; instantâneo, permanente ou habitual.

### I. INTRODUÇÃO

Nessa aula e nas seguintes, trataremos dos mais importantes crimes da lei 7492, que suscitam as discussões mais polêmicas. O art. 4º da Lei nº 7.492 abriga dois tipos penais distintos. O *caput* se refere ao crime de gerir fraudulentamente uma instituição financeira, enquanto o parágrafo único tipifica o crime de gestão temerária, que é tido como menos ofensivo, tendo em vista a pena menor.

Esses dispositivos de lei são tidos como exemplo na doutrina penal como má redação legislativa, por desconsiderar o **princípio da taxatividade da lei penal**. Esse é um corolário do princípio da legalidade (que estipula que todo crime deve ser tipificado em lei), e consubstancia-se na ideia de que a lei penal deve descrever da forma mais minuciosa possível a conduta tipificada, e é considerada uma garantia individual do cidadão na medida em que sua conduta, para ser considerada criminosa, deve se encaixar com precisão na redação da lei.

Observa-se que a redação da lei no que tange aos crimes de gestão fraudulenta e temerária não define a conduta tipificada como crime. Em razão disso, muito do que se consolidou de entendimento jurídico sobre a natureza e aplicabilidade desses tipos penais deriva da jurisprudência, marcadamente a do Supremo Tribunal Federal.

Exemplo de gestão fraudulenta é a falsificação de balanços com objetivo de enganar investidores, auditores ou autoridades encarregadas da fiscalização, simulando uma falsa situação de saúde financeira da instituição. Já a gestão temerária significa a prática de atos sem as cautelas que seriam razoáveis ou necessárias. Caracterizam gestão temerária práticas impetuosas, imponderadas ou irresponsáveis.

Atente-se, desde logo, para o fato de que não há modalidade culposa nos crimes contra o SFN. A irresponsabilidade da gestão temerária não se confunde com a imprudência, imperícia ou a negligência que caracterizam o elemento culposos. O agente deve compreender, de forma clara, a temeridade de seu comportamento e o risco que sua conduta gera para o bom funcionamento do SFN.



Vejam algumas questões relevantes sobre esses crimes. Em primeiro lugar, discute-se a definição de “*gestão*”. Podemos dizer que está consubstanciado o crime de gestão fraudulenta quando um banco realizou uma única fraude contábil desde sua fundação?

A jurisprudência entendeu que não: o conceito de gestão envolveria necessariamente uma série de vários atos ao longo de um determinado período de tempo. Por exemplo, um banco que por vários anos falsifica documentos fiscais para justificar a realização de empréstimos sem lastro, e durante todo esse tempo manteve uma contabilidade paralela na qual registra os verdadeiros valores movimentados nas operações — seria um exemplo de gestão fraudulenta, em que as fraudes não constituiriam o objeto do ilícito em si (como no crime de estelionato, em que a própria obtenção da vantagem ilícita depende de manter alguém em erro), mas um expediente necessário para mascarar a forma como o banco operou por anos.

Em segundo lugar, podemos retomar o debate visto na aula referente aos **delitos de perigo**. Numa situação em que uma instituição financeira realizou uma série de atos que de alguma forma colocaram em risco a sua própria segurança financeira e a dos ativos que ela manipula, mas que, ao fim das operações, não se verificou lesão ao patrimônio da instituição.

Poderia acontecer até mesmo o reverso: a conduta temerária acabou se provando benéfica para a instituição, na medida em que expandiu os ativos ou gerou resultados muito positivos.

Nessa linha, trazendo à tona a discussão já vista, se considerássemos que o crime de gestão temerária é de dano, não poderiam os gestores responsáveis pela conduta temerária ser penalmente responsabilizados, uma vez que não houve efetiva lesão ao bem jurídico.

Ainda na gestão temerária, outro ponto de discussão seria a própria definição do que seria uma “**conduta temerária**” que resulte na subsunção ao tipo penal. Seriam somente as operações financeiras que os especialistas e cientistas atingiram um certo consenso de que são altamente arriscadas? O risco admissível deve ser analisado em face do volume de ativos movimentado pela instituição financeira (um banco pequeno deveria incorrer em menos riscos que um banco grande)? Existem critérios objetivos para averiguar o “risco mínimo” dentro do qual qualquer instituição financeira poderia operar?

A tendência na jurisprudência é que a temeridade se configure na medida que a instituição financeira viole alguma norma de conduta do órgão especializado, que é o Banco Central. Com efeito, diversas operações financeiras devem se conformar à regulamentações do BACEN, como, por exemplo, no valor máximo que um banco pode utilizar para determinada operação. Assim, uma vez que uma instituição financeira aplica um percentual aquém do admitido, estaria incorrendo não só numa violação de norma administrativa, mas

também em temeridade criminalmente punível nos termos do art. 4º, § ú. da lei nº 7492.

No caso do crime de gestão fraudulenta, já se sustentou entendimento diverso, uma vez que a fraude em si é um comportamento criminoso, e já causaria uma lesão ao bem jurídico (fé pública). Assim, a gestão fraudulenta seria crime de mera conduta.

Um terceiro ponto diz respeito à classificação do crime em **habitual ou permanente**. Na doutrina penal, crime permanente é aquele em que a consumação se prolonga no tempo, ficando seu cessar ou não ao arbítrio do agente. É o caso clássico do crime de sequestro em que basta a privação da liberdade para que o crime se consuma.

Nos *crimes habituais* a consumação da conduta depende de reiteração. Assim, a prática de um único ato não pode levar à concretização do crime. No crime permanente a prática de um único ato poderá levar à consumação, o que não ocorre no crime habitual (exemplos incluem o crime de rufianismo e o de curandeirismo). Para que este exista é necessário que o sujeito aja com habitualidade e, em havendo a habitualidade, o crime é único.

Nessa lógica, os tipos de gestão temerária e fraudulenta se encaixam na categoria de crimes habituais uma vez que, repita-se, um único ato de fraude ou uma única operação mais arrojada realizada por uma instituição financeira não caracteriza habitualidade.

Não custa esclarecer que a prática isolada de determinados atos sujeitará o agente à punição autônoma, enquanto sua prática reiterada e contínua será considerada gestão fraudulenta ou temerária. São exemplos desses atos os crimes previstos nos artigos 7º, 9º, 10, entre outros, da Lei nº 7.492/1986.

Interessante citar a posição do doutrinador Rodolfo Tigre Maia, que cunhou a peculiar figura da “habitualidade imprópria” / crimes acidentalmente habituais (em que um ato bastaria para configurar a gestão) no que tange aos dois crimes em análise — mas que, no entanto, é posição minoritária. Registre-se que o STF prima pela categorização desses delitos de gestão como sendo *habituais*.

## II. CASO GERADOR 03 — O PADRINHO

Michael Corleone, economista formado pela EPGE/FGV e destacado operador do mercado financeiro é convidado pelo Governador de Estado, Don Vito Godfather, para assumir a direção da GENCOPREV, autarquia pública independente, criada por lei com a finalidade de gerir os ativos financeiros responsáveis pelo custeio dos pagamentos dos proventos, pensões e outros benefícios previdenciários dos servidores públicos estaduais. Além de Corleone, nomeado para o cargo de presidente, Godfather nomeia como



membros do conselho de administração Virgilio Solozzo, Peter Clemenza e Sal Tessio, dando posse a todos nos respectivos cargos no dia 1º de março de 2009.

O desafio era enorme, pois a GENCOPREV estava praticamente falida, já que o governo anterior deixara de contribuir com a parte que lhe competia na capitalização dos ativos (para cada R\$1,00 oriundo de contribuição de servidor, o Estado deveria aportar R\$ 1,00) e se não houvesse uma ação rápida a GENCOPREV não conseguiria mais arcar com as pensões dos velhinhos aposentados. Nos primeiros três meses, Corleone promoveu uma reforma administrativa e diminuiu custos fixos e de pessoal, mas nada disso foi capaz de equilibrar as contas, já que o passivo ainda era enorme e o pagamento da dívida do Estado somente ocorreria em dezembro de 2009, quando seria paga uma parcela de royalties decorrentes da exploração de petróleo.

Desesperado, Corleone procura Tom Hagen, seu ex-professor (que sempre foi excelente conselheiro e amigo) e um dos maiores especialistas em gestão de fundos de previdência. Tom Hagen orienta Corleone a investir a maior parte possível dos recursos da GENCOPREV em um fantástico empreendimento empresarial: um novo cemitério! Tom Hagen explica que esse tipo de empreendimento gera um retorno de aproximadamente 100% do valor investido ao final da construção e que se trata de uma oportunidade única, pois ele mesmo, Tom Hagen, estaria disposto a vender suas cotas no fundo imobiliário que está construindo o cemitério a um precinho bem camarada.

Feitas as contas, Corleone verifica que se investisse 30% dos recursos do fundo nesse negócio teria condições de equilibrar as contas até o final do ano.

Como se tratava de uma operação fora dos padrões, Corleone formula uma consulta ao Conselho de Administração, o qual se reúne e, por maioria de votos, decide aprovar a realização da operação, ficando vencido o conselheiro Clemenza. Clemenza, um sujeito muito ranzinza e teimoso, não aprovou o negócio porque em sua opinião deveriam ser investidos 40% dos recursos do fundo e não apenas 30%. Corleone também pede a aprovação do Governador, Don Vito Godfather, que, em conversa informal com Corleone, afirma que ele deve fazer todo o possível para salvar as aposentadorias dos velhinhos do Estado.

Assim, em 1º de junho de 2009, Corleone investe 5% dos recursos em moeda corrente nas cotas do fundo de investimento imobiliário responsável pela construção do cemitério, outros 5% em cotas de fundos de investimento classificados como multimercado (o qual também possui investimentos no mesmo fundo imobiliário) e 20% em cotas de fundos de investimento em ações, constituídos sob a forma de condomínio aberto (o qual também possui investimentos no mesmo fundo imobiliário), num total de 200 milhões de reais.

A construção do cemitério encerra-se em 31 de julho de 2009, justamente quando as finanças da GENCOPREV atingiam o limite mínimo de funcio-

namento. Nesse momento, o investimento inicial feito por Corleone alcança a incrível soma de 350 milhões de reais! Verificando que o investimento fora realmente excelente, Corleone decide mantê-lo mais algum tempo. Para manter os pagamentos por mais cinco meses, Corleone contrai um empréstimo de 200 milhões de reais em um banco. Contudo, ao final do quinto mês, a descoberta de que o cemitério fora construído sobre um antigo local de sepultamento indígena faz com que o valor das ações despenque de forma avassaladora. Os 350 milhões de reais (originalmente 200 milhões) agora valem míseros 10 milhões... A dívida com o Banco e com os aposentados é tão grande que nem mesmo o aporte de dinheiro feito pelo Governo do Estado é capaz de impedir a quebra da GENCOPREV, decretada pela Secretaria de Previdência Complementar.

No dia 15 de janeiro de 2010, Corleone recebe uma citação da justiça, na qual figura como réu em ação penal pela suposta prática do crime de gestão temerária de instituição financeira. Junto com ele estão Don Vito Godfather, Virgilio Solozzo, Peter Clemenza e Sal Tessio e Tom Hagen.

Imediatamente, Corleone procura seu escritório de advocacia. Elabore um parecer sobre o caso, apontando **TODOS OS ARGUMENTOS** que podem ser utilizados pela acusação e quais **AS RESPECTIVAS TESES DE DEFESA**, para cada um dos acusados. Leve em consideração as resoluções transcritas abaixo.

### **RESOLUÇÃO BACEN Nº 3.506, DE 26/10/2007 — Subseção II — Segmento de Renda Variável**

Art. 8º No segmento de renda variável, os recursos em moeda corrente dos regimes próprios de previdência social subordinam-se aos seguintes limites:

I — até 30% (trinta por cento) em cotas de fundos de investimento previdenciários ou em cotas de fundos de investimento em cotas de fundos de investimento previdenciários classificados como ações, constituídos sob a forma de condomínio aberto, observado o disposto nos arts. 17, 18 e 19;

II — até 20% (vinte por cento), em cotas de fundos de investimento em ações, constituídos sob a forma de condomínio aberto;

III — até 3% (três por cento) em cotas de fundos de investimento classificados como “Multimercado”, constituídos sob a forma de condomínio aberto.

Parágrafo único. Os recursos alocados nos investimentos previstos neste artigo, cumulativamente, não poderão exceder a 30% (trinta por cento) da totalidade dos recursos em moeda corrente do regime próprio de previdência social.



**Resolução nº BACEN Nº 3.790, DE 24/09/2009 — Subseção II —  
Segmento de Renda Variável (revogou res. 3.506-07)**

Art. 7º No segmento de renda variável, os recursos em moeda corrente dos regimes próprios de previdência social subordinam-se aos seguintes limites:

I — até 30% (trinta por cento) em cotas de fundos de investimento previdenciários classificados como ações, constituídos sob a forma de condomínio aberto;

II — até 20% (vinte por cento) em cotas de fundos de índices referenciados em ações, negociadas em bolsa de valores, admitindo-se exclusivamente os índices Ibovespa, IBrX e IBrX-50;

III — até 15% (quinze por cento) em cotas de fundos de investimento em ações, constituídos sob a forma de condomínio aberto, cujos regulamentos dos fundos determinem que as cotas de fundos de índices referenciados em ações que compõem suas carteiras estejam no âmbito dos índices previstos no inciso II deste artigo;

IV — até 5% (cinco por cento) em cotas de fundos de investimento classificados como multimercado, constituídos sob a forma de condomínio aberto, cujos regulamentos determinem tratar-se de fundos sem alavancagem, cumulativo com o limite do inciso II;

V — até 5% (cinco por cento) em cotas de fundo de investimento em participações, constituídos sob a forma de condomínio fechado, cumulativo com o limite do inciso II;

VI — até 5% (cinco por cento) em cotas de fundos de investimento imobiliário, com cotas negociadas na bolsa de valores.

Parágrafo único. As aplicações previstas neste artigo, cumulativamente, limitar-se-ão a 30% (trinta por cento) da totalidade dos recursos em moeda corrente do regime próprio de previdência social.

### *III. CASO GERADOR 04 – GAME OF THRONES*

A empresa GOT é uma grande empresa do ramo de energia, cujos acionistas são quatro grandes entidades fechadas de previdência complementar (pessoas jurídicas também conhecidas como fundos de pensão, equiparadas a instituições financeiras de acordo com decisão do Supremo Tribunal Federal). Cada uma dessas entidades possuía exatos 25% de ações representativas do capital total da empresa GOT, observando o limite máximo de investimento autorizado por Resolução do Conselho Monetário Nacional (art. 42, I da Resolução CMN 3.792/2009). Trata-se de uma empresa pujante, com rentabilidade anual entre 8,5% e 8% ao ano sobre o capital investido.

Estudos técnicos, contudo, demonstravam que a GOT precisava ampliar a sua rede de clientes para manter-se nesse patamar de resultados, sob pena de ver a rentabilidade diminuir abaixo do padrão de 6% ao ano, que os sócios contavam para honrar com a meta atuarial e não colocar os seus planos de previdência em risco de apresentar déficits.

Os diretores da GOT convocaram uma reunião dos representantes dos quatro fundos de pensão sócios e informaram que havia a possibilidade de aquisição de uma outra companhia de telecomunicações muito promissora denominada KINGSLANDING. Essa compra iria gerar ganhos de escala capazes de manter os resultados da GOT nos patamares entre 8,5% e 7,5% ao ano. Os acionistas, com base em estudos de precificação, concordaram que os diretores da companhia fizessem uma proposta de compra pelo valor de R\$ 400 milhões. A oferta foi aceita para pagamento em 30 dias sob pena de uma multa de 20% do valor de venda. Seguiu-se a formalização de um Compromisso de Investimento dos sócios no sentido de cada um aportar R\$ 100 milhões nesse mesmo prazo.

Três dias úteis antes da data aprazada para o aporte de valores, o Sr. NED STARK, diretor de um dos fundos de pensão (chamemos Inverno-Prev) solicitou uma reunião de emergência com os demais três sócios da GOT (Srs. STANNIS BARATHEON, DAENERYS TARGARYEN e TYRION LAN-NISTER). Neste encontro, STARK deu notícia de que os R\$ 100 milhões reservados para a capitalização da GOT haviam sido penhorados por determinação de um magistrado da 78ª Vara Trabalhista, um conhecido juiz que sempre decidia em favor dos empregados, o MM. Juiz do Trabalho Dr. LIG. Por conseguinte, na data aprazada, STARK não teria o montante líquido para capitalizar a companhia. Informou, porém, que já determinara a alienação de uma série de investimentos e que teria os R\$ 100 milhões em 40 dias, no máximo.

O diretor da Inverno-Prev afirmou ainda que poderia formalizar qualquer instrumento obrigacional de aporte e remuneraria os demais sócios pelos valores que adiantassem em seu nome, tudo de forma a que não se perdesse o negócio e a GOT (e, por consequência seus sócios) não tivesse que pagar R\$ 80 milhões de multa pelo não cumprimento do negócio.

Após a manifestação da Inverno-Prev, os executivos dos demais fundos de pensão se mostraram muito apreensivos, pois, embora alguns deles possuíssem valores líquidos para completar o aporte faltante, obstaram que tal aporte não poderia ser feito sob a forma de empréstimo (expressamente vedado pela legislação, no art. 53, II da mesma Resolução CMN 3.792/2009 a qual veda que entidades fechadas de previdência atuem como instituições financeiras, dando empréstimos, salvo para os seus próprios participantes) e que não poderiam possuir mais capital na companhia do que já detinham (25% cada um).





Assim, se aportassem mais do que os R\$ 100 milhões ajustados, cada uma das três entidades de previdência passaria a deter mais do 25% do capital total da GOT, infringindo a norma limitadora expressa do Conselho Monetário Nacional. Em qualquer dos casos, as pessoas físicas dos dirigentes dessas entidades estariam expostas a sanções administrativas de multas e suspensões para o exercício do cargo, além de potenciais repercussões criminais, o que seria um imenso transtorno.

Como se tratasse de uma situação limite, foi feito um imediato contato com o órgão de supervisão, a Superintendência Nacional de Previdência Complementar-PREVIC. O Diretor-Presidente dessa autarquia convocou o Procurador Geral para ouvir o que se passava. Ambos entenderam as circunstâncias específicas e inesperadas da situação, mas lamentaram não poder colaborar. Disseram tais autoridades que estavam vinculadas ao princípio constitucional da legalidade, não lhes sendo deferida uma discricionariedade para os casos de descumprimento da norma prudencial de investimento que emanava de um outro órgão de governo, o Conselho Monetário Nacional. E concluíram afirmando que apenariam, por um exclusivo dever de ofício, os dirigentes que realizassem alguma espécie de atividade vedada.

