

**UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ**  
**SETOR DE CIÊNCIAS JURÍDICAS**  
**FACULDADE DE DIREITO**  
**DEPARTAMENTO DE DIREITO PENAL E PROCESSUAL PENAL**

**TUTELA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DOS CRIMES**  
**CONTRA A ORDEM ECONÔMICA**

**CURITIBA**  
**SETEMBRO 2004**

**DIOGO LOPES CAVALCANTE**

**TUTELA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DOS CRIMES  
CONTRA A ORDEM ECONÔMICA**

Monografia apresentada pelo aluno Diogo Lopes Cavalcante, devidamente matriculado perante esta instituição sob nº 0010529, objetivando a conclusão do curso de Direito da Universidade Federal do Paraná.

Prof. Dr. Luiz Alberto Machado

**CURITIBA  
SETEMBRO 2004**

## RESUMO


O presente trabalho objetiva uma leitura conceitual e legal dos chamados crimes contra a ordem econômica partindo-se de mecanismos administrativos. Possui como metodologia um levantamento bibliográfico de princípios e pressupostos de Direito Penal-Econômico seguido de um estudo normativo da matéria e de um estudo jurisprudencial. Como resultados, primeiramente foi realizada uma delimitação do chamado delito econômico; em seguida, foi feita uma apreciação tripartida dessas condutas baseada nas esferas administrativas do sistema financeiro nacional, do sistema de regulação econômica e do sistema de proteção à concorrência e; por fim, foram individualizados alguns pontos peculiares do processo penal envolvendo esses crimes econômicos. Sendo que, como conclusões, extraiu-se que: i) o estudo do direito penal-econômico baseia-se na ofensa ao bem jurídico ordem econômica; ii) não existe uma sistematização definida para o tema bem como impera uma larga dispersão normativa; iii) os mecanismos administrativos são descontextualizados e motivados apenas por apenas preceitos patrimoniais, sem ligação a instrumentos criminais; e iv) os processos penais envolvendo crimes contra a ordem econômica possuem comumente largos vícios e deficiências desde a parte investigatória até a formação da sentença.

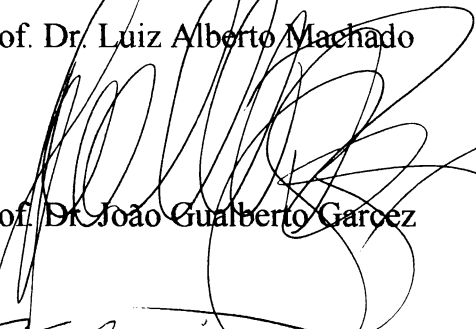
# TERMO DE APROVAÇÃO

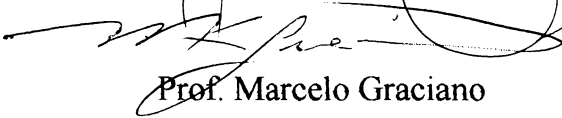
DIOGO LOPES CAVALCANTE

## TUTELA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA DOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA

Monografia aprovada como requisito parcial para obtenção do grau de bacharel no Curso de Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná, pela seguinte banca examinadora:

  
Orientador: Prof. Dr. Luiz Alberto Machado

  
Prof. Dr. João Gualberto Garcez

  
Prof. Marcelo Graciano

CURITIBA

2004

## SUMÁRIO

<b>RESUMO.....</b>	<b>ii</b>
<b>INTRODUÇÃO.....</b>	<b>1</b>
<b>1 ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL E DELIMITAÇÃO DO DELITO ECONÔMICO.....</b>	<b>5</b>
<b>2 TIPICIDADE CRIMINAL ECONÔMICA E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS.....</b>	<b>20</b>
2.1 SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL.....	22
2.2 MARCO REGULATÓRIO.....	61
2.3 SISTEMA BRASILEIRO DE DEFESA DA CONCORRÊNCIA.....	72
<b>3 FORMAÇÃO DO PROCESSO PENAL.....</b>	<b>91</b>
3.1 O INQUÉRITO POLICIAL E A PARTICIPAÇÃO DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL.....	94
3.2 A FORMAÇÃO DA DENÚNCIA E AS CONDUTAS PENASIS ECONÔMICAS.....	98
3.3 CONDIÇÕES DA AÇÃO.....	104
3.4 INSTRUÇÃO CRIMINAL ECONÔMICA.....	109
3.5 A SENTENÇA PENAL ECONÔMICA.....	111
<b>CONCLUSÃO.....</b>	<b>116</b>
<b>REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....</b>	<b>120</b>

## INTRODUÇÃO

Trata o presente trabalho acerca do tratamento administrativo e jurisdicional dos crimes contra a ordem econômica. Com amparo na Constituição Federal de 1988, naquela que seria a opção do constituinte pela proteção e fiscalização da ordem econômica através de uma estrutura tripartida de poderes, buscar-se-á mapear os instrumentos e a dinâmica criminal de regulação e intervenção do Estado na economia brasileira. Enfim, focando na esfera administrativa federal, nos diplomas legislativos esparsos e na produção jurisdicional, pretende-se identificar o aparato penal econômico brasileiro.

Para tal, antes de qualquer análise, parte-se da investigação de diversos princípios constitucionais – com destaque para o binômio livre iniciativa e livre concorrência – para delimitar o chamado delito econômico. Um estudo que inclui, além de diretivas de Direito Penal, fundamentos de Direito Econômico e Administrativo<sup>1</sup>.

Após, de posse desse cenário, parte-se para a individualização desses pretendidos crimes contra a ordem econômica. Nesse sentido, desde já ressaltando as controvérsias doutrinárias sobre a sistematização do Direito Penal Econômico, exclui-se do presente estudo a chamada criminalidade tributária e previdenciária, além da chamada criminalidade empresarial ou falimentar. Sem desmerecer estes tópicos, deve-se compreender, antes de tudo, que o estudo criminal econômico tem como base a tutela do bem jurídico ordem econômica, não o equilíbrio fiscal das esferas governamentais nem a chamada lealdade empresarial – panorama eminentemente privado.

Portanto, para efeitos didáticos dessa individualização dos crimes – o que será justificado mais à frente –, divide-se o estudo em três cenários normativos particulares de proteção econômica: i) o sistema financeiro nacional, ii) o marco regulatório e iii) o

---

<sup>1</sup> “[...] o Direito penal econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, não é autônomo. Trata-se, simplesmente, de um ramo do Direito penal comum, e como tal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais deste.” PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 15.

sistema brasileiro de defesa da concorrência. Contexto proposto para um estudo tripartido do Direito Penal Econômico – “*defendendo bens e interesses relacionados com a política econômica do Estado*”<sup>2</sup> – baseado nas estruturas administrativas federais e não apenas um estudo da formação do processo penal.

O sistema financeiro nacional, como um desses elos, é regulamentado pelo Banco Central, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelo Conselho Monetário Nacional; aquelas autarquias federais e este órgão da administração direta federal. Estrutura informada pela lei 4.595/64 sobre as instituições financeiras, pelas leis 4.728/65 e 6.385/76 sobre o mercado de capitais e pelas leis 6.024/74 e 9.447/97 sobre liquidação de instituições financeiras; diplomas que amparam a lei 7.492/86 sobre os crimes contra o sistema financeiro, a lei 9.613/98 sobre lavagem de dinheiro e alguns pontos do Código Penal e da remota lei 1.521/51, objetos do presente estudo. O que exclui, como já foi tratado, a lei 4.729/65 sobre sonegação fiscal e as leis 8.866/94 e 9.983/2000 sobre criminalidade previdenciária. Seleção legislativa que estabelece competências normativas e de fiscalização no sistema financeiro e, por conseguinte, cria uma espécie de comportamento padrão das instituições e agentes econômicos então sujeitos a sanções administrativas e criminais a serem tratadas nesse estudo.

Mais a frente, num segundo panorama, acerca do chamado marco regulatório, parte-se a uma leitura dos crimes de regulação econômica, oportunidade em que se identifica a estrutura administrativa mais ampla e dispersa que trata de delitos econômicos. Trata-se da administração pública direta do poder executivo nos ministérios federais, com destaque ao das Minas e Energia, da Fazenda e do Planejamento, e da administração indireta representada pelas Agências Reguladoras com destaque à Agência Nacional de Petróleo (ANP), à Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL), à Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) e à Agência Nacional de Águas (ANA). Padrão de controle administrativo distribuído nas leis 1.521/51 (crimes contra a economia popular) e 8.137/90 (crimes contra a ordem

---

<sup>2</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. p. 20.

tributária, econômica e contra as relações de consumo) além dos normativos específicos das respectivas agências.

Por fim, quanto ao terceiro cenário dos crimes contra a ordem econômica, cita-se o sistema brasileiro de defesa da concorrência composto, basicamente, da Secretaria de Direito Econômico (SDE) do Ministério da Justiça, da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE) do Ministério da Fazenda e do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), esta autarquia federal ligada ao Ministério da Justiça. Todos regidos pela lei 4.137/62 acerca de abuso do poder econômico, pela lei 8.884/94 acerca da ordem econômica e por pontos da já mencionada lei 1.521/51; destacando-se, a exemplo do sistema financeiro nacional e do marco regulatório, a disciplina geral da lei 9.784/99 sobre procedimentos administrativos.

Dinâmica processual-administrativa, como um todo, que apura os chamados delitos econômicos e remete, invariavelmente, a um estudo pontual da jurisdição penal. Ora, finalizando o presente estudo, passa-se a uma leitura individualizada de cinco pontos peculiares do procedimento penal em matéria de crimes contra a ordem econômica: a formação de inquérito policial e a participação do Ministério Público, a formação da denúncia, as condições da ação, a instrução processual e os requisitos de sentença. Note, acerca desses pontos, como será apresentado, a controvérsia entorno dos limites de investigação juntamente à dificuldade na classificação criminal – a atipicidade e abstração dos delitos econômicos –, seguidos das parcas diretivas jurisprudenciais sobre as condições de ação nesta matéria e de uma deficiente instrução criminal que, ao fim, termina por não fornecer elementos suficientes à formação da sentença.