À vista desse quadro, o Sr. STANNIS BARATHEON, Diretor de um dos fundos de pensão, propôs que não se fizesse o aporte desigual: a GOT pagaria a multa contratual de R\$ 80 milhões e, com isso, seria preservada a sua pessoa física e dos demais dirigentes. Pessoa criada no exterior, STANNIS BARATHEON não queria confusões para si, num ambiente sempre tão cheio de suspeitas, como o que cerca as entidades fechadas de previdência complementar.

Depois de longas considerações, esta posição acabou sendo vencida, pois os Srs. NED STARK, DAENERYS TARGARYEN e TYRION LANNISTER (maioria do capital votante) entenderam que seria uma péssima decisão de investimento não comprar a outra distribuidora de energia e pagar, cada qual, R\$ 20 milhões de multa. Para cumprir com a meta atuarial de 6% de seus planos de benefícios era necessária a aquisição e, ademais, a BAMBI-Prev era uma grande entidade de previdência, com patrimônio muitíssimo superior aos R\$ 100 milhões devidos, de forma que, certamente, haveria o pagamento no prazo de até 40 dias.

Tendo em vista esse cenário, os fundos comandados por STANNIS BARATHEON e DAENERYS TARGARYEN aportaram, cada um 133,3 milhões. Ocorre que o fundo de pensão comandado por TYRION LANNISTER não tinha condições de fazer o aporte extra naquele momento, tendo a entidade de previdência comandada por DAENERYS TARGARYEN realizado um empréstimo sem juros no valor de 33,3 milhões para o fundo de



pensão dirigido por TYRION LANNISTER viabilizando que este adquirisse as ações emitidas pela GOT no valor total de 133,3 milhões.

Tomadas essas decisões e providências, a operação foi realizada e, por 20 dias, os três fundos de pensão possuíram mais do que 25% do capital da GOT. Logo em seguida a Inverno-Prev fez a compra das ações equivalentes de forma a restabelecer a proporção de 25% do capital para cada um dos 4 acionistas. Nessa mesma data, fundo de pensão dirigido por TYRION pagou o empréstimo recebido fundo de pensão dirigido por DAENERYS.

Os Srs. NED STARK, STANNIS BARATHEON, DAENERYS TARGARYEN e TYRION LANNISTER foram pessoalmente punidos pela PREVIC, cada qual com pena de R\$ 5 mil e a suspensão de 30 dias para o exercício de suas atividades como dirigentes, penas que ponderaram o imenso valor (de R\$ 400 milhões) envolvido na operação. Todos recorreram da decisão para o *Conselho* Nacional de Previdência Complementar (equivalente ao CRSFN), e aguardam julgamento.

A área de fiscalização da PREVIC extraiu peças do processo administrativo disciplinar e remeteu para o Ministério Público, nos termos do art. 64 da Lei Complementar nº 109/2001 (“LC 109/2001”), tendo o Procurador da República recebido o material e determinado a instauração de inquérito policial.

O Procurador da República oferece denúncia em face de NED STARK, STANNIS BARATHEON, DAENERYS TARGARYEN e TYRION LANNISTER pela prática do crime previsto no art. 4º, parágrafo único.

**Diante da situação narrada acima, apresente TODOS os argumentos favoráveis e contrários à possível responsabilização criminal de cada agente envolvido nesse momento, tal como proposto pelo MPF, considerando as características do tipo penal supostamente praticado.**

#### IV. JURISPRUDÊNCIA

**EMENTA 1:** Processual penal. *Habeas corpus*. Trancamento de ação penal. Gestão Fraudulenta. Crime de mera conduta. Presença de suficientes indícios de materialidade e autoria relativos aos fatos narrados na peça acusatória. Ordem denegada.

1. Não há que se falar em inconstitucionalidade do tipo previsto no art. 4º da Lei nº 7.492/86, considerando ser o referido ilícito de mera conduta, ou seja, aquele que descreve apenas o comportamento do agente sem levar em consideração o resultado da ação.

2. Não se pode declarar a inépcia da denúncia que descreve fatos penalmente típicos e aponta, como no caso em exame, a conduta dos acusados de



forma devidamente individualizada, oferecendo todas as condições para o pleno exercício do direito de defesa.

3. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser declarada quando, de pronto, sem necessidade de dilação probatória, evidenciar-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios de autoria capazes de sustentar a acusação ou, ainda, a existência de causa de extinção da punibilidade.

4. Ordem denegada.

STJ. HC 38385/RS. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. 5ª Turma. Julgamento: 15/02/2005. Publicação: 21/03/2005.

**EMENTA 2.** Prescrição: não consumação: gestão temerária de instituição financeira: cuidando-se de crime habitual, conta-se o prazo da prescrição da data da prática do último ato delituoso (C. Penal, art. 111, III). 2. Embora a reiteração se tenha iniciado e, assim, configurado o delito habitual em junho de 1994, os atos posteriores não constituem mero exaurimento, mas também atos executórios que, juntamente com os demais, formam delito único.

STF. HC 87987/RS. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. Maioria. Julgamento: 09/05/2006. Publicação 23/06/2006 PP-00054.

**EMENTA 3.** Ementa: 1. Embargos de declaração. Recurso extraordinário. Teses articuladas no recurso extraordinário não suscitadas no Tribunal a quo. Recurso não conhecido, nos termos da Súmula 282 do STF. Inexistência de omissão na decisão embargada. Embargos rejeitados. 2. Crime de gestão temerária de instituição financeira. Lei 7.492/86, art. 4º, parágrafo único. Crime acidentalmente habitual. Embora um único ato seja apto à configuração da conduta tipificada, a sua reiteração não configura pluralidade de delitos. Precedentes. Concessão de habeas corpus de ofício para excluir da condenação o aumento resultante da continuidade delitiva. (AI 714266 — Embargos de declaração no agravo regimental no agravo de instrumento. Supremo Tribunal Federal, 2ª Turma. Relator Min. Gilmar Mendes. DJU de 01/03/2013).

## V. ATIVIDADE COMPLEMENTAR

1 — Pesquisar normas administrativas do BACEN, Conselho Monetário Nacional, SUSEP ou PREVIC, que imponham regras cujo descumprimento caracterize gestão temerária, apresentando texto explicativo (em até 500 palavras). Valor: 0,5.



## *VI. QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO*

1) A mudança na redação do tipo penal de gestão temerária (Lei 1.521/51 para a 7.492/86) impõe que o tipo penal atual seja interpretado como um crime de perigo abstrato?



## AULA 06: EVASÃO DE DIVISAS

Bem jurídico protegido. Diferentes figuras típicas.

### I. INTRODUÇÃO

O art. 22 da Lei nº 7492 tipifica o crime de evasão de divisas. Para melhor compreender as discussões pertinentes da aula, é conveniente fazermos um breve retrospecto histórico que levou à inserção, em 1986, desse crime na Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.

Como se sabe, durante os anos 80, o Brasil agonizou numa terrível crise econômica, em que a moeda nacional estava enfraquecida e o país necessitava manter uma reserva cambial de dólares para comercializar no exterior. Por “divisa” entende-se uma unidade monetária que pode ser usado como valor cambial (ex: o dólar, o ouro) em negociações internacionais.

Nesse contexto de grave crise econômica, o legislador de 1986 entendeu por bem tutelar a higidez das reservas cambiais brasileiras por meio do Direito Penal, e assim surgiu o crime de evasão de divisas.

O órgão responsável pela manutenção das reservas cambiais e pela fiscalização dos agentes de câmbio é o Banco Central (BACEN), que edita normas administrativas de regulação desse setor. A conduta criminosa pode se consumar, por exemplo, com a violação à norma do BACEN, na medida em que realize-se uma operação não permitida.

Desse contexto, podemos concluir que, originalmente, o bem jurídico tutelado pelo crime de evasão de divisas era a reserva cambial brasileira. Em síntese, o bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional é afetado quando as operações cambiais são realizadas à revelia do Banco Central, sobretudo porque o controle e o equilíbrio das reservas cambiais são essenciais para a estabilidade econômica. Atualmente, porém, como veremos adiante, isso passou a ser de certa forma questionado.

Uma leitura atenta do *caput* e do parágrafo único deixam claro que o legislador enquadrando três condutas distintas no tipo penal de “evasão de divisas”. Considere-se um exemplo de má técnica legislativa, a de abrigar num só tipo penal condutas absolutamente distintas — o objetivo seria justamente de facilitar a perseguição criminal ampliando o rol de condutas que podem ser subsumidas no delito.

A **primeira modalidade** desse crime é a descrita no *caput* — “Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do País”.. Para incorrer no crime de evasão de divisas nessa primeira modalidade, portanto, basta que o agente realize uma operação de câmbio não autorizada, mas que fique comprovado o propósito de retirar divisas do país.

Algumas considerações: em primeiro lugar, pela própria redação legal, fica claro que se o valor monetário envolvido não for divisa, não há crime (por exemplo, em que seja evadido do país uma quantia em reais, em ienes ou em diamantes. Algum desses seria considerado “divisa” para fins desse crime?). Segundo, o que seria uma operação “não autorizada”? Seria aquela realizada em desconformidade com as normas do BACEN, órgão regulador das operações cambiais.

A **segunda conduta** que é enquadrada no escopo de evasão é a descrita na primeira parte do parágrafo único — “Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior (...)”. Aqui temos uma situação distinta. O crime se consuma com o *efetivo* traslado de moeda ou divisa para fora do Brasil. Outro ponto notável é que, enquanto a modalidade do caput consiste em crime na medida em que envolve divisa, nessa segunda modalidade, para o cometimento do crime tampouco importa se o valor evadido é divisa ou não.

Em resumo, enquanto a primeira modalidade consistia na operação de câmbio tendente a evadir divisa do país, a segunda modalidade é a saída não autorizada de qualquer moeda para fora do território nacional.

A **terceira modalidade** é aquela da segunda parte do parágrafo único: “mantiver depósitos no exterior não declarados à repartição federal competente”. A grande controvérsia em torno dessa modalidade girava em torno do momento consumativo do crime. Estaria cometendo crime o indivíduo que simplesmente deposite no exterior qualquer quantia (aqui, novamente, irrelevante se tratar de divisa ou qualquer outra moeda)? Não. Entendeu-se que o momento consumativo do crime ocorre com o encerramento do prazo para declarar o depósito à repartição federal competente — assim, se uma pessoa possui um depósito no estrangeiro, e no dia em que tiver de declará-lo não o fizer, terá cometido crime de evasão de divisas.

### AUTORIZAÇÃO OU DECLARAÇÃO?

Importante destacar que as três modalidades, embora distintas entre si, possuem um elemento em comum: a referência à “autorização” de algum órgão, além da qual as operações são proibidas e incidem na conduta criminosa de evasão de divisas.

Como foi dito na introdução, a instituição federal que fiscaliza o setor cambial é o BACEN. Não obstante, uma alteração normativa em 1994 mudou a interpretação acerca da segunda modalidade de evasão.

Na redação original do dispositivo temos que é criminalmente ilícito promover a saída de moeda ou divisa para o exterior sem autorização. A Instrução Normativa nº 619 do BACEN modificou esse regime de autorização,

que passou a ser dispensada, em prol de uma mera declaração. Isso significa que, se antes era necessário, para promover a saída regular de moeda para o exterior, de uma prévia aquiescência do Banco Central, agora o cidadão pode tranquilamente sair com dinheiro do país, sem a autorização, mas estando obrigado a declarar *a posteriori* o valor. A discussão jurídica que surgiu daí só se tornou mais complicada por um outro fator: enquanto antigamente a autorização era emitida pelo Banco Central, hoje a declaração que torna regular a conduta de um cidadão que saia com dinheiro do país é feita à *Receita Federal do Brasil*.

Confira-se a IN nº 619 da RFB, que exige a declaração de saída de quaisquer valores acima de R\$10.000 ou equivalente em moeda estrangeira.

Assim, desenvolveram-se duas controvérsias jurídicas em torno desse dispositivo, a segunda modalidade do crime de evasão de divisas.

A primeira delas diz respeito à interpretação dada ao termo “autorização”. Já falamos em aulas pretéritas que o Direito Penal é informado pelo princípio da taxatividade, corolário do princípio da legalidade, significando que a conduta de um indivíduo, para ser considerada criminosa, deve se encaixar precisamente na descrição típica legal.

Em razão disso, uma corrente passou a sustentar que a segunda modalidade de evasão deixou de existir como crime no ordenamento jurídico pátrio. Isso porquê o art. 22 da lei seria uma **norma penal em branco**, que depende, para a concretização da redação típica, de uma outra norma do ordenamento que preenche seu sentido. A partir do momento em que a autorização deixou de ser requerida pelo próprio órgão administrativo regulador, essa segunda modalidade de evasão foi esvaziada de seu conteúdo, pois, pela literalidade do dispositivo, “autorização” não equivale a “declaração” — até que a norma administrativa que dispensa a autorização e requer tão somente a declaração seja revogada e a autorização volte a ser necessária, o crime de evasão de divisas na sua segunda modalidade está com os efeitos suspensos.

Uma corrente oposta flexibiliza a redação do art. 22, defendendo que o tipo penal continua produzindo efeitos normalmente, e que a “declaração” exigida teria substituído a exigida “autorização” — o tipo penal teria sido “atualizado”. Logo, sair com numerário do país em valor superior a R\$10.000 sem declarar nos termos da IN RFB nº 619 consubstanciará o crime de evasão de divisas.

A segunda controvérsia em torno dessa modalidade diz respeito ao bem jurídico tutelado. Tendo em vista que o órgão competente para receber as declarações não é mais o BACEN, mas a Receita Federal, ou o Fisco, que zela pela higidez do sistema fiscal-tributário, alegou-se que houve uma reavaliação em torno do bem jurídico tutelado pelo crime de evasão de divisas, não mais sendo a preservação das reservas cambiais, mas a salubridade do sistema tributário nacional.

Pode parecer um debate meramente dogmático, mas lembremos que o próprio conteúdo do Direito Penal é definido em função dos bens jurídicos tutelados pela criminalização daqueles comportamentos desviantes e socialmente reprováveis. Na prática, pelo princípio da lesividade que rege esse ramo do Direito, se a conduta do indivíduo ao mobilizar valores cambiais não afetar as reservas brasileiras, não há crime de evasão de divisas, embora haja situações em que esse comportamento do agente se encaixe na definição legal do delito.

Também convém ressaltar que o contexto vivenciado pelo Brasil atualmente é totalmente distinto daquele que justificou a criação do crime do art. 22 do diploma legal em análise. Se antes o cenário era de aguda crise econômica interna, em 2013 a economia brasileira se mostra possante e inclusive resistiu aos efeitos da crise global iniciada em 2008, de forma que talvez não se faça necessário, enquanto política pública, a perseguição criminal dessas condutas, que poderiam ser reprimidas na esfera administrativa. O célebre penalista Nilo Batista já em 2001 comentara que o delito de evasão de divisas tende a desaparecer no âmbito criminológico<sup>25</sup>, em face das mudanças de paradigmas do capitalismo financeiro internacional.

### VALORES MÁXIMOS / TENTATIVA

No que tange à primeira modalidade da evasão, a doutrina pátria é unânime em considerar que, independentemente da fuga das divisas, o crime se consuma efetivamente com a realização da operação de câmbio não autorizada (aqui é genuína autorização, expedida pelo BACEN, para realizar operação cambiária). *Admite-se, portanto, a tentativa* (art. 14, II do CP) se o agente iniciar uma operação de câmbio não autorizada, mas esta não se concluir em razão de circunstâncias alheias à sua vontade. Não há que se falar, porém, em princípio da insignificância, pois a operação é ou não é autorizada, e, portanto, será ou não lícita.

Concorda a doutrina que a segunda modalidade também admite tentativa, se o agente que tentar promover a saída for interrompido numa situação em que fique evidente que buscava retirar moeda do país (ex: se for preso em flagrante próximo à fronteira, carregando dinheiro numa valise). Aqui cumpre ressaltar que não é qualquer valor que sujeita o indivíduo a ser incriminado nos termos do art. 22, p. ú. Conforme a supracitada IN RFB nº 619, um cidadão pode deixar o país com até R\$10.000 sem precisar declarar. Sendo assim, pergunta-se: deixar o Brasil com R\$ 10.010 seria considerado insignificante? O entendimento firmado é que não há insignificância, que a referência de dez mil reais distingue se a conduta do agente é criminosa (acima de dez mil) ou atípica (abaixo de dez mil).

<sup>25</sup> BATISTA, Nilo. *Consumação e tentativa no crime de evasão de divisas*. In: Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva. São Paulo. Ed. Método. 2001. Pg. 255.





O mesmo entendimento sobre insignificância vale para a terceira modalidade. Em todo ano fiscal o BACEN edita uma norma determinando qual o valor máximo que pode ser mantido no exterior sem ser declarado.

Note-se que, para incidir no tipo penal na terceira modalidade, a falta de declaração é *ao BACEN* (diferentemente da segunda modalidade) — a repartição federal referida no p. ú. — mas a declaração de Imposto de Renda de Pessoa Física, exigida pela Receita Federal, também demanda do contribuinte que ele explicita os valores que possui depositados no exterior, *para fins de arrecadação tributária*, que não consubstancia o crime de evasão de divisas.

Também quanto a terceira modalidade, importante frisar o momento consumativo do crime como sendo respectivo à data determinada pelo Banco Central para declarar — uma esdrúxula decorrência disso é que um cidadão brasileiro poderia manter numa conta do exterior um vultoso numerário (acima do valor impassível de declaração) e, na véspera do dia da declaração, ele esvazia totalmente o depósito, somente para restaurá-lo ao valor original no dia imediatamente seguinte ao da declaração. Logo, não declarou o valor, mas não consumou o crime. Por meio desse expediente seria possível evadir-se do crime previsto na segunda parte do p. ú. do art. 22.

## II — NOTÍCIAS

### OPERAÇÃO AUREUS COMBATE EVASÃO DE DIVISAS

Por: Comunicação Social / Superintendência Regional da PF no Rio Grande do Sul

<http://www.dpf.gov.br/agencia/noticias/2012/marco/operacao-aureus-combate-evasao-de-divisas>

**22/03/2012 — Porto Alegre/RS** — A Polícia Federal deflagrou na manhã de hoje, 22, a Operação Aureus, que visa desarticular grupo que operava no Vale dos Sinos, no comércio informal de moedas estrangeiras, em especial dólares-americanos e euros, e na evasão de divisas. Foram cumpridos quatro mandados de busca e apreensão e o sequestro de três veículos e cinco imóveis.

Os investigados mantinham instituição financeira ilegal adquirindo e vendendo moedas estrangeiras. Porém, sua principal atividade era a remessa ilegal de valores de clientes para o exterior. Os investigados recebiam os depósitos de clientes em banco brasileiro e, posteriormente, os valores eram transferidos de conta bancária de titularidade de empresa pertencente ao grupo nos Estados Unidos da América para o beneficiário no exterior. A referida operação é conhecida como “dólar-cabo”.

Os principais clientes do grupo criminoso eram empresários do Vale dos Sinos que necessitavam realizar pagamentos no exterior. A investigação foi re-



alizada pela Delegacia de Repressão a Crimes Financeiros da Polícia Federal. Armas de caça e munições foram apreendidas durante as buscas (...)

STF CONDENA EX-DIRIGENTES DO BANCO RURAL E ABSOLVE DUDA MENDONÇA E SÓCIA. Ao todo, foram condenados cinco réus do mensalão por evasão de divisas. O publicitário foi absolvido de todas as acusações

**ÉPOCA — 15/10/2012 15h29 — Atualizado em 15/10/2012 21h06**  
<http://revistaepoca.globo.com/Brasil/noticia/2012/10/barbosa-vota-pela-absolvicao-de-duda-mendonca-e-socia.html>

Os ministros do Supremo Tribunal Federal (STF) decidiram nesta segunda-feira (15) condenar cinco réus do mensalão pelo crime de evasão de divisas: Marcos Valério e seu ex-sócio Ramon Rollerbach, Simone Vasconcelos, ex-funcionária das empresas de Valério, além de José Roberto Salgado e Kátia Rabello, ex-diretores do Banco Rural.

Foram absolvidos o publicitário Duda Mendonça e sua sócia, Zilmar Fernandes das acusações de lavagem de dinheiro e evasão de divisas por 53 repasses de dinheiro para conta no exterior, e por cinco saques no Banco Rural de São Paulo.

(...)

Segundo denúncia do Ministério Público, Duda e Zilmar receberam cerca de R\$ 11 milhões por meio do esquema montado por Marcos Valério, em contas do Brasil e no exterior.

O publicitário foi o responsável pelo marketing da campanha presidencial de Luiz Inácio Lula da Silva em 2002. Segundo seu advogado, o crédito repassado pelo PT estava previsto em contratos firmados “muito antes da formação de qualquer organização criminosa que por ventura tenha se criado no país”.

### **Voto de Joaquim Barbosa**

(...)

Não houve evasão de divisas, segundo Barbosa, porque os réus cumpriram as regras do Banco Central, que obriga a declaração de valores em conta no exterior superiores a US\$ 100 mil no dia 31 de dezembro de cada ano. Duda e Mendonça movimentaram milhões na conta da empresa Dusseldorf, criada por eles, mas deixaram saldo de pouco menos de US\$ 600 em dezembro de 2003.

### III. CASO GERADOR 05 — *BREAKING BAD*

No dia 17 de setembro de 2014, Walter White, americano natural da cidade de Albuquerque, Novo México, EUA, casado, empresário dono de um lava-jato, foi preso em flagrante delito pelo crime de evasão de divisas quando embarcava em um avião no aeroporto do Galeão com destino ao seu país porque portava US\$ 19.350,00 (dezenove mil trezentos e cinquenta dólares dos Estados Unidos da América), não declarados, ou seja, sem a correspondente Declaração de Porte de Valores (DPV) instituída pela Instrução Normativa nº 619, de 2006, da Secretaria da Receita Federal. Indagado se possuía documentação hábil a permitir o transporte dos valores ou que comprovasse sua origem lícita, Walter White não respondeu.

Com base nesses fatos, o Ministério Público Federal ofereceu denúncia em face de Walter White imputando-lhe a prática do crime previsto no parágrafo único art. 22, da Lei nº 7.492/86, na forma do art. 14, II, do Código Penal. Narra a denúncia que: “White tentou embarcar com destino ao exterior levando consigo a quantia de US\$ 19.350,00 não declarados à autoridade competente, circunstância que demonstra por si só a intenção de promover a evasão de divisas do país. Com efeito, a resolução 2.524, de 1994 do Banco Central estabelece, em seu art. 1º, que ‘as pessoas físicas que ingressarem no país ou dele saírem com recursos em moeda nacional ou estrangeira em montante superior a R\$ 10.000,00 (dez mil reais), ou o equivalente em outras moedas, (...) devem apresentar (...) declaração relativa aos valores em espécie (...)’, providência que não foi cumprida por Walter White, nem quando de sua entrada no país, nem quando de sua tentativa de deixá-lo, o que demonstra com clareza o dolo de promover a saída de moeda ou divisa do Brasil para o exterior”.

Durante a instrução criminal, ficou comprovado que Walter White é empresário que se dedica ao ramo de lava-jato, mas também à importação de produtos químicos que são matéria prima para detergentes utilizados na lavagem dos carros, sendo que seus principais fornecedores estão no Brasil. A defesa também comprovou que White adquiriu US\$ 24.000,00 (vinte e quatro mil dólares) no Banco SKYLAR, situado cidade de Albuquerque, Novo México, EUA, cerca de um mês antes de embarcar para o Brasil. Segundo afirmou White, sua viagem tinha por objetivo estabelecer contatos comerciais e o dinheiro foi utilizado exclusivamente com sua hospedagem, alimentação, transporte e lazer durante sua estada, sendo que levava consigo a diferença.

Como juiz do caso, elabore uma sentença abordando a tipicidade ou atipicidade da conduta imputada a partir da ofensa ao bem jurídico protegido. Não é necessário elaborar relatório nem fixar pena.



#### IV. CASO GERADOR 06 — *BREAKING BAD 2*

Jesse Pinkman, brasileiro, residente na cidade do Rio de Janeiro, executivo da empresa Pollos Hermanos, multinacional com sede no México, é convidado, no ano de 2009, a assumir a presidência da filial na Alemanha, razão pela qual deixa o Brasil em janeiro de 2010 e lá permanece até dezembro de 2012. Durante esse período, atendendo às normas administrativas da Secretaria da Receita Federal Brasileira, apresentou declaração de rendas perante a autoridade fiscalizadora alemã e lá recolheu os tributos devidos, entregando cópia desse documento para registro na embaixada brasileira na Alemanha. Sua remuneração, em dólares dos EUA, era mensalmente depositada em conta do Banco Heisenberg, situado em New Hampshire, nos EUA.

Em janeiro de 2013, Pinkman decide aposentar-se, retornar ao Brasil e aproveitar sua velhice adquirindo uma casa em Búzios. A casa escolhida por Pinkman pertence à empresa EHRMANTRAUT Ltda., uma off-shore com sede no Uruguai, representada no Brasil pelo seu procurador e advogado Saul Goodman. Durante a negociação da compra, Saul Goodman afirma que a empresa somente aceita vender o imóvel se o valor for pago em dólares, mediante depósito no valor de US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares) na conta de nº 765432-1, do Banco DEA, situado nas Ilhas Virgens Britânicas.

Depois de consultar um amigo (Skinny Pete) que se dedica à operação, sem autorização do Banco Central, de uma casa de câmbio, Pinkman ordena a transferência do numerário a partir de sua conta Banco Heisenberg para a conta da empresa EHRMANTRAUT no Banco DEA. Consta expressamente da escritura de compra e venda que o imóvel foi vendido por R\$ 2.500.000,00 (dois milhões e quinhentos mil reais), equivalentes na época da negociação a US\$ 1.000.000,00 (um milhão de dólares), com os detalhes das contas de origem e destino.

Em abril de 2014, Pinkman entrega sua declaração de renda referente ao ano de 2013, na qual aparece a compra da casa em Búzios e a existência da conta no Banco Heisenberg. A negociação com uma off-shore e o fato de que o Banco DEA ser o mais utilizado pelos “doleiros” que operam paralelamente ao mercado oficial de câmbio chamam a atenção de um auditor fiscal que repassa as informações para o Ministério Público Federal. Na condição de Procurador da República, qual a definição típica você daria aos fatos narrados acima, pertinentes à conduta de Pinkman?



## V. LEITURA OBRIGATÓRIA

AMARAL, Thiago Bottino do. Regulação econômica e Direito Penal Econômico: eficácia e desencontro no crime de evasão de divisas. In *Revista Brasileira de Ciências Criminais* nº101, 2013.

## VI. LEITURA COMPLEMENTAR

BATISTA, Nilo. Consumação e tentativa no crime de evasão de divisas. In *Estudos Criminais em homenagem a Evandro Lins e Silva*. São Paulo. Ed. Método. 2001. Pg. 255.

## VII. JURISPRUDÊNCIA

**EMENTA 1:** Criminal. RHC. Crime contra o sistema financeiro nacional. Lei 7.492/86. Art. 6º e 22. Efetuar operação de câmbio não-autorizada e induzir em erro repartição pública por sonegar informação da operação. Trancamento da ação. Inépcia da denúncia. Deficiência da peça e prejuízo à defesa não-demonstrados. Ausência de justa causa não evidenciada. Tipicidade. Matéria decidida na esfera administrativa. Independência das instâncias. Recurso desprovido.

I. Eventual inépcia da denúncia só pode ser acolhida quando demonstrada inequívoca deficiência a impedir a compreensão da acusação e em flagrante prejuízo à defesa do réu.

II. A falta de justa causa para a ação penal só pode ser reconhecida quando, de pronto, sem a necessidade de exame valorativo do conjunto fático ou probatório, evidencia-se a atipicidade do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a acusação ou, ainda, a extinção da punibilidade, os quais devem ser demonstrados de plano.

III. As pessoas jurídicas que realizam operações de câmbio equiparam-se, pelo art. 1º, inc. I, da Lei nº 7.492/86, e para os efeitos da lei, às instituições financeiras.

IV. O delito do art. 22 da Lei nº 7.492/86 configura crime comum e sujeita todo agente que faça operação de câmbio não autorizada, visando à evasão de divisas.

V. A evasão não pressupõe, necessariamente, a saída física do numerário, consistindo, de fato, no prejuízo às reservas cambiais brasileiras, independentemente de estar entrando ou saindo o dinheiro do País.

VI. A declaração de nulidade do procedimento administrativo — que não caracterizou ausência de responsabilidade, não implica no reconhecimento



da inexistência de fato típico, tendo em vista a independência das instâncias administrativa, civil e penal.

VII. É descabida a alegada ocorrência da excludente do exercício regular de um direito se evidenciado que o paciente não poderia desconhecer as regras do procedimento de comercialização da moeda.

VIII. Recurso desprovido.

STJ. RHC 9281/PR. Relator Ministro Gilson Dipp. Quinta Turma. Julgamento 13/09/2000. Publicação 30/10/2000.

**EMENTA 2:** Criminal. HC. Crimes contra o sistema financeiro nacional. Inépcia da denúncia verificada em relação ao crime de evasão de divisas. Adequação da exordial no tocante ao delito de manutenção de depósito não declarado no exterior. Ordem parcialmente concedida.

I. Hipótese na qual o paciente foi denunciado pela suposta prática de crimes contra o sistema financeiro nacional, nas modalidades de evasão de moeda ou divisa do país, sem autorização legal e manutenção de depósitos não declarados no exterior.

II. A inexistência absoluta de elementos hábeis a descrever a relação entre a suposta evasão de divisas e a conduta do réu ofende o princípio constitucional da ampla defesa, tornando inepta a denúncia.

III. Apesar de descritas em um mesmo dispositivo legal — o parágrafo único do art. 22 da Lei dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional — a evasão de divisas e a manutenção de depósitos não declarados no exterior são condutas diversas, cada uma delas demandando descrição diferenciada pelo Órgão Acusador, que deve relatar, individualmente, seus fatos e circunstâncias próprios.

IV. Inexistindo censura quanto à denúncia no tocante à descrição dos fatos referentes à prática de manutenção de depósitos não declarados no exterior e sobressaindo que o paciente dele se defendeu durante toda a instrução, revelando, assim, a adequação da inicial ministerial, neste ponto, o pedido de nulidade da ação penal deve prosperar somente no tocante ao crime de evasão de divisas, cuja inépcia da exordial acusatória se verifica.

V. Averiguada a independência de narrativa das condutas imputadas ao paciente, e constatada a inépcia da peça acusatória somente quanto a uma delas, nada obsta o trancamento parcial da denúncia. Precedentes da Turma.

VI. Writ que deve ser parcialmente concedido para reformar o acórdão recorrido e a sentença por ele confirmada, para excluir a condenação pela prática do crime de evasão de divisas, permanecendo, a condenação pelo crime de manutenção de depósito não declarado à repartição federal competente, sem prejuízo de que outra denúncia seja oferecida quanto o delito de evasão de divisas.

VII. Ordem parcialmente concedida, nos termos do voto do relator.



STJ — HC 48969/DF. Relator Ministro Gilson Dipp. 5ª Turma. Unânime. Julgamento: 17/10/2006. Publicação: 13.11.2006 p. 276.

**EMENTA 3:** Administrativo. Entrada de moeda estrangeira no país. Apreensão pelo fisco. Impossibilidade. Violação ao art. 22, parágrafo único, da lei n. 7.492/86. Não ocorrência.

1. O art. 17 do Decreto n. 42.820/57 autoriza a entrada de moeda estrangeira no país.

2. A mera conduta de ingressar no território nacional com moeda estrangeira não configura o delito a que se refere o art. 22, parágrafo único, da Lei n. 7.492/86.

3. Recurso não-provido.

STJ. Resp 189144/PR. Relator Ministro João Otávio de Noronha. 2ª Turma. Unânime. Julgamento: 17/02/2005. Publicação: 21.03.2005 p. 302.

**EMENTA 4:** Recurso Especial. Penal. Crime contra o Sistema Financeiro Nacional. Operação de câmbio. Autorização do BACEN viciada. Utilização de documentação falsa. Evasão de divisas. Incidência do art. 22 da lei n.º 7.492/86.

1. A operação de câmbio submetida ao BACEN, e que foi autorizada, nunca existiu. Os documentos apresentados para ilustrar uma pretensa transação comercial de importação eram falsos.

2. Por outro lado, concretizou-se, sim, uma transferência de divisas para fora do País (quase quatro milhões de dólares americanos) completamente desprovida de legalidade, porquanto não estava vinculada a qualquer operação de câmbio regularmente autorizada. Incidência do art. 22 da Lei n.º 7.492/86.

3. Recurso conhecido e provido.

STJ. Resp 411522/SP. Relatora Ministra Laurita Vaz 5ª Turma. Unânime. Julgamento: 09/03/2004. Publicação: 15.03.2004 p. 291.

## VIII. QUESTÕES DE CONCURSO

*11º Concurso de Juiz Federal Substituto da 4ª Região (2004)*

Assinalar a alternativa correta.

Alfredo, cidadão brasileiro, residente em São Paulo, após adquirir cem mil dólares norte-americanos em Curitiba-PR no “câmbio paralelo”, viaja para o Paraguai, via Foz do Iguaçu, para depositar o dinheiro em um banco sediado em um “paraíso fiscal”, mas com agência naquele país vizinho, integrante do





Mercosul. Alfredo é preso na Ponte da Amizade, quando tentava cruzar a fronteira entre o Brasil e o Paraguai, sem, no entanto, declarar às autoridades a existência do dinheiro que portava.

a) Alfredo cometeu apenas o crime de manter depósitos não declarados à repartição federal competente, na forma tentada.

b) Alfredo cometeu o crime de evasão de divisas na forma tentada, porque a moeda não chegou a sair do Brasil.

c) Alfredo não cometeu o crime de evasão de divisas, porque a moeda não saiu do País.

d) Alfredo consumou o crime de evasão de divisas, mesmo que a moeda não tenha saído do Brasil.

### *VII. QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO*

1) É possível construir-se uma interpretação acerca da aplicação do princípio da insignificância a partir dos diferentes limites dos valores que devem ser declarados?

2) Como avalia as propostas de interpretação do tipo penal previsto no art. 22, parágrafo único, 1ª parte, como uma norma que perdeu eficácia?

3) As normas penais em matéria econômica devem estar submetidas à legislação administrativa, de modo que normas administrativas definam quais condutas serão consideradas criminosas e quais não serão?



## AULA 07: PRISÃO PREVENTIVA E MAGNITUDE DA LESÃO

### TEMAS

Conceito de ordem pública, ordem econômica e magnitude da lesão.

### I. INTRODUÇÃO

A teoria geral do processo classifica os provimentos judiciais em cognitivo, executório e cautelar. O processo de conhecimento destina-se à resolução do litígio que é apresentado ao juiz. Nele, as partes apresentam suas postulações e produzem prova de suas alegações, buscando influir no convencimento do juiz, o qual, ao final proferirá a sentença, julgando procedente ou improcedente a demanda. O processo de execução visa dar efetividade, no mundo dos fatos, à sentença que julgou o processo de conhecimento. Finalmente, o provimento cautelar tem por objeto a adoção de medidas urgentes e provisórias que garantam a utilidade da sentença que será proferida no processo de conhecimento.

O provimento cautelar terá, portanto, sempre relação de instrumentalidade com o processo principal, podendo ser exarado no próprio feito ou em processo autônomo. Trata-se de uma medida judicial deferida contra uma das partes em juízo de cognição sumária. Eventualmente, ao final, a sentença poderá ser proferida em favor da parte que sofreu restrições em decorrência da medida cautelar deferida no curso do processo.

A grande maioria dos crimes tipificados na legislação brasileira é punido com penas privativas de liberdade. Para aplicar a pena de prisão é necessária a existência de uma condenação definitiva, proferida após o devido processo legal. No entanto, a prisão poderá ser utilizada pelo Estado sem a natureza de pena, na forma de uma medida cautelar.

Considerando que a liberdade dos indivíduos é a regra e a prisão uma exceção, a lei prevê de forma taxativa as hipóteses em que a liberdade individual de um indivíduo ainda não considerado culpado poderá ser suprimida. Os pressupostos cautelares são o *periculum libertatis* e *fumus comissi delicti*, significando, respectivamente, o perigo na liberdade do indivíduo e a presença de indícios da prática do crime.

Existem pelo menos três formas de prisão cautelar no Direito Brasileiro: a prisão em flagrante, a temporária e a prisão preventiva.

Essa última, a prisão preventiva é a mais importante e mais largamente utilizada forma de prisão instrumental do direito brasileiro. O diploma legal que prevê esse tipo de prisão é também bastante claro no que tange à natu-

reza cautelar desse tipo de restrição à liberdade de locomoção. Como se não bastasse, a reforma das medidas cautelares penais, consubstanciada na Lei nº 12.403/11, reforçou o caráter de excepcionalidade da prisão e prescreve que, sempre que possível, deve ser preterida em favor de outras medidas menos gravosas à liberdade individual

A preventiva poderá ser decretada tanto na fase de investigação como durante a instrução criminal e seus pressupostos estão presentes no artigo 312<sup>26</sup> do Código de Processo Penal.