Enfim, em linhas gerais, o objetivo do presente estudo é mapear a forma como foram estruturadas as diretivas executivas, legislativas e jurisdicionais que amparam o desafio que é a coação penal-econômica. Coação que, pacificamente, não deve promover intervenção excessiva ou deficiente no sistema econômico e, nem mesmo, abrir mão da segurança jurídica e da dinamicidade da ordem produtiva e financeira



nacional. Trata-se, sim, de resguardar o mercado financeiro, de definir os regulamentos econômicos e de proteger a concorrência da economia como pontos indispensáveis para sustentabilidade da economia nacional. Promover o poder de polícia e de regulação no domínio econômico.

Disto porque de um estudo criminal que indique não só a formação e desenvolvimento processual penal, mas que também demonstre a origem da proteção do bem jurídico ordem econômica amparada em procedimentos administrativos e levada à frente nos limites tênues do princípio da legalidade. Por isso utiliza-se de uma metodologia que tem início com um estudo do delito econômico e que segue em frente com a individualização das condutas contra a ordem econômica, terminando com uma apreciação de procedimentos penais.

Por consequência, a tutela jurídico-administrativa dos crimes contra a ordem econômica.

## 1 ORDENAMENTO CONSTITUCIONAL E DELIMITAÇÃO DO DELITO ECONÔMICO

A delimitação do delito econômico sempre causou transtornos do ponto de vista do Direito Penal clássico e das origens do Estado liberal de Direito. A tradição criminalista, como operacionalizada no Brasil, sempre partiu para a tutela de bens jurídicos individuais, assim como os fundamentos do Estado moderno sempre apontaram para princípios não-interventivos da economia – requisitos então essenciais para concretização dos direitos civis de liberdade e igualdade. Motivos da resistência pela sistematização ou tutela criminal da ordem econômica, tanto acadêmico-jurisprudencial por parte dos doutrinadores e dos tribunais federais como social por parte de algumas classes econômicas.

Enfim, tradicionalmente, o Direito Penal brasileiro – na esteira do direito comparado – tutelou bens individuais privados tais como a vida, a honra, os costumes, o patrimônio, a família, além de outros públicos como a fé e a administração pública. Culturalmente, como ocorre numa leitura do direito constitucional (CANOTILHO, J.J. Gomes; SILVA, José Afonso da), a proteção do direito só recaía sobre a proteção do cidadão e de sua forma de exercício de liberdade. Ora, o próprio Estado estava fundado numa idéia não interventiva, principalmente em se tratando da economia que trazia princípios basilares como livre-iniciativa e autonomia privada. Pode-se dizer, até mesmo, que a idéia de ordem econômica tal como é conhecida hoje não existia – *“expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), qualquer que seja a sua natureza [...], que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos.”*<sup>3</sup>

Os primeiros traços da formação do conceito ordem econômica nasceram num contexto histórico de maior intervencionismo estatal<sup>4</sup>. Partindo para o início do século

---

<sup>3</sup> MOREIRA, Vital. *A ordem jurídica do capitalismo*. Coimbra: Centelha, 1973. p. 69.

<sup>4</sup> “As imperfeições do liberalismo, [...], associadas à incapacidade de auto-regulação dos mercados, conduziram à atribuição de nova função ao Estado”. GRAU, Eros. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 3ª ed. São Paulo: Malheiros, 1997. p. 15.

XX<sup>5</sup>, em vista da larga crise econômica da década de 30 e das duas grandes guerras mundiais<sup>6</sup>, estudiosos e governantes passaram a enfrentar a idéia da economia não como um simples conjunto de relações privadas mas sim como um sistema de relações encadeadas e interdependentes. Sistema que passaria a ser melhor estudado e regulado objetivando a previsão de problemas e a otimização de recursos. Gérson Pereira dos SANTOS bem relembra:

Do direito penal econômico houve quem afirmasse ser, durante muito tempo, um subúrbio imprestável do direito penal, o que talvez pudesse ser explicado ante a ausência de uma verdadeira ordem econômica, vale dizer, de uma ordem legal obrigatória para a produção, circulação e distribuição da riqueza. É que, até certo momento, não tão remoto, a sociedade tinha sua vida econômica organizada sobre os conceitos de autonomia da vida contratual e de liberdade do comércio e da indústria. Ora, com o exato conceito de ordem econômica ou ordem pública econômica, passou o Estado a intervir mais diretamente nos seus objetivos, realizando o que alguns identificariam como ‘o esforço para obter a aceleração ou o retraimento da produção ou da oferta, o desenvolvimento dos desejos ou o aumento da oferta de bens aos consumidores’ (Affonso, Insuela Pereira, *O direito econômico na ordem jurídica*, 1974, p. 148). Tal esforço se faz notar – com ênfase muito especial – nos momentos de graves crises econômicas. Inúmeros deles poderiam ser lembrados entre a Primeira Grande Guerra e a crise energética de 1980 [...] <sup>7</sup>