O primeiro conceito de *periculum libertatis*, apreendido da expressão “garantia da ordem pública” é também um dos mais criticados por sua vagueza. Muitas vezes a ordem pública é confundida com clamor público, quando na realidade são coisas absolutamente distintas. Um fato que afeta a ordem pública deve, necessariamente, criar uma sensação de intranquilidade na população, um abalo na confiança de que o governo será capaz de manter a ordem e o funcionamento normal de suas vidas.

A confusão de ordem pública com clamor público é comum em casos de grande repercussão. Os meios de comunicação não poucas vezes transformam indícios de irregularidades em provas irrefutáveis de crimes. Quando esse tipo de notícia envolve políticos ou órgãos públicos (já vistos com desconfiança pela população), é muito comum a criação de um clamor público pedindo a imediata prisão dos suspeitos. No entanto, um desvio de verbas num órgão público não tem o condão de intimidar a população ou abalar a ordem, sobretudo se o responsável for afastado do cargo, o que impediria uma possível repetição do crime. Trata-se, no mais das vezes, de um desejo de punição imediata, o qual é *incompatível* com a ordem jurídica brasileira e com a ordem jurídica de qualquer democracia constitucional que garanta aos seus cidadãos a presunção de inocência como garantia fundamental.

As mesmas observações aplicam-se ao conceito de ordem econômica. Uma coisa é o risco causado ao equilíbrio da ordem econômica por práticas que afetem o funcionamento normal do mercado, outra bem diferente é a indignação das pessoas com a notícia de um crime. Afinal, a lei não prevê (e nem poderia) como critério para restrição da liberdade individual a “indignação popular, medida a partir dos meios de comunicação”.

A lei 7.492/1986, que tipifica os crimes contra o sistema financeiro nacional, em seu art. 30<sup>27</sup>, prevê que os suspeitos da prática dos crimes ali previstos poderão ser preventivamente presos, sem prejuízo do disposto no art. 312, também em razão da “magnitude da lesão causada”. O legislador de 1986, portanto, inaugurou uma nova hipótese de aplicação dessa prisão cautelar — a prisão preventiva — que não consta do CPP.

Trata-se de previsão em flagrante contradição com o fundamento cautelar da prisão, bem como com o princípio da presunção de inocência, pois condiciona a restrição da liberdade a aspectos que dizem respeito ao próprio mérito

<sup>26</sup> “Art. 312. A prisão preventiva poderá ser decretada como garantia da ordem pública, da ordem econômica, por conveniência da instrução criminal, ou para assegurar a aplicação da lei penal, quando houver prova da existência do crime e indício suficiente de autoria”.

<sup>27</sup> Art. 30. Sem prejuízo do disposto no art. 312 do Código de Processo Penal, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada.

da causa. Nas hipóteses de crimes envolvendo grandes somas de dinheiro, muito mais eficientes serão as medidas constritivas de patrimônio (como, por exemplo, o bloqueio de ativos financeiros).

Discutiu-se, inclusive, por tal hipótese de prisão preventiva estar positivada em diploma legal diverso do CPP, se ela prescindiria dos requisitos da prisão cautelar. O quê não faz o menor sentido, já que as regras do *fumus commissi delicti e periculum in libertatis* se aplicam a qualquer espécie de prisão cautelar, e não especificamente à prisão preventiva do art. 312 do CPP. Logo, mesmo usando como fundamento a magnitude da lesão numa prisão preventiva, para que esta seja legítima em face do ordenamento, devem estar presentes os requisitos autorizadores dessa medida cautelar privativa de liberdade.

Ademais, a decretação de uma prisão cautelar em situações em que não estão presentes os requisitos cautelares se presta como simulacro de segurança, explora o desejo da população de que o sistema financeiro funcione com segurança e de que suspeitos sejam presos. Ocorre que essa prisão que não garante a segurança nas operações financeiras, a qual só advém de uma rigorosa e competente fiscalização das instituições financeiras, tarefa muitas vezes cumprida de modo displicente pelas autoridades monetárias.

## II. CASO GERADOR 07 — PULP FICTION

Depois de longa investigação policial, descobre-se que Vincent Vega, diretor do banco privado ZED, havia informado falsamente a jornalista Mia Wallace que a instituição financeira oficial Pumpkin-Honey— Bunny, que estava para ser privatizada, tinha um passivo a descoberto na ordem de R\$ 600.000.000,00 (seiscentos milhões de reais).

Em decorrência desta notícia, a cotação das propostas de sua compra no pregão sofre um deságio na ordem de 40% do valor real. Diante disso, o MPF denuncia-o pelo crime do art. 3º da Lei 7.492/86 e pede ao Juiz Federal sua prisão preventiva.

Atendendo ao pedido do MPF o juiz assim despacha: “Verifico da promoção do MPF que efetivamente estão presentes os elementos referidos no art. 30 da lei 7.492/86. Por isso, decreto a prisão preventiva de Vincent Vega”. Inconformado com a decisão, Jules Winnfield, patrono do acusado impetra em seu favor *habeas corpus*, argumentando que a prisão é ilegal. Explique sucintamente se a ordem deve ser concedida ou não.



### III. LEITURA OBRIGATÓRIA

— Manifestação do MPF requerendo a prisão preventiva de Nestor Cerveró e a correspondente decisão do Juiz Federal.

### IV. JURISPRUDÊNCIA

**EMENTA 1:** Criminal. HC. Quadrilha. Falsificação de selo ou sinal público. Crimes contra a ordem tributária e sistema financeiro nacional. Prisão preventiva. Observância do princípio da presunção de inocência ou da não culpabilidade. Interpretação restritiva dos requisitos. Ausência de concreta fundamentação. Gravidade dos delitos. Circunstâncias subsumidas no tipo. Prova da materialidade e autoria. Motivação inidônea a respaldar a custódia. Magnitude da lesão. Falta de vínculo com os requisitos cautelares. Necessidade da custódia não demonstrada. Condições pessoais favoráveis. Ordem concedida.

I. A prisão preventiva é medida excepcional e deve ser decretada apenas quando devidamente amparada pelos requisitos legais, em observância ao princípio constitucional da presunção de inocência ou da não culpabilidade, sob pena de antecipar a reprimenda a ser cumprida quando da condenação.

II. Cabe ao Julgador, ao avaliar a necessidade de decretação da custódia cautelar, interpretar restritivamente os pressupostos do art. 312 do Código de Processo Penal, fazendo-se mister a

configuração empírica dos referidos requisitos.

III. O juízo valorativo sobre a gravidade genérica dos delitos imputados ao paciente, bem como a existência de prova da autoria e materialidade dos crimes, não constituem fundamentação idônea a autorizar a prisão para garantia da ordem pública, se desvinculados de qualquer fator concreto.

IV. Aspectos que devem permanecer alheios à avaliação dos pressupostos da prisão preventiva.

V. As afirmações a respeito da gravidade do delito trazem aspectos já subsumidos no próprio tipo penal.

VI. O art. 30 da Lei 7.492/86, ao mencionar a magnitude da lesão supostamente causada pela prática, em tese, criminosa, não dispensa, para a imposição da custódia cautelar, os requisitos do art. 312 do Código de Processo Penal.

VII. A existência de indícios de autoria e prova da materialidade e a gravidade do crime não são dotadas de cautelaridade, motivo pelo qual não configuram o requisito “garantia da ordem pública”, como já anteriormente ressaltado.



VIII. A magnitude da lesão, por si só e sem vínculo com os requisitos do art. 312 da Lei Processual Adjetiva, não é capaz de respaldar a custódia cautelar.

IX. Precedentes do STF e do STJ.

X. Condições pessoais favoráveis, mesmo não sendo garantidoras de eventual direito à liberdade provisória, devem ser devidamente valoradas, quando não demonstrada a presença de requisitos que justifiquem a medida constritiva excepcional.

XI. Deve ser cassado o acórdão recorrido, bem como o decreto prisional, para revogar a prisão preventiva do paciente, determinando-se a imediata expedição de alvará de soltura em seu favor, se por outro motivo não estiver preso, sem prejuízo de que venha a ser decretada novamente a custódia, com base em fundamentação concreta.

XII. Ordem concedida, nos termos do voto do Relator.

STJ. HC 47712/RJ. Relator Ministro Gilson Dipp. 5ª Turma. Unânime. Julgamento: 13/12/2005. Publicação: 01/02/2006 p. 584.

**EMENTA 2:** *Habeas corpus*. Prisão preventiva. Crime contra o sistema financeiro. Lavagem de dinheiro. Quadrilha. Operação “farol da colina”. Magnitude da lesão. Autoria e indícios demonstrados. Pretensão de revogação. Requisitos da custódia atendidos. Proteção da ordem pública e econômica e da instrução.

I — A prisão se mostra justificada quando o julgador demonstra os indícios e a autoria, bem assim, a necessidade de proteção da ordem pública e econômica, tendo em vista a magnitude da lesão ao sistema financeiro.

II — O temor relativo à fuga deve receber, em certos casos que envolvem pessoas de considerável poder econômico, influência não só da ação direta do acusado, mas da experiência de outros casos e, principalmente, das dificuldades presentes em se fazer cumprir uma ordem de prisão em situações de grande vulto.

III — Ordem denegada.

STJ. HC 40818/RJ. Relator Ministro José Arnaldo da Fonseca. 5ª Turma. Unânime. Julgamento: 17/03/2005. Publicação: 11.04.2005 p. 350.

## V. ATIVIDADE COMPLEMENTAR

Pesquisar conceito de garantia da ordem econômica na jurisprudência do STJ e STF, trazendo ao menos três definições distintas e apresentando em sala, no dia da aula. Valor: 0,5 ponto.

## VI. QUESTÕES DE AUTOMONITORAMENTO

1) Como você entende que deva ser interpretado o art. 30, da Lei 7.492/86?



## AULAS 08 E 09: SONEGAÇÃO E OUTROS CRIMES FISCAIS

### TEMAS

Crimes materiais e formais na Lei nº 8.137/90.

### I. INTRODUÇÃO

A Constituição refere-se a três tipos de tributos: impostos (valor cobrado para financiar a existência e funções essenciais do Estado), taxas (assim considerados os pagamentos específicos pela utilização de um serviço determinado, como taxa de lixo, de água etc.) e contribuições (tributos pagos em contrapartida de um serviço público realizado). Além dessas modalidades, a Constituição menciona ainda o empréstimo compulsório (cobrado exclusivamente pela União para atender a emergências, como calamidade pública ou guerra, ou situações de urgência; art. 148, da Constituição) e contribuições parafiscais como as sociais, de intervenção no domínio econômico ou de interesse de categorias profissionais, como as contribuições sindicais.

O fenômeno da tributação é antiquíssimo, remontando aos primórdios da civilização. No entanto, a tipificação penal de comportamentos destinados a evadir-se — geralmente por meio de expedientes fraudulentos — da obrigação de pagar os tributos é recente. No passado tivemos as Leis nº 4.357/1964 (criou o tipo penal de apropriação indébita mediante não repasse de imposto de renda retido na fonte, entre outros) e nº 4.729/1965 (que criou o tipo penal de sonegação fiscal), esta última posteriormente modificada pela Lei nº 8.137/1990, atualmente em vigor.

Importa desde já deixar clara uma distinção fundamental que passa despercebida pela maior parte dos contribuintes: a diferença entre o simples não recolhimento de um tributo devido (por falta de dinheiro, por exemplo) e a utilização de um ardil para iludir o Fisco de quê não há tributo devido por parte do sonegador.

Não pagar um tributo, mas estando o débito do contribuinte regularmente registrado (ou seja, o Poder Público sabe qual a quantia devida, e o tributo é exigível) sujeita o contribuinte em mora à sanções de ordem administrativa, e, em último caso, à processo judicial de execução dos bens para satisfazer o crédito tributário. O crime de sonegação consiste em um passo além, como evidenciam as hipóteses do art. 1º da lei 8137 — o criminoso omite informações ou ativamente fraudula a fiscalização tributária, com fins de suprimir a contribuição pecuniária devida ao Estado.





## *SONEGAÇÃO FISCAL*

A sonegação fiscal é o crime tributário por excelência e caracteriza-se justamente pela redução ou supressão do pagamento de tributos ao Estado por meio de algum ardil fraudulento. Os dois primeiros artigos da lei nº 8.137 enumeram uma série de comportamentos que se encaixam no tipo penal de sonegação fiscal.

Muitos cidadãos criticam a alta carga tributária a que são submetidos pela legislação brasileira, apontando como fator fundamental os altos índices de sonegação fiscal; com efeito, em um sistema tributário onde todos pagam impostos, todos pagarão menos. Diante, porém, de um quadro em que a sonegação fiscal retira um percentual relevante dos recursos públicos, a administração tende a supertaxar aquelas atividades em que a sonegação é mais difícil de se efetivar, como é o caso dos tributos incidentes sobre os salários dos funcionários públicos e empregados do setor privado. Isso acaba por criar distorções entre os setores econômicos e sociais. Por outro lado, o combate à sonegação também depende da racionalização do sistema tributário, com objetivo de facilitar a fiscalização pelo governo, reduzir a corrupção e, inclusive, reduzir os custos das empresas.

A questão mais relevante, atualmente, em matéria penal tributária diz respeito à natureza do crime (se é crime formal ou material), tendo o Supremo Tribunal Federal modificado sua orientação no sentido de considerar tais crimes como infrações materiais. A consequência disso é a exigibilidade do término do procedimento administrativo — quando ocorre o lançamento definitivo do crédito tributário — para que haja imputação formal de crime de sonegação fiscal.

A segunda repercussão importante dessa decisão do STF opera sobre a prescritibilidade dos crimes fiscais, haja vista que a Corte Suprema decidiu que não flui o prazo prescricional enquanto não terminar o procedimento administrativo; se não há crime, não há que se falar em prescrição.

Um tema que tem recebido pouca atenção da doutrina e dos tribunais trata do aparente concurso de normas penais envolvendo os artigos 1º e 2º, da Lei nº 8.137/1990, cuja má redação enseja dificuldades para sua aplicação, fato esse agravado em razão da multiplicidade de condutas que caracterizam um e outro crime.

## *APROPRIAÇÃO INDÉBITA DE VERBA PREVIDENCIÁRIA*

A contribuição previdenciária é composta por duas parcelas calculadas a partir do salário pago ao empregado; uma parcela é paga pelo empregador e a outra pelo empregado, cabendo, entretanto, ao empregador, reter o valor



(descontando do salário do empregado) e repassá-lo ao INSS. A apropriação indébita de verba previdenciária representa a retenção de parte do salário do empregado pelo empregador, desacompanhada do respectivo repasse.

A conduta de apropriar-se indevidamente de bem alheio é velha figura conhecida do Direito Penal e caracteriza-se quando o agente tem a posse ou detenção de um bem alheio que, uma vez reclamado, não é restituído ao dono legítimo. O crime se compõe dos seguintes elementos: a) posse anterior do bem alheio; 2) apropriação do bem; 3) dolo. Na modalidade tradicional de apropriação indébita, nunca bastou a impontualidade da restituição; ou seja, é medida indispensável que a acusação caracterize o propósito de não restituir o bem, ou de dispor dele como se fosse próprio, o chamado *animus rem sibi habendi*. No caso da apropriação indébita de verba previdenciária o agente deve ter consciência de que tem de fazer o repasse, bem como deve poder realizar esse repasse e deixar de fazê-lo. Não se exige dolo de causar dano à previdência social, nem de fraudar a fiscalização.

Muito se discutiu, entretanto, sobre a posse anterior do bem alheio nos casos de apropriação previdenciária. Ao desvincular o pagamento do salário do recolhimento dos impostos devidos (em que se reúnem a parte do empregador e do empregado), muitos empresários afirmavam que não havia real retenção de bem alheio, ou real transferência de posse do dinheiro. Porém, a tese que prevaleceu nos tribunais foi a de que as operações contábeis não são mera ficção, mas traduzem uma realidade. Ao não realizar o pagamento da verba retida, contabilmente, ocorre uma apropriação indevida dos valores. Assim como nos crimes de sonegação fiscal, a apropriação indébita de verba previdenciária pode ocorrer mediante diferentes condutas, todas relacionadas em lei.

## II — NOTÍCIAS

### PRESIDENTE DA HOLDING J&F É ACUSADO DE SONEGAR R\$ 10 MILHÕES

**31 de janeiro de 2013** • 20h35 • atualizado 01 de fevereiro de 2013

<http://economia.terra.com.br/noticias/noticia.aspx?idNoticia=201301312235> TRR 81966832

O Ministério Público Federal (MPF) em Goiás informou que abriu uma denúncia por sonegação fiscal contra Joesley Mendonça Batista, presidente da holding J&F, que controla o frigorífico JBS e outras marcas. Segundo o MPF, o executivo sonegou cerca de R\$ 10 milhões, em valores atualizados, no período de janeiro de 1998 a julho de 1999.

O MPF diz que Batista não recolheu: o Imposto de Renda Pessoa Jurídica, as contribuições devidas para o Programa de Integração Social (PIS), as Contribuições para o Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e a contribuição social. Ao todo, aponta o Ministério, foram R\$ 4.813.928,89 sonegados, que hoje correspondem a cerca de R\$ 10 milhões.

“Sócio majoritário e administrador do então frigorífico Eldorado Indústria e Comércio de Carnes, conhecido como ‘Friboi’, Joesley suprimiu tributos e contribuições sociais devidos à União, mediante a omissão de informações às autoridades fazendárias”, diz o órgão.

O MPF diz que Joesley era sócio da Friboi com Geraldo Batista, porém, Joesley possuía a maior parte das ações do negócio e comandava a empresa. Em 31 de janeiro de 1998, a sociedade empresária foi extinta e foi dada a baixa cadastral na Receita Federal.

“Apesar do encerramento de suas atividades, de janeiro de 1998 a 30 de setembro de 1999, vários depósitos de dinheiro foram realizados nas contas bancárias titularizadas pela empresa”, diz o ministério, que aponta valores, citando uma transação no dia 31 de janeiro de 1998, em que foi depositado R\$ 12,5 milhões. O órgão diz ainda que outros 15 depósitos foram realizados após o encerramento das atividades da empresa. “O penúltimo depósito, já em 1999, quase um ano e meio após ter dado baixa cadastral, foi depositado o valor de R\$ 2,8 milhões na conta da empresa.”

O MPF diz que a movimentação desse dinheiro não foi comunicada às autoridades fazendárias “e não se fazia o pagamento dos tributos incidentes nas quantias recebidas”. Segundo o órgão, a pena prevista é de reclusão de dois a cinco anos, além de multa.

Em nota, a J&F disse que o empresário Joesley Batista não recebeu intimação do MPF. A empresa diz que o processo foi originado em discussão na Receita Federal e que o Batista obteve “decisão favorável em grande parte da discussão na esfera administrativa e espera que o MPF tenha a mesma interpretação”. De acordo com o comunicado, o empresário considera o débito nulo e indevido. “Para poder discutir judicialmente o débito, entretanto, Joesley Batista ofereceu, e foi aceita pela Receita Federal, uma carta de fiança no valor de R\$ 10 milhões. Dessa forma, não haverá prejuízo para os cofres públicos, independentemente da decisão a ser tomada”, diz a empresa, que afirma que o processo judicial em que se discute a nulidade dessa cobrança aguarda decisão da Justiça. (grifo nosso)



### III. CASO GERADOR 08 — SONEGAÇÃO NAS ESTRELAS

*Varição elaborada a partir do exercício criado pela prof<sup>a</sup> Silvana Batini*

Ao apresentar sua declaração de imposto de renda, Luke Skywalker insere inúmeros gastos forjados de despesas médicas, fazendo com que sua restituição passe de R\$ 200,00 para R\$ 20.000,00. A declaração, entretanto, cai na malha fina e Luke é convocado para apresentar comprovantes dos gastos exorbitantes com saúde. Apresenta, então, recibos que, posteriormente, verifica se serem falsos, levando a Receita Federal a proceder à retificação de ofício da declaração e, conseqüentemente, evitando a restituição indevida.

Esses fatos são noticiados ao Ministério Público que oferece denúncia imputando a Luke o crime de estelionato qualificado (art. 171, §3º, Código Penal). Citado, Luke procurou o advogado Darth Vader, que ofereceu uma resposta escrita na qual sustenta que houve erro na capitulação jurídica dos fatos e que o tipo penal adequado seria o art. 1º, inc. I, da Lei nº 8.137/90 na modalidade tentada (art. 14, inciso II, Código Penal). Durante a instrução, os fatos narrados restaram provados. Nas alegações finais, o MPF, sustenta que o crime praticado, na verdade, é aquele previsto no art. 2º, I, da Lei nº 8.137/90, ao passo que o novo advogado de Luke, Han Solo, postula a aplicação do art. 171, §3º, Código Penal, na forma tentada (art. 14 II, Código Penal), já que se trata da menor pena.

Pergunta-se:

1) Como não houve, efetivamente, a supressão ou redução do imposto, haja vista a atuação da Receita, houve crime? Qual? Responda como se fosse o juiz do caso.

2) Na condição de advogado de Luke Skywalker, qual a capitulação jurídica que você sustentaria, como mais vantajosa, para seu cliente. Por quê?

3) Caso Skywalker tivesse obtido êxito na empreitada e fosse descoberto um ano depois, poderia pagar o tributo e ter extinta sua punibilidade. Porém, como não há imposto a pagar, ficaria ele numa situação esdrúxula de não ter como extinguir sua punibilidade pelo pagamento?

### IV. CASO GERADOR 09 — A SONEGAÇÃO CONTRA-ATACA

*Varição elaborada a partir do exercício criado pela prof<sup>a</sup> Silvana Batini*

A empresa EMPIRE não apresentou a declaração de IRPJ relativamente ao ano de 2000 e foi alcançada pela Receita com base na movimentação bancária (via extinta CPMF). A empresa não apresentou escrituração ou qualquer outro documento. A Receita arbitrou o IR e outros tributos, tomando-se por



base os depósitos (mais de 20 milhões de reais) o que gerou uns 2 milhões em tributos. Qual seria a tipificação adequada? Apresente os argumentos que podem ser sustentados a favor da criminalização da conduta e os argumentos contrários a essa criminalização.

#### V. CASO 10 — O RETORNO DOS SONEGADORES

Você é procurado(a), na condição de advogado(a) criminalista, por George Lucas, denunciado pela prática do crime previsto no art. 1º, §ú., da Lei nº 8.137/1990. George Lucas narra que a empresa da qual ele é sócio-gerente foi intimada por um fiscal da Secretaria Estadual de Fazenda, por três vezes, para apresentar os livros obrigatórios referentes à movimentação financeira da empresa, necessários para a apuração de eventual sonegação de ICMS. Além de George Lucas, a empresa “Sabres de Luz Armas Plásticas Ltda.” possui outros três sócios com poderes de gerência (Luke Skywalker, Han Solo e Obi-Wan Kenobi).

Quem recebeu todas essas intimações foi Princesa Leia, secretária da empresa. Seu cliente afirma que a Princesa Leia efetivamente repassou as intimações para Luke Skywalker, o sócio da empresa que, embora não constasse como sócio-gerente no contrato social, era o sócio efetivamente responsável pela escrituração dos livros obrigatórios da empresa, bem como pelo pagamento dos impostos apurados. Essa divisão de tarefas pode ser demonstrada por vários documentos com o timbre da empresa e nos quais constam as assinaturas de todos os sócios, entregues a você por seu cliente.

George Lucas informa que Luke Skywalker deixou de atender a intimação porque não encontrava os livros (verificou-se, posteriormente, que eles estavam no escritório do contador), tendo o fiscal lavrado um auto de infração no valor de R\$ 25.0000,00 (vinte e cinco mil reais) e enviado peças ao Ministério Público para providências.

George Lucas narra que, passados dois meses da aplicação daquela multa, novo fiscal compareceu em sua empresa, requerendo os mesmos livros, os quais, dessa vez, foram apresentados, não se apurando a existência de débito fiscal. Esta nova fiscalização foi averbada no livro próprio, que está na posse de George Lucas.

Como advogado(a) criminalista contratado por George Lucas, indique todas as teses defensivas que podem ser extraídas do enunciado acima.



## VI. LEITURA OBRIGATÓRIA

— *Habeas Corpus* nº 81.611-DF — STF — Rel. Sepúlveda Pertence (somente votos dos ministros Joaquim Barbosa, Cezar Peluso e Ellen Gracie)

## VII. JURISPRUDÊNCIA

**EMENTA 1:** CRIME TRIBUTÁRIO —PROCESSO ADMINISTRATIVO —PERSECUÇÃO CRIMINAL —NECESSIDADE.

Caso a caso, é preciso perquirir a necessidade de esgotamento do processo administrativo-fiscal para iniciar-se a persecução criminal. Vale notar que, no tocante aos crimes tributários, a ordem jurídica constitucional não prevê a fase administrativa para ter-se a judicialização. CRIME TRIBUTÁRIO —JUSTA CAUSA. Surge a configurar a existência de justa causa situação concreta em que o Ministério Público haja atuado a partir de provocação da Receita Federal tendo em conta auto de infração relativa à sonegação de informações tributárias a desaguarem em débito do contribuinte.

STF. HC 108.037-ES. Relator Ministro Marco Aurélio. Primeira Turma. Julgamento: 29/11/2011. Publicação: DJe-022 DIVULG 31-01-2012 PUBLIC 01-02-2012.

**EMENTA 2:** *Habeas corpus*. Penal. Processual Penal. Crime contra a ordem tributária. Representação fiscal. Suspensão do curso da ação penal. Decisão definitiva do procedimento administrativo fiscal. Condição de procedibilidade da ação penal. Lavagem de dinheiro. Crime autônomo.

1. Denúncia carente de justa causa quanto ao crime tributário, pois não precedeu da investigação fiscal administrativa definitiva a apurar a efetiva sonegação fiscal. Nesses crimes, por serem materiais, é necessária a comprovação do efetivo dano ao bem jurídico tutelado. A existência do crédito tributário é pressuposto para a caracterização do crime contra a ordem tributária, não se podendo admitir denúncia penal enquanto pendente o efeito preclusivo da decisão definitiva em processo administrativo. Precedentes.

2. O crime de lavagem de dinheiro, por ser autônomo, não depende da instauração de processo administrativo-fiscal. Os fatos descritos na denúncia, se comprovados, podem tipificar o crime descrito na norma penal vigente, devendo, quanto a este, prosseguir a ação penal. Precedentes.

3. *Habeas corpus* parcialmente concedido.

STF. HC 85949/MS. Relatora Ministra Carmen Lúcia. 1ª Turma. Julgamento: 22/08/2006. Publicação: DJ 06-11-2006 PP-00038.



**EMENTA 3:** Habeas-Corpus. Penal tributário. Crime contra a ordem tributária. Supressão ou redução de tributo devido (lei 8.137/1990, art. 1º, I e II). Denúncia oferecida antes da constituição definitiva de crédito tributário. Anulação por vício formal e substituição do lançamento durante o curso da ação penal. Ausência de justa causa. Antes da constituição definitiva do crédito tributário, não há justa causa para início da ação penal relativa aos crimes contra a ordem tributária (art. 1º da Lei 8.137/1990). Precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal (HC 81.611, rel. min. Sepúlveda Pertence, DJ 13.05.2005). A substituição, por novos lançamentos, dos autos de infração anulados por vício formal não convalida a ação penal ajuizada antes do lançamento definitivo, porquanto a constituição do crédito tributário projeta um novo quadro fático e jurídico para o oferecimento da denúncia. Durante a pendência do julgamento de recurso administrativo no âmbito tributário, não há o início do curso do prazo prescricional (art. 111, I, do Código Penal). Ordem de habeas-corpus concedida, para trancamento da ação penal, sem prejuízo do oferecimento de nova denúncia, com base em crédito tributário definitivamente constituído.

STF. HC 84345/PR. Relator Ministro Joaquim Barbosa. 2ª Turma. Julgamento: 21/02/2006. Publicação: DJ 24-03-2006 PP-00054.

### VIII. QUESTÕES DE CONCURSO

22º Concurso Público para cargo de Procurador da República (2005)

No delito de apropriação indébita previdenciária:

a) () O elemento subjetivo do tipo é o dolo genérico, pois a lei nº 9983, de 2000, art3º, limitou-se a transmudar a base legal da imputação do ilícito capitulado na lei nº 8212, de 1991, art95, “d”, para o Código Penal, art. 168-A;

b) () O sujeito ativo é o responsável pela contabilidade da empresa, ainda que trabalhe no seu próprio escritório ou domicílio profissional;

c) () A semelhança da apropriação indébita comum exige, para sua configuração, o animus sibi habendi;

d) () Deu-se o surgimento de um modelo legal de crime inteiramente novo, com o acréscimo do Código Penal do art. 168 —A, que, assim, afastou uma possível continuidade típica entre as leis sob nº(s) 8212, de 1991, art 95, “d”, e 9983, de 2000, art3º

11º Concurso de Juiz Federal Substituto da 4º Região (2004)

Assinalar a alternativa correta.

Mévio é condenado em primeiro grau a 2 (dois) anos e 6 (seis) meses de reclusão e multa pelo crime do art. 168-A do Código Penal e a sentença dis-





põe que a execução será iniciada após o seu trânsito em julgado. Mévio apela e a sentença é confirmada pelo Tribunal Regional Federal que determina a sua execução. A pena privativa de liberdade é substituída por duas penas restritivas de direito. A defesa interpõe recursos especial e extraordinário que são admitidos. O Ministério Público Federal não recorreu da sentença.

a) O juiz das execuções pode iniciar a execução das penas restritivas de direito, porque os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo e o Tribunal Regional Federal não está hierarquicamente submetido à determinação da sentença no sentido de que a execução só se faça com trânsito em julgado, mesmo que não tenha havido apelo ministerial.

b) O juiz das execuções pode iniciar a execução das penas restritivas de direito e da pena de multa, porque os recursos especial e extraordinário não têm efeito suspensivo e o Tribunal Regional Federal não está hierarquicamente submetido à determinação da sentença no sentido de que a execução só se faça com trânsito em julgado, mesmo que não tenha havido apelo ministerial.

c) O juiz das execuções não pode iniciar a execução das penas antes do trânsito em julgado da sentença, em face ao princípio constitucional da inocência.

d) O juiz das execuções pode iniciar apenas a execução da pena de multa, porque, não envolvendo a liberdade de locomoção do condenado, não ofende ao princípio constitucional da não culpabilidade.

11º Concurso de Juiz Federal Substituto da 4ª Região (2004)

Assinalar a alternativa correta.

Conhecido empresário nacional vinha lesando a ordem tributária estadual e federal desde o início da década de 1960, quando vigorava a Lei nº 4.729/65, e continuou a sua prática criminosa, perpetrada mensalmente, após o advento da Lei nº 8.137/90 (lei penal mais grave), tendo sido descoberto em maio de 1992.

a) Aplica-se a lei penal posterior, porque o crime continuado é crime único apenas para fins de aplicação da pena, constituindo-se em um concurso material privilegiado por razões de política criminal.

b) Não se aplica a lei penal mais grave, porque o crime continuado é crime único, aplicando-se o princípio da ultra atividade da lei penal mais benigna.

c) Aplicam-se cumulativamente a lei penal mais grave para os crimes consumados após a sua vigência e a lei penal anterior para os que se consumaram durante a vigência desta.

d) Aplica-se a lei penal apenas do crime mais grave, porque se trata de crime único, permanente, pela aplicação do princípio da legalidade, solucionando-se o concurso aparente de normas pela aplicação do princípio da consunção.



## AULA 10: CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS.

### TEMAS

Manipulação de cotações em bolsa. Uso de informação privilegiada.

### I. INTRODUÇÃO

#### *Bolsa de valores*

As bolsas de valores são instituições administradoras de mercados. Atualmente, as bolsas brasileiras são empresas constituídas sob a forma de S.A. Seu objetivo é reunir as corretoras e proporcionar a negociação de títulos e valores mobiliários. Para tanto, a bolsa de valores viabiliza e organiza o local onde ocorrerão as transações com os valores mobiliários, chamado pregão. As bolsas são, portanto, locais onde se compram e se vendem as ações de companhias.

A corretora de valores é uma instituição financeira credenciada pelo Banco Central e pela CVM para, entre outras atividades, negociar valores mobiliários. As corretoras atuam nas bolsas de valores às quais pertencem. Uma corretora passa a integrar a bolsa de valores quando adquire títulos da sociedade, adquirindo o direito, por conseguinte, de negociar os títulos no pregão. Os investidores particulares que desejarem adquirir ou vender ações ou outros títulos deverão fazê-lo por meio de uma corretora associada. As corretoras de valores agem como intermediárias na compra e venda de ações, cobrando uma taxa de 2% do valor da operação realizada.

A compra e venda de ações funciona como um leilão, em que os interessados em vender determinados títulos os oferecem a todas as demais corretoras. Normalmente, as bolsas de valores proporcionam sistemas informatizados que os corretores operam para realizar os negócios. Em razão do fluxo de oferta e procura de cada ação, obtém-se o preço de mercado de determinado papel. Além da oferta/procura por determinada ação, outros fatores influenciam a forma pela qual ocorre o processo de valorização ou desvalorização de uma ação, como por exemplo: as expectativas com relação ao futuro da empresa emissora da ação (se historicamente determinada empresa vem crescendo, suas ações tornam-se mais valorizadas), o desempenho financeiro em um determinado exercício (a divulgação do balanço da empresa com dados favoráveis é fator que eleva o preço das ações, e vice-versa), além de outros episódios que possam influenciar o desempenho da empresa emissora da ação

(fusão de companhias, mudanças tecnológicas, enfraquecimento de empresas concorrentes etc.).

Além de seu papel básico, que é promover e facilitar a negociação de ações de companhias, as bolsas de valores têm funções de interesse público, como fiscalizar os serviços realizados pelas corretoras que as compõem, promover a divulgação constante de informações sobre as empresas e sobre os negócios que se realizam na bolsa, bem como garantir os negócios ali realizados. Essa última função é fruto da manutenção de um fundo de garantia cuja finalidade é assegurar aos investidores o ressarcimento de prejuízos (até o limite existente no fundo). As perdas compensadas pelo fundo de garantia são apenas aquelas decorrentes de erros ou fraudes realizadas pelas corretoras integrantes da bolsa ou algum de seus empregados, relativamente às ordens de compra ou venda de títulos negociados na bolsa.

### Ações

As ações são títulos nominativos negociáveis que representam a menor fração do capital social de uma sociedade anônima ou companhia. Quando um investidor adquire ações de uma empresa torna-se coproprietário, participando dos seus resultados e da sua gestão, conforme as características do título que possui. Basicamente, as ações são ordinárias (ON) ou preferenciais (PN), e sua diferença fundamental reside no fato das ações do primeiro tipo concederem o direito de voto nas assembleias da empresa, ao passo que as do segundo tipo não concedem tal direito ou o restringem. As ações preferenciais, todavia, tem esse nome porque detêm preferência no recebimento de resultados. Uma empresa pode criar espécies diferentes de ações ordinárias ou preferenciais, criando classes diferentes de ações, desde que não altere essas características fundamentais. As ações podem ser convertidas em dinheiro, a qualquer tempo, pela negociação na bolsa de valores.

Além das ações, as bolsas de valores negociam outros tipos de títulos e valores mobiliários, como debêntures (títulos emitidos pelas empresas e vendidos aos investidores, que recebem juros sobre o valor investido ao final de um prazo estabelecido na emissão, quando a empresa irá realizar a recompra das debêntures, funcionando como uma espécie de empréstimo; as debêntures podem, entretanto, serem convertidas em ações se assim optar o investidor, conforme as regras de emissão), bônus de subscrição (são títulos que dão direito de comprar ações novas, que serão emitidas pelas empresas por meio de aumento de capital, sem que se exija a prévia autorização da assembleia geral dos acionistas) e partes beneficiárias (título que concede participação nos lucros anuais, limitada a um décimo dos lucros da empresa).



Para negociar ações em bolsa, é preciso que a empresa seja uma sociedade anônima de capital aberto. A abertura do capital por meio do lançamento de ações em bolsa permite que uma empresa adquira mais sócios, que contribuirão com investimento na sociedade, permitindo a expansão dos negócios em razão da capitalização promovida. É uma forma de captação de recursos para a empresa.

Quando a empresa faz emissões de ações, diz que foi feita uma oferta no Mercado Primário da bolsa. Já o Mercado Secundário é aquele em que o investidor se desfaz das ações para reaver seu dinheiro. Além de se financiar, a emissão de ações em bolsa oferece a possibilidade do empresário de obter mais liquidez em seu patrimônio, podendo vender parte de suas ações quando precisar se capitalizar e recomprá-las posteriormente. As empresas de capital fechado são aquelas em que a compra de ações não está disponível no mercado mobiliário.

#### *Comissão de Valores Mobiliários*

A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é uma entidade autárquica vinculada ao Ministério da Fazenda, criada pela Lei nº 6.385/1976. A CVM tem como atribuição fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários e as companhias abertas, sem prejuízo da competência de fiscalização das bolsas de valores com relação aos seus membros e aos valores mobiliários nelas negociados. A CVM é responsável pela supervisão da organização, funcionamento e operações das bolsas de valores, zelando pelo *bom funcionamento do sistema de mercado de capitais*.