Importante observar, todavia, que essa evolução do conceito de Estado interventivo para proteção da ordem econômica não foi acompanhada por uma mudança imediata no direito. Realizando nova leitura histórica, destacam-se discussões na doutrina brasileira para proteção de bens jurídicos supra-individuais apenas na década de 80; somente após a importação de conceitos da doutrina comparada. Idéia que haveria, ainda, que amadurecer do ponto de vista específico da ordem econômica e que haveria, também, de quebrar outras resistências em se tratando do Direito Penal.

Enfim, a normatividade brasileira passou por um processo lento de amadurecimento para proteção criminal do bem jurídico ordem econômica a exemplo

<sup>5</sup> “A expressão ‘ordem econômica’ é incorporada à linguagem dos juristas, sobretudo – mas também do direito – a partir da primeira metade deste século. Sob esse uso, de expressão nova, repousa, indiscutida – e como se fora indiscutível – a afirmação de que a ordem econômica (mundo do ser) do capitalismo foi rompida.” GRAU, p. 46.

<sup>6</sup> “É lugar comum dizer que a criminalidade econômica está inserida no quadro da economia capitalista, após a Primeira Guerra, apresentando características semelhantes em todos os países que seguem o mesmo sistema, atualmente hegemônico.” CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998. p. 116.

<sup>7</sup> SANTOS, Gérson Pereira dos. **Direito Penal-Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1981. p. 93.

do direito comparado<sup>8</sup>; tendo como ponto de partida a idéia de proteção de bens jurídicos supra-individuais mediante delitos de perigo abstrato, como os já consolidados crimes ambientais.

Extrai-se, sobretudo, uma transição do Direito Penal brasileiro e, especificamente, uma transição da tutela penal econômica de bens individuais para a proteção da ordem econômica como um todo. Ora, da tradicional proteção da propriedade e do patrimônio, num contexto de maior intervenção do Estado na atividade econômica, surge “*a necessidade de criminalização de condutas que até então eram imprevisíveis*”<sup>9</sup>. Como Cesare PEDRAZZI bem coloca:

[...] a responsabilidade penal representa uma contrapartida da liberdade conquistada e – se nos fosse consentido dizer – um substituto da vigilância administrativa que se exprime no regime de autorização. Nessa sujeição a uma disciplina penal surgida para tal fim, não seria impróprio divisar uma forma, embora diversa, de ingerência pública [...] <sup>10</sup>

Entendimento, como já foi tratado, muito controvertido. Como bem coloca RIOS (2000, p.10-11), de um lado a maior parte da doutrina alemã defendendo a tutela de bens coletivos supra-individuais e, de outro, estudiosos como W. HASSMER que sustentam tratar esse tipo de intervenção de um sacrifício de garantias do Estado Liberal de Direito. Motivo para este estudioso, inclusive, da necessidade em criar uma espécie de terceira via, de não descriminalizar condutas mas sim de criar uma espécie de disciplina extra-penal:

---

<sup>8</sup> “As coisas modificam-se com a Revolução Francesa e o advento do Estado de Direito formal. (...) A Administração, porém, finalmente surgida nos umbrais da ordem jurídica e sujeita à limitação da legalidade, concentra agora a sua actividade de polícia na protecção antecipada de perigos para consistência dos direitos subjectivos dos particulares. Assim se põe pela primeira vez o problema da conexão da tutela penal com as ofensas à actividade policial da Administração, também esta agora juridicamente relevante. E assim surge um ‘direito penal policial’...” “Dada a multiplicidade e variedade dos âmbitos de intervenção da ordem jurídico-administrativa dos nossos dias, também o direito penal secundário nos surge sob o signo da multiplicidade e da diversidade. E pois quem uma tal intervenção se faz sentir sobretudo no domínio da Economia, bem se compreende que aquele direito se apresente hoje, no seu núcleo essencial, como direito penal económico ou, se quisermos, como direito penal administrativo económico.” DIAS, Jorge de Figueiredo. **Para uma dogmática do Direito Penal secundário. Um contributo para a reforma do direito penal económico e social português**. In: PODVAL, Roberto. *Temas de Direito Penal Económico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p.13-15.

<sup>9</sup> RIOS, Rodrigo Sánchez. **Reflexões sobre o delito económico e a sua delimitação**. Revista dos Tribunais, vol.775. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 11-12.

[...] as infrações concernentes a estes novos bens jurídicos (no caso por exemplo, a ordem econômica) poderiam ser reguladas pelo 'Direito da Intervenção' que teria que ser configurado como um Direito sancionador situado a meio caminho entre o Direito Penal e o Direito de contravenções ou de infrações de ordem, entre o Direito Público e o Direito Civil. Este Direito da Intervenção se caracterizaria por conter garantas e procedimentos menos rigorosos e exigentes que os que acompanham ao Direito Penal e disporia de sanções de menor gravidade que este último, ou seja, menos lesivas para os Direitos individuais.<sup>11</sup>

De toda forma, deixando de lado esses tipos de questionamentos, sabendo-se que o Direito Penal brasileiro se posiciona atualmente para proteção de bens supra-individuais<sup>12</sup>, incluindo a ordem econômica, deve-se partir para uma análise do presente ordenamento não num caráter puramente proibitivo, mas também afirmativo.

Ora, a evolução surtida na proteção de bens supra-individuais e a proteção específica da ordem econômica junto ao Direito Penal brasileiro, em certa análise, torna efetivos princípios e normas atinentes à Constituição Federal<sup>13</sup>. O sistema repressivo patrimonial que dá lugar a uma intervenção na ordem econômica, a contar com a coação penal, faz concretizar o Estado Democrático de Direito sem, ao mesmo tempo, descumprir o princípio da intervenção mínima e sem inobservar os princípios penais de garantia. Enfim, é estruturado um aparelho retributivo criminal sobre a ordem econômica que afirma e garante a efetivação de muitos princípios constitucionais.

Intervenção criminal que se mostra extremamente delicada haja vista que a delimitação da conduta não é simples como no caso de bens jurídicos tradicionais; identificar a lesão à sociedade como um todo, que não se confunde com lesão de um ou

---

<sup>10</sup> PEDRAZZI, Cesare. **Tratado de direito penal econômico: direito penal das sociedades anônimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973. p. 04.

<sup>11</sup> RIOS, p. 10.

<sup>12</sup> "... um campo fértil de delitos de perigo abstracto, dada por um lado a natureza supra-individual dos bens jurídicos protegidos e, por outro lado, a vontade do legislador de criar para eles 'um campo de protecção antecipada'. Mas não representará esta circunstância um inadmissível alargamento da punibilidade (...) afastada qualquer presunção de culpa..." DIAS, p. 51.

<sup>13</sup> "... a doutrina do pai do moderno direito penal administrativo, James Goldschmidt. Abandonada a férrea oposição jusnaturalista entre indivíduo e Comunidade, é o Indivíduo que surge como suporte tanto da ordem jurídica como da ordem administrativa (...) além enquanto 'indivíduo qua tale', aqui enquanto 'ser comunitário' (...) Por isso é que a Administração – tendo embora deixado já de ser mera prevenção de perigos dirigidos à esfera jurídica individual, passa passar a actividade promotora do bem-estar ('Wohlfahrts'- Verwaltung)..." DIAS, p. 34.

outro agente econômico, é substancialmente mais trabalhoso e exige cuidado redobrado junto a figuras muito mais abstratas. Até porque, essas medidas interventivas não se podem confundir com instrumentos de política interna; o Direito Penal não pode servir a instrumento de políticas públicas, do contrário, partiria contra sua própria legitimação na origem do Estado Moderno. Como RIOS (2000, p. 12-13) bem trata no estudo do bem jurídico em proteção – a ordem econômica –, “... *a intervenção penal mesmo sendo mínima está intrinsecamente relacionada à magnitude do bem jurídico e à gravidade da lesão ou perigo sofrido por este*”.

De tal sorte, partindo desse histórico e da significância constitucional interventiva, antes de partir para individualização de condutas, nessa exegese do Direito Penal-Econômico deve-se delimitar o delito econômico como “...*a infração jurídico-penal que lesiona ou põe em perigo a ordem econômica, entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia de um país...*”<sup>14</sup> [grifo nosso]. E, por decorrência, acabar por definir a disciplina como: “...*um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre meios para a sua realização. São, portanto, a segurança e a regularidade dessa política que constituem precipuamente o objeto jurídico[...]*”.<sup>15</sup>

Definição de tal complexidade que faz concluir que inexistente um delito uno tipificado que abrange toda uma concepção de crime contra a ordem econômica. Impossível, assim, o levantamento de uma abstração em forma de lei que enquadre a idéia de delito econômico.

No entanto, recorrendo à metodologia da normatividade brasileira, observa-se que inexistente uma sistematização consistente que supra as condutas criminosas nesse sentido. Mais do que isso, além da dificuldade em se reunir esses delitos contra a ordem econômica na lei brasileira, nota-se que em termos doutrinários inexistente consenso quanto a que seria uma classificação e divisão desses crimes. Enfim, impossível extrair um método apenas na doutrina para reunir – consolidar – os crimes

---

<sup>14</sup> SANTOS, p. 96.

<sup>15</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra a ordem econômica, financeira e tributária: nova parte especial do Código Penal**. Revista dos Tribunais, v. 633, p. 247-254, jul. 1988. p. 250.

contra a ordem econômica em nosso cenário normativo. Nesse sentido, épigrafes e designações para leis mais dificultam do que contribuem.