Os poderes de fiscalização da CVM permitem examinar registros contábeis, livros ou documentos das companhias abertas, das sociedades de investimento, dos consultores e analistas de valores mobiliários, dos auditores independentes e ainda de outras pessoas quaisquer, naturais ou jurídicas, que participem do mercado, ou de negócios no mercado, quando houver suspeita fundada de fraude ou manipulação, destinada a criar condições artificiais de demanda, oferta ou preço dos valores mobiliários. De modo a prevenir ou corrigir situações anormais do mercado, a CVM tem ainda poder de suspender a negociação de determinado valor mobiliário ou decretar o recesso de bolsa de valores e proibir a prática de determinados atos considerados prejudiciais ao funcionamento regular do mercado.

Caso constate infração das regras administrativas, a CVM poderá instaurar inquérito administrativo, no qual será assegurada ampla defesa, e, ao final, impor as seguintes penalidades: advertência; multa; suspensão do exercício de cargo de administrador de companhia aberta ou de entidade do sistema de distribuição de valores; inabilitação para o exercício dos cargos referidos no

inciso anterior; suspensão e cassação da autorização ou registro para o exercício das atividades de mercado. Se o inquérito constatar a prática de crime de ação pública, a Comissão de Valores Mobiliários oficiará ao Ministério Público, para a propositura da ação penal.

### *Crimes*

A Lei nº 6.385/1976, que criou a CVM e dispôs sobre o mercado de capitais, não previu nenhum crime específico praticado no desenvolvimento dessa atividade econômica, falha que só foi suprida com a edição da Lei nº 10.303/2001 que, ao ensejo de alterar diversos dispositivos da Lei nº 6.385/1976, acrescentou o capítulo “**dos crimes contra o mercado de capitais**”, criando três figuras típicas: **manipulação de cotações em bolsas, uso de informação privilegiada e atuação irregular no mercado de capitais**.

Essa última conduta, cuja pena cominada varia de seis meses a dois anos, a menor dos três crimes, nada mais é do que uma forma agravada e específica da contravenção penal de Exercício Ilegal de Profissão ou Atividade (“Art. 47 — Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício: Pena — prisão simples, de 15 (quinze) dias a 3 (três) meses, ou multa”, Lei de Contravenções Penais, Decreto-Lei nº 3.688/1941), como já ocorre com o crime de exercício irregular da medicina (art. 282, do Código Penal).

O crime de manipulação do mercado de capitais, por sua vez, constitui a conduta mais grave dos crimes criados pela Lei nº 11.303/2001, com pena cominada de um a oito anos, e tem por objetivo punir quem gera risco para o bom funcionamento do mercado de capitais. A punição do agente que manipula artificialmente as ações é importante para dar confiança ao investidor de que os riscos a que está sujeito são os riscos normais do mercado. A especulação fraudulenta e a manipulação de ações simulam um risco elevado para derrubar o preço dos papéis, permitindo ao manipulador adquiri-las por preço inferior ao seu real valor, a fim de revendê-las pelo preço mais alto depois de normalizado o mercado. Essa conduta, embora gere prejuízos para o investidor individual, atinge o próprio funcionamento equilibrado do mercado, afetando um bem jurídico supraindividual, como sói acontecer nos crimes econômicos.

A lei peca ao mencionar como condutas proibidas a realização de operações simuladas ou a execução de outras manobras fraudulentas, já que se abre uma possibilidade — sabidamente perigosa — que caiba ao intérprete definir quais as condutas fraudulentas que merecerão ser apenadas como manipulação de mercado. Em todo caso, é possível afirmar que deve haver fraude para que se possa falar em crime de manipulação de mercado. Um operador que



gere esse mesmo efeito no mercado (provocando nos demais investidores a venda de ações valiosas por preço inferior, para que o operador as compre barato e as revenda pelo preço real, mais valioso) sem lançar mão de fraude, não poderá ser considerado criminoso.

Por fim, o crime de uso de informação privilegiada visa a punir a violação de confiança que uma instituição que opera em bolsas deposita em seus funcionários. Aqui, o bem jurídico “bom funcionamento do mercado de capitais” é mais remotamente protegido do que o valor ético que deve existir nas relações profissionais, bem como os interesses patrimoniais de vários investidores que podem ser prejudicados na aquisição ou venda de ações por uma pessoa ou grupo que detenha informação que irá influenciar nos preços de mercado.

## II — NOTÍCIAS

*04/02/2013 22h08 — Atualizado em 04/02/2013 22h12*

TRF ELEVA PENA DE CONDENADOS POR INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA NO CASO SADIA. Ex-executivos foram condenados em 2011 e tiveram recurso rejeitado. Os dois ainda podem recorrer a instância superior da Justiça.

<http://g1.globo.com/economia/noticia/2013/02/trf-eleva-pena-de-condenados-por-informacao-privilegiada-no-caso-sadia.html>

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região aumentou a pena de dois ex-executivos da Sadia condenados por lucrarem no mercado de capitais norte-americano valendo-se de informações privilegiadas (insider trading) que detinham sobre a oferta da Sadia para aquisição do controle da Perdigão.

Por unanimidade, a 5ª Turma do Tribunal Regional Federal (TRF-3) negou nesta segunda-feira (4) o recurso dos ex-executivos da Sadia e aumentou a pena, atendendo a pedido do Ministério Público Federal (MPF) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

(...) De acordo com comunicado divulgado pelo MPF e pela CVM, foram elevadas as penas de prisão de Luiz Gonzaga Murat Filho, ex-diretor de Finanças e Relações com Investidores da Sadia, para dois anos, seis meses e dez dias, e de Romano Ancelmo Fontana Filho, ex-membro do Conselho de Administração da empresa, para dois anos e um mês.

O tribunal também fixou dano moral coletivo de R\$ 254 mil para Murat e de R\$ 303 para Fontana, mantendo as multas de R\$ 349 mil e R\$ 374 mil pelas práticas do crime de insider.

(...) Murat e Fontana foram denunciados em 2009 pelo MPF após ficar constatado que lucraram com a negociação de ações da Perdigão na Bolsa de

Nova Iorque logo após participarem das tratativas da Sadia para a aquisição da concorrente, como nas negociações para a viabilização de empréstimos e na elaboração da oferta de mercado.

(...) Murat foi condenado a um ano e nove meses de prisão e multa de R\$ 349 mil e Fontano foi condenado a um ano, cinco meses e 15 dias de prisão e multa de R\$ 374 mil. Foi a primeira vez no país que investidores foram condenados criminalmente por uso de informação privilegiada.

(...) Segundo informaram a procuradoria e a CVM, Fontana alegava incompetência da Justiça Federal para processar o caso, além de pedir sua absolvição por suposta atipicidade dos fatos, pela eventual inexistência na legislação do crime de insider e sob o argumento de que não teve dolo ao vender suas ações antes de anunciada a decisão da Sadia da desistência, em 2006, da compra da Perdigão — o que fez cair o valor das ações desta. Pedia também, caso não fosse atendido nos outros pleitos, que sua pena fosse reduzida. Murat, por sua vez, argumentava que a conduta por ele praticada não era tipificada no Brasil e que a informação privilegiada que detinha não era relevante o suficiente para caracterizar o crime pelo qual fora condenado.

(...) A procuradoria e a CVM rebateram os argumentos dos réus, afirmando que, embora negociada na Bolsa de Nova Iorque, as negociações empreendidas pelos dois afetaram a confiança do mercado de capitais como um todo. “O fato é que os apelantes sabiam, antecipadamente, do projeto de Oferta Pública de Aquisição, tinham consciência de que isso poderia elevar o preço das ações da Perdigão e, com estas informações, negociaram ações da empresa”, disse em comunicado a procuradora Janice Agostinho Barreto Ascari, autora do parecer no caso. (grifamos)

(...) Para a subprocuradora-geral da CVM, Julya Sotto M. Wellisch, “trata-se de julgamento histórico e que foi objeto de uma precisa, fundamentada e acertada decisão do TRF3, que consolidou judicialmente importantes conceitos do sistema jurídico do mercado de capitais, como o momento no qual uma informação se torna relevante e o fato de o crime ser formal, independente, portanto, da obtenção de lucro”.

### III. LEITURA OBRIGATÓRIA

BOTTINO, Thiago; OLIVEIRA, Eduardo. Seletividade do sistema penal nos crimes contra o mercado de capitais. *In* BOTTINO, Thiago e MALAN, Diogo (orgs.) *Direito Penal e Economia*. Ed. Elsevier, 2012. Pp. 147/175.





#### IV. LEITURA COMPLEMENTAR

COSTA, José de Faria; RAMOS Maria Elisabete. Crime de abuso de informação privilegiada (*insider trading*). Ed. Coimbra. 2006. Pp. 38-61.

#### V. CASO 11 — O HOBBIT

Bilbo Baggins trabalha como corretor de ações na corretora Shire DTVM, aconselhando investidores clientes da corretora e executando suas ordens de compra e venda de ações. Gandalf é diretor jurídico de uma grande empresa mineradora sediada no Brasil, chamada Montanha Solitária (MSOL). Ambos são colegas de colégio e jogam futebol nos finais de semana.

Um domingo, no mês de abril de 2013, após uma pelada, tomando cerveja, Galdalf confia a Bilbo que a MSOL acaba de concluir as tratativas para sua fusão com a mineradora multinacional SMAUG Minérios, operação esta que resultará em grande ganho financeiro para os acionistas da LT e da TP. Como tal informação relevante ainda não fora divulgada ao mercado, Galdalf pede a Bilbo que mantenha a informação em sigilo até terça-feira, quando serão feitas comunicações formais à CVM e ao público. Bilbo, contudo, decide aproveitar-se daquela informação e bola um audacioso plano para obter vantagem pecuniária com a utilização dessas informações.

No dia seguinte, Bilbo realiza diversas operações de compra de ações da MSOL e da SMAUG (com valores unitários de R\$ 10,00 e R\$ 15,00 respectivamente) no total de R\$ 450.000,00, utilizando os nomes e CPF's de trinta clientes seus sem que eles saibam. Afinal, sua amizade de longa data com Gandalf é conhecida por diversas pessoas e Bilbo não quer correr o risco de que todos descubram que foi Gandalf que lhe repassou a informação.

Logo em seguida, Bilbo realiza operações em que esses trinta clientes compram e vendem ações entre si e, finalmente, Bilbo adquire todas essas ações para si mesmo, utilizando o “fantasma” (pessoa inexistente, mas que tem CPF ativo na Receita Federal) Thorin de Carvalho. Bilbo contava que os R\$ 450.000,00 se transformariam em um milhão de reais, dado o histórico de valorização dessas empresas em operações dessa natureza.

Bilbo vai dormir acreditando que estará rico na terça-feira, mas nada acontece: nenhum anúncio de fusão envolvendo as empresas ou algo parecido. Nada acontece na quarta e nem na quinta, momento em que Bilbo vende todas as ações pelo mesmo preço pelo qual as adquiriu para poder custear o pagamento realizado na terça-feira anterior.

(1) À luz da situação narrada esclareça, de forma juridicamente fundamentada quais foram os crimes praticados por Bilbo Baggins e Gandalf, dis-



correndo sobre os elementos objetivos e subjetivos do(s) tipo(s) penal(is), indicando se são crimes de perigo abstrato, concreto ou de resultado, apontando quais os bens jurídicos protegidos.

(2) Seria diferente caso o anúncio da fusão ocorresse na terça-feira e as ações da MSOL e da SMAUG valorizassem 100%, haveria crime? Qual?

(3) Supondo que Gandalf tenha passado informações propositalmente falsas para Bilbo, mas que ele mesmo assim tenha obtido grande soma nas negociações, teria havido crime? Qual?

#### *VI. ATIVIDADE COMPLEMENTAR*

Pesquisar no STF e STJ casos envolvendo os crimes previstos nos arts. 27-C e 27-D da Lei nº 6.385/76, apresentando em sala de aula. Valor 0,5 ponto.



## AULA 11: LAVAGEM DE CAPITAIS

### TEMAS

Histórico, conceito, bem jurídico protegido e crime antecedente. Disposições processuais.

### I. INTRODUÇÃO

#### *Contexto histórico*

Com a internacionalização do crime organizado, especialmente do tráfico de drogas, em meados da década de 1980, foi percebida a necessidade de mudar a forma de combater a criminalidade: não bastava prender os criminosos, já que, em uma estrutura organizada, eles eram rapidamente substituídos por outros na cadeia de comando da organização. Era, portanto, necessário estrangular as fontes de recursos dessas organizações. Surge o combate à lavagem de dinheiro.

Como as autoridades não tinham como identificar esses recursos, foi necessário engajar os bancos nesse esforço. Posteriormente, diversos outros setores e profissionais, denominados entidades ou setores obrigados, foram sendo incluídos como parceiros do Estado nesta luta.

A terminologia adotada no Brasil é muito similar àquela utilizada em outros países, onde se fala de blanqueo de capitales, money laundering, blanchiment d'argent, geldwashing e riciclaggio di denaro sporco. A lei brasileira, entretanto, não menciona exatamente as palavras “dinheiro” ou “capital”, optando por referir à lavagem de bens, direitos ou valores o que confere maior abrangência ao conceito de lavagem.

#### *Lavagem de dinheiro*

O crime de lavagem de capitais consiste na conduta de quem oculta ou dissimula a origem de bens, direitos ou valores provenientes de crime. Haverá lavagem de capitais ainda na ocultação, localização, movimentação, propriedade ou origem desses valores ou ainda na conduta de quem, sabendo serem tais valores produto de crime, os transforma em ativos lícitos, os negocia, movimenta, guarda ou transfere, ou mesmo os utiliza na atividade econômica ou financeira. Por fim, a lei também criminaliza como lavagem a participação



em grupo, associação ou escritório cuja atividade principal ou secundária é dirigida para a prática desses crimes.

O processo de lavagem de capitais conhece três momentos distintos, também chamados de “fases da lavagem”: o da ocultação, o da dissimulação (ou lavagem propriamente dita) e o da transmutação dos valores ilícitos em lícitos. A ocultação, também chamada de “fase de colocação” ou placement, corresponde às ações dos criminosos que visam a afastar de si os valores ilicitamente obtidos, geralmente aplicando-os em estabelecimentos que lidam com grande volume de dinheiro, sejam eles empreendimentos tradicionais (restaurantes, hotéis, bares, bingos), ou mesmo instituições financeiras (bancos, casas de câmbio, corretoras de ações). Quando utilizam instituições financeiras — que sofrem constante fiscalização e cuja movimentação de valores acima de determinado patamar é passível de comunicação às autoridades do Estado — os criminosos realizam o fracionamento de depósitos em uma mesma conta, de modo a iludir os instrumentos de controle.

A fase de dissimulação — também chamada de escurecimento, mascaração, layering, empilage ou lavagem propriamente dita — corresponde ao acobertamento da operação de colocação e à ruptura definitiva dos laços que unem o dinheiro ilícito aos seus titulares por meio de diversas operações financeiras sucessivas, muitas vezes variadas, se superpõe, impedindo que se restabeleça o vínculo desde sua origem. Tais operações geralmente envolvem instituições financeiras nacionais e internacionais, notadamente os paraísos fiscais (assim chamados os Estados em que o sigilo das informações bancárias é fortemente resguardado), revelando uma construção complexa e sofisticada. Com o desenvolvimento dos meios de comunicação, essa fase tornou-se mais rápida e mais fácil de ser implementada. Quanto maior o número de operações para acobertar a origem criminosa do capital, maior será seu “grau de pureza”.

Por fim, temos a fase de integração (ou recycling), quando os ativos ilícitos, já com sua origem criminosa encoberta, são transformados em valores aparentemente lícitos. Essa transformação ocorre por meio da criação, aquisição ou investimento dos valores em empresas lícitas de modo que os negócios dessas empresas apresentem resultados legítimos.

bem jurídico

Como visto ao longo desse curso, a preocupação da doutrina em identificar o bem jurídico protegido pela norma incriminadora é função essencial para a análise da legitimidade e constitucionalidade da lei penal. O que se percebe no crime de lavagem de capitais é a utilização do direito penal para proteger bens jurídicos já tutelados por outras normas penais. Em outras palavras, ao punir a transformação dos recursos ilícitos obtidos no tráfico de drogas em capital lícito, reforça-se a punição daquela conduta. Outra corrente sustenta que o bem jurídico protegido pela lavagem de capitais é a admi-

nistração da justiça, porquanto a ocultação do produto do crime prejudicaria sua recuperação, dificultando a ação da Justiça. Há ainda quem veja o bom funcionamento da ordem econômica e do sistema financeiro nacional como os bens jurídicos lesados pela lavagem de capitais, na medida em que a mistura de ativos lícitos e ilícitos prejudicaria o desempenho econômico nacional (comprometendo a confiança do investidor e dificultando a captação de valores no exterior). Por fim, parte da doutrina considera que o branqueamento de capitais é crime pluriofensivo (afeta diversos bens jurídicos).

### *Crime antecedente*

A Lei 9.613/1998, que tipificou o crime de lavagem de dinheiro no Brasil, em sua redação original, era alvo de diversas críticas na doutrina, por conta dos absurdos jurídicos causados na tentativa de criar uma situação de maior rigidez e severidade na perseguição criminal da lavagem de dinheiro. Em 2012, porém, a Lei nº 12.683 trouxe uma série de modificações ao diploma original, efetivamente mudando o tratamento penal em relação à lavagem no Brasil.

Em primeiro lugar, originalmente a lei estabelecia uma condição extremamente interessante para a caracterização do tipo penal. Somente era considerada criminosa a lavagem de bens direitos ou valores obtidos mediante a prática de determinados delitos, a saber: tráfico de drogas, terrorismo e seu financiamento, contrabando ou tráfico de armas (inclusive munição e material destinado a sua produção), extorsão mediante sequestro, contra a administração pública, de particular contra administração pública estrangeira, contra o sistema financeiro nacional e, qualquer que seja o crime praticado por organização criminosa. A relação era taxativa e não podia ser interpretada extensivamente para incluir outros crimes (princípios da taxatividade e legalidade).

A relação apresentava defeitos evidentes. Destacava-se a inexistência do “crime de terrorismo” na legislação brasileiro, bem como a ausência de definição legal do que seja uma “organização criminosa”. Era objeto de críticas a absoluta falta de razoabilidade na enumeração das condutas previstas na medida em que incluía o descaminho, mas excluía a sonegação fiscal e a apropriação indébita de verba previdenciária, embora sejam todos crimes tributários de contornos praticamente idênticos; que incluía delitos leves e infrações de menor potencial ofensivo (artigos 321, 324 e 326, todos do Estatuto Repressivo, no rol dos crimes contra Administração Pública), mas não crimes graves como o tráfico de pessoas e a falsificação de moeda.

A lei nº 12.683 alterou esse tratamento, revogando os incisos que especificavam crimes antecedentes — atualmente, o teor da lei é o de *qualquer*



infração penal tipificada na legislação brasileira pode constituir crime antecedente da lavagem de dinheiro.