RIOS, em leitura de Klaus TIEDEMANN, apresenta duas concepções sobre os limites do delito contra a ordem econômica:

[...] a existência de duas categorias complementares de delito econômico. A primeira consistira em um conceito estrito ou limitado de delito econômico, o qual compreende as transgressões no âmbito do direito administrativo-econômico, ou seja, aquelas lesivas à atividade interventora e reguladora do Estado na economia. Já a segunda, uma concepção ampla alcançaria, além destas condutas, todas aquelas figuras típicas que violam bens coletivos supra-individuais econômicos relacionados com a regulamentação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

O professor de Friburgo finalmente inclui nesta segunda categoria os delitos patrimoniais clássicos (estelionato, extorsão, fraudes, etc.) sempre quando estes atentem contra patrimônios supra individuais (...) ou quando constituam 'abuso de medidas e instrumentos da vida econômica'.<sup>16</sup>

Com efeito, uma primeira concepção limitada à idéia de atividade interventora e reguladora do Estado na economia e uma segunda concepção ampliada para dinâmica de bens e serviços da economia. Primeira concepção certamente acertada e que converge com a citada leitura de Gérson Pereira dos SANTOS, não fugindo para aspectos meramente privados da estrutura econômica. Desvio para aspectos privados que se mostra equívoco corrente de definições de crimes contra a ordem econômica; concepções, como essa segunda apresentada por RIOS, que se aproximam perigosamente, dentre outros ramos, do direito do consumidor. Primeira limitação que deve ficar clara nesse estudo.

Mais a frente, ainda, para além dessa diferenciação, constam duas outras discussões na doutrina que distorcem a limitação dos crimes contra a ordem econômica. Ora, uma primeira discussão leva em conta aspectos da possibilidade e dos limites da proteção criminal da ordem econômica; e outra discussão ataca a idéia do que seria a ordem econômica.

De um lado, muito se põe em foco o conceito de crimes contra a ordem econômica buscando-se uma limitação da tutela econômica a aspectos cíveis; procurando estreitar ao máximo a compreensão da definição. Para esses, a concepção

---

<sup>16</sup> RIOS, p. 13-14.

de crimes contra a ordem econômica se limitaria a espécies de descumprimentos de ordens administrativas em sede de intervenção e regulação econômica. Nesses casos, só poderiam ser enquadrados penalmente aqueles que recebessem ordens expressas de mudança ou cessação de condutas e as descumprissem; restando a punição *a posteriori* para apenas aspectos patrimoniais. Idéia que deve ser amplamente desconsiderada como tentativa de limitação do conceito de crimes contra a ordem econômica; todavia, concepção em prol da descriminalização dessas condutas que deve ser levada em conta, como será abordado mais a frente nesse estudo.

Numa segunda discussão, sobre o entendimento acerca das fronteiras da idéia de ordem econômica, nota-se uma ampliação por alguns dos crimes em estudo para todas as relações com conteúdo econômico. Ora, quanto a essa última discussão, extrai-se uma confusão entorno de conceitos de ordem econômica e de economia; fazendo pensar que a presente tutela penal abarca todas operações com conteúdo econômico. Transcrevo:

O que se busca proteger, perseguindo a totalidade dos delitos econômicos, é a ordem econômica. (...) Miranda Gallino foi muito feliz quando salientou – em síntese expressiva – que economia e ordem econômica são coisas diferentes. ‘A economia’ – escreveu – ‘é um fato, um fenômeno cultural e social, em sua expressão primária; não pode existir com escassa ou, ainda, sem proteção jurídica, abandonada ao simples critério dos homens em suas operações de troca ou produção, no seio de uma sociedade ideal. Contudo, em nossa sociedade atual, sem certa ordem, esta economia não pode prosperar, não pode desenvolver-se a ponto de constituir um eficaz instrumento de plena satisfação das necessidades materiais do homem. Isto permite afirmar que o direito penal não protege ou tutela a realização do fenômeno econômico com um fato em si, senão que protege a integridade da ordem, que se estima necessária para o cumprimento desse fato, de maneira que se possam produzir, assim, os fins propostos’ (Gallino, Delitos contra el orden económica, 1970, p.26).<sup>17</sup>

Enfim, basicamente, por conta desses três equívocos doutrinários acima citados que se faz pensar concepções equivocada de delitos contra a ordem econômica. Por essas idéias que, por vezes, inclui-se crimes tributários, previdenciários e ambientais; os primeiros com conteúdo econômico e efeito indireto em âmbitos privados de bens e serviços na economia, os segundos com as mesmas características do primeiro e um conteúdo social incrementado e os terceiros com conteúdo



econômico e uma idéia de proteção supra-individual que ultrapassa a noção de ordem econômica. Ora, crimes que não se referem à atividade de regulação e intervenção do Estado na economia.

Crimes contra a ordem econômica, dessa forma, são aqueles que se concentram no binômio regulação e intervenção econômica. Sendo que, admitindo uma forma de intervenção estatal sobre a economia monetária, uma forma apenas de regulação sobre toda a economia e uma forma de intervenção estatal sobre a economia real, respectivamente, pode-se fracionar o delito econômico em três categorias: i) mercado financeiro, ii) regulação econômica e, iii) concorrência. Metodologia desse estudo.

Esferas que harmonizam o conceito de ordem econômica e que não se tratam de apenas relações que tem um cunho econômico ou que se apresentam num âmbito privado. Classificação que corrige equívocos legais e doutrinários.

Não se pode admitir, como é por exemplo defendido por RIOS, uma divisão de proteção do delito econômico em imediata e mediata – esta se tratando de delitos de concorrência e societários e aquela acerca de hipóteses tributárias, previdenciárias e outras. Não se pode admitir, ainda, concepções de crimes econômicos que buscam privilegiar um ou outro agente – e não a coletividade deles – como se extrai para crimes tributários e previdenciários em prol da máquina fazendária ou com os crimes societários em dada relação privada.

Além disso, por meio de uma simples qualificadora de direito supra-individual atribuída à ordem econômica não se pode sugerir, como entende ABANTO VASQUEZ (In: RIOS, 2000, p. 15), que delitos de propriedade intelectual e industrial, delitos de atividade laboral, delitos ambientais, entre outros, sejam classificados amplamente como delitos econômicos. Equívoco aparente também por parte do eminente jurista Luiz Flávio GOMES<sup>18</sup> que engloba crimes ambientais e tributários<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> SANTOS, p. 94.

<sup>18</sup> GOMES, Luiz Flávio. **Sobre a impunidade da macrodelinquência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 11, p. 166-174, jul/1995. p. 166.

Sobre os crimes ambientais, além da autonomia mais do que indiscutível, é importante destacar que o bem jurídico supra-individual sobrepõe a idéia de ordem econômica, trata acerca do meio ambiente antes de tudo, isso para não se falar da dignidade da pessoa humana em sentido amplo. Sobre os demais supostos delitos econômicos, também, opera-se o mesmo raciocínio: o bem jurídico supra-individual em estudo, mesmo tendo conteúdo econômico, não se traduz necessariamente em proteção da ordem econômica.

Quanto aos chamados crimes societários e falimentares, noutro lado, ainda que em detrimento de conteúdo econômico, resta pacífica a proteção de bens patrimoniais individuais. Previsões que não se confundem com os crimes em desrespeito do chamado direito de regulação: sanções penais ligadas ao desrespeito de normativos que tutelam a regulação econômica e o impacto de atividades de interesse eminentemente público.

Finalmente, do que resta a exclusão mais polêmica ao conceito – acerca do sistema fiscal e previdenciário –, reitera-se que proteger a esfera estatal, ainda que os recursos gerados sejam destinados a toda população, traduz-se em proteger apenas um agente econômico do sistema, não em proteger a ordem econômica como um todo. Além disso, sem aprofundar na argumentação processualista como no caso dos crimes ambientais, perfaz-se mais do que consolidada a autonomia normativa e didática da esfera criminal tributária e previdenciária, como se extrai da lei 4.729/65 (sobre sonegação fiscal) e das leis 8.866/94 e 9.983/2000 sobre criminalidade previdenciária. Enfim, o conteúdo econômico nestes casos pode até ser muito delicado, mas inexistente motivo legítimo para classificar o ditame como crime de ordem econômica.

De toda forma, como é ilustrativo no contexto histórico brasileiro recente e como o foi na história de outros países como o EUA na época de *Al Capone*, atribui-se a criminalidade tributária ou previdenciária uma posição eminentemente substitutiva aos delitos econômicos. Haja vista a dificuldade de apuração e confirmação da

---

<sup>2</sup> “O critério para distinguir a espécie do gênero não é esclarecido por GOMES que, ademais, ao incluir o fenômeno do crime organizado na macrocriminalidade, amplia os elementos do conceito.” CASTILHO, Ela Wiecko V. de. p. 66.

contravenção econômica, seja pela tipicidade ou seja pela instrução lenta e trabalhosa, rende-se à previsão tributária ou previdenciária para forçar a condenação penal. Disto porque a criminalidade tributária e previdenciária, em muitos casos, ganha *status* de econômica mesmo sendo acessória ou posterior ao delito estritamente econômico, a exemplo do que ocorre também quanto aos crimes de natureza administrativa, no contexto da administração pública.

Enfim, propõe-se a autonomia do conceito de delitos de ordem econômica na forma como é tratado ao capítulo seguinte. Ora, observe que autores como Rodrigo Sánchez RIOS (2000) e Manoel Pedro PIMENTEL (1973) se contradizem defendendo ampla definição de criminalidade econômica ao momento que também defendem a codificação penal para os crimes de ordem econômica, em título próprio, mantendo em separado os vocábulos sistema tributário – “dos crimes contra a ordem econômica e tributária”.