O antigo art. 2º da Lei 9.613/1998 dispunha que “o processo e o julgamento do crime de lavagem de dinheiro independem do processo e julgamento dos crimes antecedentes”, o que determinados autores chamam de “princípio da autonomia”. Trata-se, em nosso sentir, de verdadeiro absurdo jurídico. Com efeito, se a existência da lavagem de dinheiro depende da proveniência ilícita qualificada dos valores como abdicar da efetiva demonstração dessa origem ilícita? Além de prescindir do julgamento do crime antecedente, a lei dizia ser dispensável o próprio processo penal, o que dava margem para que se imaginasse a seguinte situação: determinado indivíduo podia ser condenado pela lavagem de bens oriundos do tráfico de drogas sem nunca ter sido de qualquer forma acusado de praticar tráfico de drogas, concorrido para sua prática ou auxiliado na sua execução.

A alteração do texto do art. 2º foi sutil, mas, na prática, apresenta marcante distinção em relação à original — agora fica a cargo do magistrado do juízo criminal em que está sendo processado o crime “a decisão sobre unidade de processo e julgamento” — embora ainda esteja escrito claramente que são independentes o processo penal do crime antecedente e do crime de lavagem do dinheiro resultante.

Nem todas as alterações foram para melhor, contudo. Uma em especial, a do art. 9º, inquietava os advogados que se sentiam obrigados a prestar informações confidenciais de seus clientes ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf). Esse órgão em resposta editou a Resolução nº 24/2013, que endurece o cerco à lavagem, mas expressamente desobriga advogados de prestar informações sobre operações envolvendo seus clientes<sup>28</sup>.

José Paulo Baltazar Junior conceitua a lavagem de capitais como um delito acessório, parasitário ou derivado, assim como o crime de receptação. Por conseguinte, é ineludível que a imputação de lavagem de dinheiro só pode existir se houver conexão dessa com o crime antecedente — e mesmos os autores que festejam o “princípio da autonomia” não divergem dessa constatação. Porém, a constatação a que se chega é que só há duas possibilidades de afirmar essa conexão: 1) permitir que ela derive da “pura criação mental da acusação”; 2) exigir que exista elementos mínimos de prova da materialidade e autoria e, nesse caso, impõe-se a existência de uma ação penal, ambas incompatíveis com a posição hoje majoritária na interpretação da legislação.

<sup>28</sup> Confira a notícia na íntegra: <http://www.conjur.com.br/2013-jan-25/coaf-desobriga-advogado-denunciar-cliente-presidente-aaasp>

## II — NOTÍCIAS

REGRAS DE PREVENÇÃO À LAVAGEM DE DINHEIRO  
SÃO PUBLICADAS

Resolução também têm regras para coibir financiamento do terrorismo. Normas começam a valer a partir de março de 2013.

21/12/2012 13h16 — *Atualizado em 21/12/2012 14h47*

<http://g1.globo.com/politica/noticia/2012/12/regras-de-prevencao-lavagem-de-dinheiro-sao-publicadas.html>

O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF) publicou nesta sexta-feira (21), no “Diário Oficial da União”, regras de prevenção ao crime de lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo. A resolução entra em vigor em março de 2013.

Em julho, foi sancionada a lei que reforça o combate ao crime de lavagem de dinheiro, que determina que recursos obtidos por meio de qualquer infração penal e ocultados serão considerados ilegais. A punição prevista continua sendo de 3 a 10 anos de prisão e a multa, que antes chegava a no máximo R\$ 200 mil, poderá alcançar R\$ 20 milhões.

A resolução publicada nesta sexta determina que empresas de qualquer modalidade devem observar as normas de prevenção à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, que estabelecem, principalmente, procedimentos e controles de identificação de negócios e operações realizadas que envolvam compra ou venda de bens ou prestação de serviços.

Para isso, empresas devem adotar diversos procedimentos, entre eles a identificação e a realização de diligência para a qualificação dos clientes e demais envolvidos em operações realizadas; a obtenção de informações sobre o propósito e a natureza da relação de negócios; a identificação do beneficiário final das operações realizadas; a identificação de operações ou propostas de operações suspeitas.

(...)

Donos de empresas também deverão manter registro de todos os serviços que prestarem e de todas as operações que realizarem.

O cadastro dos clientes deverá constar de informações sobre contrato social, valor do capital, tempo de existência, atividades efetivamente desenvolvidas, tempo de operação, endereço, demonstrações contábeis, instalações, quantidade de empregados, sócios, representantes e procuradores da empresa, entre outras atividades desenvolvidas, entre outros.

(...)

São consideradas suspeitas e deverão ser comunicadas ao COAF: operações que não aparentem serem resultantes de atividades ou negócios usuais do cliente ou do seu ramo de negócio; operações incompatíveis com patri-





mônio ou com capacidade econômico-financeira; havendo resistência por parte do cliente ao fornecimento de informações ou quando as informações forem falsas.

(...)

São suspeitas também operações envolvendo pagamentos a terceiros, mesmo quando autorizados pelo cliente; pagamento oriundo de terceiros; pagamento distribuído entre várias pessoas utilizando diferentes meios; operações que tentem burlar controles e registros exigidos pela legislação.

A resolução determina que devem ser comunicadas ao COAF qualquer operação que envolva o pagamento ou recebimento de valor igual ou superior a R\$ 50 mil, em espécie ou cheque.

### CRESCEM REGISTROS DE TRANSAÇÕES ATÍPICAS

Relatórios do Coaf sobre movimentação financeira suspeita aumentam 43%

*Publicado: 12/02/13 — 21h30 Atualizado: 12/02/13 — 21h30*

BRASÍLIA. No ano do julgamento do mensalão, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras (Coaf) bateu recorde de produção. De janeiro a dezembro do ano passado, o principal órgão de fiscalização antilavagem elaborou 2.104 relatórios sobre movimentação atípica de dinheiro. Foram 633 relatórios a mais que o ano anterior, o que corresponde a uma diferença de 43% em relação aos 1.471 informes produzidos em 2011. As transações atípicas estão relacionadas a 15.772 pessoas.

O presidente do Coaf, Antônio Gustavo Rodrigues, disse que não dá para saber se o aumento do volume de informações para a produção de relatórios tem relação direta com o mensalão. Mas reconhece que o julgamento da Ação Penal 470 pelo Supremo Tribunal Federal teve repercussão no sistema financeiro e nos demais setores que, por lei, devem fazer notificações regularmente ao órgão sobre qualquer movimentação de dinheiro fora dos padrões habituais dos clientes.

— Teve julgamento de banqueiro. O pessoal está mais preocupado — disse Rodrigues ao GLOBO.

O julgamento do mensalão resultou na condenação de políticos influentes, como o ex-ministro José Dirceu, e também de nomes da cúpula do Banco Rural, entre eles os ex-dirigentes Kátia Rabello, José Roberto Salgado e Vinícius Samarane. Os ex-executivos do banco foram condenados à prisão por cumplicidade na lavagem de parte do dinheiro movimentado por Marcos Valério para pagamentos a partidos aliados ao PT entre 2003 e 2004.

A condenação de banqueiros por crimes desta natureza deixou outros executivos do setor de cabelo em pé. Alguns estavam preocupados, sobretudo depois das alterações na lei de lavagem, sancionadas em julho do ano pas-



sado. O novo texto amplia as obrigações dos bancos de notificarem ao Coaf qualquer movimento suspeito de seus clientes. Quando indagado sobre o assunto, Gustavo Rodrigues deixou claro que omissões involuntárias não são classificadas como crime.

O caso do Rural seria diferente. Pelo processo que resultou na condenação dos ex-executivos, o banco não informou ao Coaf os nomes dos verdadeiros destinatários dos recursos movimentados por Valério. Dirigentes do Coaf não sabem dizer, no entanto, se a repercussão pública do julgamento e as mudanças na lei de lavagem estimularam bancos, empresas e instituições a incrementar os comunicados de operações atípicas e, com isso, aumentar o volume de relatórios.

A produção do Coaf pode trazer problemas para prefeitos que não cuidaram bem do dinheiro público e para empresários envolvidos em fraudes com importação e exportação. Só em relação a prefeituras, foram emitidos mais de 200 relatórios sobre movimentações atípicas. As suspeitas recaem também sobre servidores municipais que fizeram saques em espécie ou pagamentos aparentemente fora dos padrões.

As informações foram repassadas à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal. Nos últimos anos, órgãos de controle têm detectado altos índices de corrupção nas administrações municipais. Há duas semanas, sete ex-prefeitos de cidades do Espírito Santo foram presos por suspeita de desvio de dinheiro público. O Coaf também mandou para a Receita Federal mais de 70 relatórios sobre suspeitas com empresas envolvidas em fraudes com o comércio exterior.

Os técnicos do Coaf apontam indícios de subfaturamento de importações, sonegação de impostos e remessas ilegais ao exterior. Investigações internas da Receita Federal já confirmaram parte das suspeitas. Mas o trabalho é complexo e dependerá de longo esforço dos auditores.

O Ministro da Justiça, José Eduardo Cardozo, reconhece a importância dos relatórios do Coaf, mas diz que o incremento da produção dos informes não indica aumento dos crimes de lavagem. Ele lembra que até a compra de um imóvel em determinadas circunstâncias por um cidadão comum poderia ser considerada uma movimentação fora dos padrões desta pessoa e, portanto, “atípica”.

— O aumento dos comunicados sobre operações atípicas pode ser também resultado do crescimento da economia — disse Cardozo.

#### SUIÇA TENTA COMBATER MULTINACIONAL DO CRIME

O crime organizado italiano, principalmente a máfia calabresa ‘ndrangheta, está no topo da lista de preocupações do governo suíço. No entanto, especialistas consideram o país pouco preparado para a luta antimáfia.



[http://www.swissinfo.ch/por/politica\\_suica/Suica\\_tenta\\_combater\\_muL-Tinacional\\_do\\_crime.html?cid=32639990](http://www.swissinfo.ch/por/politica_suica/Suica_tenta_combater_muL-Tinacional_do_crime.html?cid=32639990)

18. Maio 2012 — 11:01

Por Daniele Mariani, swissinfo.ch

Adaptação: Fernando Hirschy

“O maior perigo é a ‘Ndrangheta’. No final de março de 2012, ao informar as prioridades da estratégia de combate ao crime para o período 2012-2015, o governo suíço não poderia ser mais claro. Embora ainda não tenha ocorrido nenhum assassinato como o de 2007 em Duisburg, na Alemanha, onde seis calabreses foram mortos, os ‘Ndrine — as quadrilhas calabresas— também já estão bem implantadas na Suíça.

(...)

A Suíça é particularmente apreciada pelos mafiosos por causa da “força de sua economia e seu centro financeiro, bem como sua infraestrutura”, explica o Ministério Público Federal da Suíça. O país funciona como uma espécie de plataforma logística para a lavagem de dinheiro, para a qual são usados não só bancos e administradores, mas também investimentos, por exemplo, no setor imobiliário, como relatado recentemente na VI Conferência sobre Lavagem de Dinheiro. (grifamos)

Os mafiosos também procuram implantar na Suíça seus esquemas de tráfico ou buscam simplesmente refúgio. Em 2010, segundo o relatório anual da Polícia Federal suíça, “muitas pessoas do crime organizado italiano, incluindo a ‘Ndrangheta, foram extraditadas para seu país de origem, onde já haviam sido condenadas a longas penas de prisão”. Ainda segundo as autoridades suíças, “algumas haviam cometido crimes na Suíça, principalmente os relacionados ao tráfico de drogas. Outras trabalhavam normalmente no país, sem serem notadas”.

(...)

Um dos problemas do combate ao crime organizado na Suíça é a falta de centralização. Governos estaduais e federais dividem tarefas que na prática estão relacionadas. Assim, enquanto as polícias estaduais lutam contra o tráfico de drogas, a polícia federal se ocupa do crime organizado e das investigações sobre lavagem de dinheiro.

Outro problema ainda mais grave é que as investigações, que já são bastante complicadas quando se trata de organizações impermeáveis como a ‘Ndrangheta, se tornam ainda mais difíceis com as restrições impostas à utilização de determinados métodos de investigação, como escutas telefônicas ou infiltrações em sistemas informáticos. (grifamos)

Nicolas Giannakopoulos, fundador do Observatório sobre o crime organizado de Genebra, concorda com a análise: “É tudo muito complicado, com aspectos muito processuais. Devemos nos inspirar na Itália, por exemplo no



que diz respeito a medidas como o bloqueio de bens, que funciona muito bem. A estrutura legal suíça não é adequada. Para lutar contra a máfia, os métodos usados contra ladrões de galinhas não funcionam.”

Uma opinião considerada um pouco exagerada. O Ministério Público suíço acha que a legislação atual prevê possibilidades suficientes para combater o crime organizado. (...)

### III. LEITURA OBRIGATÓRIA

VILLARDI, Celso Sánchez. O crime de lavagem de dinheiro e o início de sua execução. In RBCCrim nº 47 — 2004.

### IV. CASO GERADOR 12 — O SENHOR DOS ANÉIS — A SOCIEDADE DO ANEL

Suponha que Bilbo Baggins tenha ganhado meio milhão de reais com o crime descrito no Caso 10 (O Hobbit) narrado anteriormente (assuma que se tratou dos crimes dos artigos 27-C e 27-D) e decida fazer com que os valores, atualmente em nome de Thorin de Carvalho, se transformem em ativos de sua propriedade, contratando para isso o Escritório de Advocacia Mordor & Mordor associados (especializado em blindagem patrimonial), titularizado por Sauron e Saruman.

Sauron elabora e executa juntamente com Saruman a seguinte sequência de ações: transferência dos valores em nome de Thorin de Carvalho para uma conta situada nas Ilhas Virgens Britânicas em nome de Legolas, faxineiro do escritório de Advocacia Mordor & Mordor (que delegara poderes irrestritos aos advogados para fazer todo tipo de transação financeira). Utilizando essa procuração, eles fazem com que o dinheiro circule na conta de duas outras pessoas físicas e uma pessoa jurídica com contas em bancos no exterior (todas essas pessoas existem e têm suas contas movimentadas por Sauron com procurações semelhantes à de Legolas). Finalmente, o dinheiro é transferido para a empresa Duas Torres, com sede no Uruguai, titularizada por Gollum, office-boy do escritório de Advocacia Mordor & Mordor, que também dera procurações com poderes irrestritos para Sauron e Saruman.

A empresa Duas Torres constitui como procurador e representante comercial, no Brasil, Bilbo Baggins. Segundo seu contrato de trabalho, Bilbo receberá o valor de meio milhão de reais para representar a Duas Torres no Brasil pelo período de um ano, independente de qualquer venda, acordo comercial, ou ato de representação que realize.



(1) À luz da situação narrada esclareça, de forma juridicamente fundamentada quais foram os crimes praticados pelos envolvidos (Bilbo, Thorin, Sauron, Saruman e Gollum).

(2) Em que momento se consuma o crime de lavagem de dinheiro? É preciso completar o processo de integração dos ativos ilícitos?

(3) Para que Thorin, Sauron, Saruman e Gollum sejam condenados por lavagem de dinheiro, é preciso aguardar que Bilbo seja julgado pelo crime antecedente?

(4) O tratamento jurídico do caso narrado seria diferente se os fatos (tanto do caso O Hobbit, como do caso O Senhor dos Anéis — A sociedade do Anel) tivessem se passado no ano de 2011?

## V. JURISPRUDÊNCIA

**EMENTA 1:** 1. Extradicação. 2. Crimes de falsificação de documento, burla qualificada e lavagem de dinheiro. 3. Processamento do pedido de acordo com a Lei nº 6.815/80. 4. Atendimento dos requisitos formais. 5. Crime de falsificação de documento que se caracteriza como antefato impunível do crime de burla qualificada, não punível isoladamente em virtude do princípio da consunção. 6. Documentos falsificados cuja utilidade se exaure no auferimento de valores pecuniários, em virtude de estelionato, não enseja o deferimento do pedido de extradicação. Precedentes. 7. Crime de burla qualificada que atende aos requisitos da dupla tipicidade e da inoccorrência de prescrição. 8. Crime de lavagem de dinheiro não atende ao requisito da dupla tipicidade em virtude da ausência de previsão, à época dos fatos, do crime antecedente (estelionato), no rol taxativo do art. 1º da Lei nº 9.613/98. 9. O regime jurídico do processo de extradicação, no direito brasileiro, não admite a análise sobre a justiça ou injustiça do processo ou da condenação no Estado Requerente, cabendo somente o exame dos pressupostos para a extradicação. 10. A condição de brasileiro naturalizado, adquirida posteriormente à data dos fatos criminosos, não é óbice ao deferimento da extradicação (art. 5º, LI, da CF/88). 11. Extradicação deferida parcialmente.

STF. Ext 968/PT — PORTUGAL. Relator Ministro Gilmar Mendes. Tribunal Pleno. Julgamento: 11/05/2006. Publicação: DJ 04-08-2006 PP-00026.

**EMENTA 2:** Penal e processual penal. *Habeas corpus*. Trancamento de inquérito policial. Falta de justa causa. Atipicidade da conduta correspondente ao delito de “lavagem de dinheiro”. Falta de comprovação, na atual fase de investigação preliminar, pela prática de um dos delitos prévios relacionados

na lei 9.613/98. Desnecessidade, para o efeito de integração da conduta típica que constitui o delito acessório. Constrangimento ilegal não demonstrado.

— O trancamento do inquérito policial, pela via estreita do *habeas corpus* somente é possível quando, pela mera exposição dos fatos investigados, constata-se que há imputação de fato penalmente atípico, inexistência de qualquer elemento indiciário demonstrativo da autoria do delito ou extinta a punibilidade.

— A alegação de ausência de justa causa para o prosseguimento do inquérito policial só pode ser reconhecida quando, sem a necessidade de exame aprofundado e valorativo dos fatos, indícios e provas, restar inequivocamente demonstrada, pela impetração, a atipicidade flagrante do fato, a ausência de indícios a fundamentarem a investigação, ou, ainda, a extinção da punibilidade.

— Não há que se falar em manifesta ausência de tipicidade da conduta correspondente ao crime de “lavagem de dinheiro”, ao argumento de que não foi devidamente comprovado, na atual fase da investigação preliminar, a prática de algum dos crimes anteriores arrolados no elenco taxativo do artigo 1º, da Lei 9.613/98, sendo inexigível que o autor do crime acessório tenha concorrido para a prática do crime principal, desde que tenha conhecimento quanto à origem criminosa dos bens ou valores.

— Impedir a possibilidade do Estado-Administração demonstrar a responsabilidade penal do acusado implica em cercear o direito-dever do poder público em apurar a verdade sobre os fatos.

Ordem denegada.

STJ. HC 44339/SP. Relator Ministro Paulo Medina. 6ª Turma. Julgamento: 06/10/2005. Publicação: DJ 21.11.2005 p. 309.

**EMENTA 3:** 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.

STF. RHC 80816/SP. Relator Ministro Sepúlveda Pertence. 1ª Turma. Julgamento: 18/06/2001. Publicação: DJ 18/06/2001.

**BLOCO III — DISPOSIÇÕES PROCESSUAIS****AULA 12: HABEAS CORPUS****TEMAS**

Natureza jurídica, condições da ação, procedimento, competência, recursos. Exercícios.

**I. INTRODUÇÃO**

*Habeas corpus* é o procedimento jurídico por meio do qual se obtém a tutela, de maneira imediata, do direito de liberdade de locomoção do indivíduo. Por liberdade de locomoção entende-se o direito de ir, vir e ficar, ou seja, não sofrer restrições, salvo nos casos previstos em lei (CF, art. 5º, LXI a LVIII). A liberdade física é o principal objeto de tutela do *habeas corpus*.

Esta liberdade pode estar ameaçada por diversos motivos, que vão desde a prisão propriamente dita (flagrante ilegal, preventiva sem fundamento, decorrente de pronúncia ou da capitulação, progressão de regime, etc.), passando pela existência de um processo criminal (inépcia da denúncia, prova ilícita, cerceamento de defesa, extinção da punibilidade, etc.) e podendo até mesmo ser configurado na existência de um inquérito criminal.

**Natureza jurídica**

Em que pese o estar disciplinado no livro de recursos do Código de Processo Penal, o *habeas corpus* é considerado uma ação autônoma. Os recursos pressupõem um processo anterior e uma decisão a ser impugnada neste mesmo processo. Já o *habeas corpus* pode ser impetrado mesmo sem que exista um processo (ex: constrangimento imposto por autoridade administrativa, por delegado de polícia em inquérito policial etc.). Outra diferença é que o *habeas corpus* pode atacar inclusive decisões transitadas em julgado, além de não estar sujeito a prazos, algo que os recursos não se prestam a fazer.

A doutrina entende que o *habeas corpus* é uma ação de conhecimento porquanto compreende a cognição completa sobre a legalidade, ou não, da restrição ao direito de locomoção, que pode objetivar provimentos declaratórios (como é o caso na extinção da punibilidade), constitutivos (quando se tratar de pedido de anulação de sentença transitada), condenatórios (quando se condena a autoridade coatora nas custas do processo), além do inegável



caráter mandamental (pois a concessão da ordem impõe seu imediato cumprimento, sem que a execução do julgado seja postergada).

### *Condições da ação*

Como toda ação, o *habeas corpus* deve preencher os requisitos para seu conhecimento pelo Poder Judiciário, quais sejam: legitimidade ad causam, possibilidade jurídica do pedido e interesse de agir.

A legitimidade ativa pode ser definida, grosso modo, como sendo a titularidade do direito que será reclamado em juízo. Como dito anteriormente, o *habeas corpus* é uma ação que tem caráter popular, fugindo à regra da legitimação ativa. Qualquer do povo poderá pleitear em juízo a proteção ao direito à liberdade de outra pessoa. Essa legitimação é extremamente ampla, não se exigindo sequer a condição de cidadão ou de eleitor (como nas ações populares). Não é necessário sequer que o impetrante seja plenamente capaz, sendo permitido a impetração por menores de 21 anos (relativamente incapazes) e até pelos interditados. Tampouco se exige a condição de pessoa física, havendo casos em que a pessoa jurídica (por seu representante legal), pleiteia em nome próprio o direito à liberdade de um seu diretor ou funcionário.

Outra importante característica da ação de *habeas corpus* é a possibilidade de que a pretensão seja deduzida em juízo diretamente, sem a necessidade de que o impetrante seja bacharel em direito — dispensa-se a exigência da capacidade postulatória, permitindo o acesso direto à prestação jurisdicional. O Ministério Público também possui legitimidade para a impetração de *habeas corpus*, eis que zela pela justa aplicação da lei. Todavia, as mesmas restrições que se apontou acima também se aplicam ao Ministério Público, que carece de interesse na impetração caso o titular do direito à liberdade venha a se manifestar contrariamente à ação do Parquet.

A segunda condição da ação, denominada interesse de agir, significa que o *habeas corpus* deve ser a medida necessária para se obter o provimento desejado. Assim, deve estar em jogo a liberdade de locomoção individual, ainda que de forma remota, que torne necessária a utilização do writ. O critério, todavia, não pode se revestir de extremado rigor. Mesmo quando o *habeas corpus* não se revelar com instrumento adequado para fazer sanar alguma ilegalidade, mas ela puder ser aferida, cumprirá ao juiz conceder a ordem de ofício.

Nesse diapasão, a jurisprudência majoritária conhece dos pedidos de *habeas corpus* mesmo quando esteja pendente apelação ou outro recurso interposto de decisão judicial. Outra hipótese que ressalta a magnitude do remédio heroico é sua utilização após o trânsito em julgado da sentença condenatória. Verificada uma nulidade absoluta no processo, mesmo com condenação passada em julgado, admite-se a impetração de *habeas corpus* ao invés da



pertinente ação de revisão criminal, como se manifestou o Supremo Tribunal Federal.

A maior questão que se coloca atualmente no estudo do *habeas corpus* reside justamente na interpretação restritiva ou extensiva do conceito de interesse de agir. Com a edição da Lei no 9.268/1996, que vedou a conversão da pena de multa em pena privativa de liberdade, parte da jurisprudência tem caminhado para a uma interpretação restritiva do *habeas corpus*, afirmando inexistir interesse por não haver ameaça à liberdade de locomoção. Em 2003, o Supremo Tribunal Federal editou a Súmula 693: “Não cabe *habeas corpus* contra decisão condenatória a pena de multa, ou relativo a processo em curso por infração penal a que a pena pecuniária seja a única cominada”.

A última condição da ação é a possibilidade jurídica do pedido, que se entende como sendo as hipóteses em que a liberdade de locomoção é possível de ser assegurada pelo Estado. Casos em que o pedido é impossível, ou não possui proteção estatal, deverão obstar o julgamento do pedido pela falta deste requisito.

#### *Procedimento*

A inicial do *habeas corpus* precisa conter minimamente os elementos essenciais para que se possa avaliar a existência de constrangimento ilegal, tais como o nome de quem sofre e o de quem causa a coação e qual a atitude que configura essa coação. Em qualquer caso, se algum juiz constatar, em qualquer circunstância a existência de coação ilegal, poderá conceder uma ordem de *habeas corpus* independentemente de provocação. Embora não haja previsão específica em lei, é muito comum que se faça um pedido de concessão de medida liminar na ação de *habeas corpus*. Nesse caso, antecipa-se a tutela jurisdicional nos casos em que estejam presentes os requisitos cautelares (*fumus boni juris* e *periculum in mora*).

A ação de *habeas corpus* possui o seguinte rito específico, disciplinado no Código de Processo Penal: a) recebida a inicial, o juiz poderá determinar que o preso lhe seja apresentado; b) após, requisitará informações àquele apontado como coator (é possível dispensar tais informações, a critério do julgador); c) com as informações ou sem elas, os autos seguirão ao Ministério Público para que se manifeste (essa manifestação pode ser oral, no momento do julgamento); d) o *habeas corpus* será julgado na primeira sessão de julgamento. Uma característica interessante é que nos casos em que houver empate na votação (quando se tratar de órgãos colegiados) prevalecerá a decisão mais favorável ao paciente.

Além dessas regras básicas, os regimentos internos dos tribunais podem criar normas aplicáveis aos seus processos. Um exemplo é o Regimento Inter-



no do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, que estabeleceu a obrigatoriedade de intimação do advogado para a sessão de julgamento, caso tenha feito esse pedido na inicial.

### Recursos

O *habeas corpus* julgado em primeira instância está sujeito a recurso necessário para o tribunal (art. 574, I, CPP), caso concedido, e a recurso em sentido estrito (art. 581, CPP), caso concedido ou negado. Além dos recursos mencionados no CPP, a Constituição também prevê a possibilidade de impletação de *habeas corpus* diretamente nos tribunais em razão de coação ilegal praticada por determinadas pessoas ou órgãos, bem como outros recursos de *habeas corpus*. Tais disposições estão nos artigos 102, 105, 108 e 114, da Constituição.

## II — NOTÍCIAS

### CASO GOLDMAN: PLENÁRIO DECIDE QUE DIREITO DE FAMÍLIA NÃO PODE SER DISCUTIDO EM HC

07 de fevereiro de 2013

<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=230266>

O Plenário do Supremo Tribunal Federal (STF) confirmou nesta quinta-feira (7) jurisprudência segundo a qual não é cabível a utilização de *habeas corpus* para sanar questões relativas a direito de família, como a guarda de menores, por exemplo. O entendimento foi ratificado durante o julgamento de três processos (Agravos Regimentais nos HC 99945 e HC 101985 e RHC 102871) relativos ao caso Goldman, em que a avó do garoto S.R.G. questionava o fato de ele ter sido entregue ao pai americano sem ser ouvido por um juiz brasileiro.

Ao analisar o caso, o Plenário decidiu, por maioria de votos, negar provimento ao RHC e também a dois recursos (agravos) apresentados nos *Habeas Corpus*. Ficou vencido o relator, ministro Marco Aurélio, que votou pelo provimento dos apelos apresentados pela avó do menino. O ministro considerou prejudicado um agravo do pai biológico, que pretendia assistência. O voto do ministro Marco Aurélio assegurava o prosseguimento dos HCs para que o mérito fosse analisado pelo Plenário da Corte sob o argumento de que o HC “é meio hábil para questionar o direito de liberdade de ir e vir da criança”.

A maioria dos ministros, no entanto, seguiu o voto do ministro Gilmar Mendes, que votou no sentido de negar provimento aos recursos. Em seu voto, ele lembrou o julgamento da APDF 172, em que o STF arquivou o pedido do Partido Progressista (PP) que pretendia impedir a entrega do menor “de forma abrupta”. Na ocasião, os ministros concluíram que existem outros instrumentos processuais cabíveis para se questionar a aplicação da Convenção de Haia, que trata do sequestro de crianças, o que inviabilizou a análise da ADPF.

Na sessão desta quinta-feira (7), o ministro Gilmar Mendes afirmou que “outra inteligência subverteria toda a ordem jurídico-processual, permitindo trazer diretamente a esta Corte, sem observância dos graus de recursos, causas que não cabem na sua competência originária e que são de descendência constitucional”. O ministro destacou informações da perícia que foi feita sobre o caso, mostrando que a criança, na época, tinha momentos de instabilidade sobre sua preferência ou não de permanecer no Brasil, e destacou que o procedimento foi feito com a observância do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa.

Ao seguir esse mesmo entendimento, o ministro Ricardo Lewandowski esclareceu que “existem, não apenas na legislação civil, mas especificamente no Estatuto da Criança e do Adolescente (ECA), medidas cautelares hábeis para solucionar controvérsias dessa natureza”. O presidente da Corte, ministro Joaquim Barbosa, também seguiu o voto do ministro Gilmar e acrescentou que “a via processual do habeas corpus é inadequada para a tutela do direito pretendido pela impetrante, seja em razão da inviabilidade de realização de minucioso exame de provas e de matéria de fato, seja pela impossibilidade de utilização do habeas corpus como sucedâneo de recurso”.

O ministro Teori Zavascki chegou a sugerir que, preliminarmente, o Plenário declarasse a prejudicialidade dos HCs, uma vez que o menor já foi entregue ao pai biológico e tais processos perderam o objeto, ou seja, a razão do pedido. Porém, como essa preliminar foi superada, no mérito ele seguiu o voto do ministro Gilmar Mendes, negando provimento aos recursos. A decisão foi por maioria, vencido o ministro Marco Aurélio.

De acordo com a advogada de Silvana Bianchi, avó do garoto, ele teria sido compelido a sair do Brasil sem que tivesse o direito de se manifestar, pois não foi ouvido diretamente pelo juiz. Sustentou ainda que a Advocacia Geral da União (AGU) defendeu a entrega do menino ao pai biológico com base na Convenção de Haia, mas, dessa forma, teria negado o preceito da própria Constituição Federal que prevê a convivência com a família. Nesse sentido, alega que S.R.G. foi tratado como um “objeto ou uma coisa”, mas que hoje já é um rapaz “prematuramente amadurecido” pela morte de sua mãe e por ter perdido a convivência com sua avó e sua única irmã, que moram no Brasil. Além disso, sustentam que as autoridades americanas têm tolhido o direito

da avó de ver o neto. Com esses argumentos, a defesa pretendia que o STF declarasse a ilicitude da decisão que permitiu que o garoto fosse para os Estados Unidos, declarando conseqüentemente o repatriamento de S.R.G.

### III. JURISPRUDÊNCIA

**EMENTA 1:** 1. COMPETÊNCIA CRIMINAL. *Habeas corpus*. Impeção contra decisão de ministro relator do Superior Tribunal de Justiça. Indeferimento de liminar em *habeas corpus*. Rejeição de proposta de cancelamento da súmula 691 do Supremo. Conhecimento admitido no caso, com atenuação do alcance do enunciado da súmula. O enunciado da súmula 691 do Supremo não o impede de, tal seja a hipótese, conhecer de *habeas corpus* contra decisão do relator que, em *habeas corpus* requerido ao Superior Tribunal de Justiça, indefere liminar. 2. AÇÃO PENAL. Tributo. Crime contra a ordem tributária, ou crime tributário. Procedimento administrativo não encerrado. Pendência de recurso administrativo. Lançamento não definitivo. Delito ainda não tipificado. Jurisprudência assentada do Supremo. Constrangimento ilegal caracterizado. Extinção do processo. HC concedido de ofício para esse fim. Pedido prejudicado. Crime contra a ordem tributária não se tipifica antes do lançamento definitivo de tributo devido.

STF. HC 85185/SP. Relator Ministro Cezar Peluso. Tribunal Pleno. Julgamento: 10/08/2005. Publicação: DJ 01-09-2006 PP-00018.

**EMENTA 2:** Sonegação de papel ou objeto de valor probatório (CP, art. 356). Ausência de elementar do tipo. Regular exercício da advocacia. Autorização judicial para levantamento dos referidos documentos derivada de concessão de mandado de segurança. 1. Se o procurador das empresas obteve os documentos irregularmente apreendidos de suas clientes mediante cumprimento de ordem deferida nos autos de mandado de segurança impetrado para tal finalidade, não pode, o fato de os haver restituído a suas constituintes ser classificado como configurador da hipótese prevista no art. 356, do CP. Porque irregulares, os documentos não revestem o valor probatório que constitui elemento do tipo do referido artigo. 2. Inquérito trancado por ausência de justa causa. 3. HC deferido.

STF. HC 83722/SP. Relatora Ministra Ellen Gracie. 2ª Turma. Julgamento: 20/04/2004. Publicação: DJ 04-06-2004 PP-00059.

**EMENTA 3:** *Habeas corpus*. Formação de quadrilha visando à prática de crimes contra o INSS. Denúncia baseada, entre outros elementos, em provas coletadas por meio de busca e apreensão domiciliar ordenada por Comissão Parlamentar de Inquérito, em decisão não fundamentada, o que tem sido re-



pelido por esta Corte (Mandados de Segurança nºs 23.452, 23.454, 23.619 e 23.661, entre outros). Denúncia que aponta a materialidade do delito, bem como indícios de autoria fortemente demonstrados por outros documentos, testemunhos e elementos carreados pelo Ministério Público. Inépcia da peça acusatória não configurada. Ordem concedida em parte, para o efeito de excluir os papéis que foram objeto da busca e apreensão irregular.

STF. HC 80420/RJ. Relator Originário Ministro Sepúlveda Pertence. Relatora para o acórdão Ministra Ellen Gracie. 1ª Turma. Julgamento: 28/06/2001. Publicação: DJ 01-02-2002 PP-00084.

**THIAGO BOTTINO**

Graduado em Direito pela UNIRIO (Universidade Federal do Estado do Rio de Janeiro) em 1999, Mestre (2004) e Doutor (2008) em Direito pela PUC-Rio (Pontifícia Universidade Católica do Rio de Janeiro). Pós-Doutor (*visiting scholar*) na Columbia Law School em 2014. Professor Adjunto da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas e Coordenador do Curso de Graduação em Direito. Leciona as disciplinas Crime e Sociedade, Direito Penal Econômico e Direito Processual Penal na Graduação e na Pós-Graduação *lato sensu*. É professor do curso de mestrado em Direito e Regulação, lecionando a disciplina Reflexos Penais da Regulação Econômica. Membro efetivo do IAB onde integra a Comissão Permanente de Direito Penal, desde 2008, e a Comissão de Direitos Humanos, desde 2015. Membro da Comissão de Estudos Constitucionais do Conselho Federal da OAB desde 2015. Coordenou projeto de pesquisa sobre as medidas cautelares no Processo Penal em parceria com o Ministério da Justiça e com financiamento do PNUD (base para o PL nº 2902/2011, em tramitação na Câmara dos Deputados), em 2009-2010. Coordenou projeto de pesquisa sobre Habeas Corpus na condição de Pesquisador-Visitante do IPEA, em 2013-2015. Integrou a Comissão de Direitos Humanos da OAB/RJ entre janeiro a julho de 2007, tendo recebido a Medalha Chico Mendes oferecida pelo Grupo Tortura Nunca Mais/RJ por sua atuação nesse período. Integrou a Comissão de Exame de Ordem da OAB/RJ (2007-2009). Membro da Comissão de Estudos Penais da OAB/RJ, desde 2014. Autor de livros e artigos sobre Direito Penal e Processual Penal, tendo proferido palestras no Brasil e no exterior (Alemanha, França, Índia e EUA). Link para o currículo Lattes: <http://lattes.cnpq.br/3134056986747443>

**COLABORADORES**

Colaborou na atualização dessa apostila, em 2013, Ricardo Duarte Ferreira Figueira. Colaboraram nos textos das três primeiras aulas, em 2012, André Costa Gouveia e Eduardo Ribeiro Faria de Oliveira.





## FICHA TÉCNICA

### **Fundação Getúlio Vargas**

**Carlos Ivan Simonsen Leal**  
**PRESIDENTE**

### **FGV DIREITO RIO**

**Joaquim Falcão**  
**DIRETOR**

**Sérgio Guerra**  
VICE-DIRETOR DE ENSINO, PESQUISA E PÓS-GRADUAÇÃO

**Rodrigo Vianna**  
VICE-DIRETOR ADMINISTRATIVO

**Thiago Bottino do Amaral**  
COORDENADOR DA GRADUAÇÃO

**André Pacheco Teixeira Mendes**  
COORDENADOR DO NÚCLEO DE PRÁTICA JURÍDICA

**Cristina Nacif Alves**  
COORDENADORA DE ENSINO

**Marília Araújo**  
COORDENADORA EXECUTIVA DA GRADUAÇÃO