De toda forma, isolar os crimes contra a ordem econômica – o verdadeiro Direito Penal Econômico – em face daqueles ditos tributários garante, acima de tudo, o afastamento de certas críticas ao dito Direito Penal puramente arrecadador ou aquele Direito Penal previdenciário que cria o crime de apropriação indébita especificamente para fins da previdência (art. 168-A do Código Penal, lei 9.983/2000).

O amadurecimento do Direito Penal Econômico brasileiro, ainda que sobre forte dispersão normativa e ausência de consensos doutrinários, leva a um estudo de outros signos autônomos e, também, outras críticas contundentes autônomas.

Promovendo a delimitação do delito econômico a criminologia moderna, em algumas situações, tem implantado um certo desvalor desproporcional à conduta delituosa econômica. Do que merece ponderação constitucional, resta consolidada uma espécie de política criminal de prevenção da criminalidade econômica amparada num desvalor *a priori* do suposto sujeito ativo<sup>20</sup> da contravenção em estudo. Criam-se

---

<sup>20</sup> “... o aprofundamento do perfil criminológico da criminalidade econômica, com a sua etiologia e o seu condicionamento político-social específicos. (...) um afinamento da sensibilidade democrática da opinião pública, um reforço do controlo informal por parte dos meios de comunicação social...” DIAS, p.22.

delimitações e classificações contestáveis ao delito econômico sob títulos ofensivos como crimes do colarinho branco<sup>21</sup> ou crimes corporativos, ainda que esta última designação pareça justificável para fins didáticos – no tratamento criminal da pessoa jurídica e da responsabilidade subjetiva do funcionário. Impõe-se, no geral, uma vinculação de crimes econômicos com condições econômicas ou sociais privilegiadas, gerando supressão constante de princípios como o da legalidade e da presunção de inocência além de intensificação ilegal do aparato penal; verdadeiros juízos valorativos para com a acusação e julgamento criminal econômico. Cenário próximo de ilegalidade ocorrido historicamente também na história portuguesa<sup>22</sup> que deve ser preterido pelos operadores brasileiros no mesmo sentido que desvios próprios de países em desenvolvimento que levantam verdadeiras escaladas nacionalistas impróprias<sup>23</sup>.

---

<sup>21</sup> “A tendência, quase geral, de centrar a investigação criminológica em matéria econômica na rubrica criminalidade de colarinho branco tem tornado impreciso o conceito de delito econômico (...), sem que se haja tentado, pelo menos – para obviar as dificuldades – uma definição operacional das diferentes modalidades delituosas, que não podem ser subsumidas na fórmula abrangente de estelionato e outras fraudes.” SANTOS, p. 61.

<sup>22</sup> “...o Estado corporativo português revelou em todo o caso os traços de um profundo intervencionismo econômico, social e cultural, razão de uma legislação penal extravagante, numerosa, complexa e contraditória. Mas decisivo foi uma vez mais o facto da 2ª Guerra Mundial e das exigências, por ela determinadas, de controlo do abastecimento e dos preços, de disciplina do comércio externo, de luta contra manobras especulativas, de fiscalização do mercado de capitais; como havia de ser, mais tarde, o facto das guerras coloniais. Por isso terá surgido em Portugal uma das primeiras tentativas, a nível de países europeus não socialistas, de domínio do direito penal secundário através de sua codificação parcial: a isso veio o Decreto-Lei n. 41.204, de 24.07.1957, sobre ‘infracções contra a saúde pública e a economia nacional’, Diploma que, porém, não constituiu travão à proliferação – a partir dele até acentuada – da legislação penal extravagante; não contribuiu para uma sua mais segura aplicação, continuamente oscilante entre uma quase total inaplicação e uma aplicação arbitrária ditada pela necessidade de constituição de ‘refens’ ou ‘bodes expiatórios’; e em pouco ou nada serviu uma eficaz prevenção da criminalidade económica.” [grifo nosso] DIAS, p. 18-19.

<sup>23</sup> “Particularmente interessante, parece, a observação de Raúl Ampuero quanto aos delitos econômicos nos países em estágio de desenvolvimento: toda uma constelação de elementos perturbadores altera, em sua raiz e em sua essência, o funcionamento dos processos econômicos nos países subdesenvolvidos mesmo em termos de um enfoque capitalista. Entre eles podem ser anotados os seguintes: a estreiteza dos mercados internos, em face de populações demograficamente limitados ou economicamente pobres. Outro fator fundamental é constituído pela profunda incidência, na economia interna desses países, de investimentos estrangeiros consideráveis, os quais tendem, normalmente, a operar em sentido contrário aos interesses nacionais. Por fim, um terceiro fator, também presente na experiência das nações em processo de desenvolvimento, constitui a escassez crônica de artigos de uso e consumo habituais. A tudo, pode-se acrescentar a desigual distribuição de renda interna, fato que, ex se, constitui uma deformação constante e característica das condições de mercado.” SANTOS, p. 94.

Mesmo assim, como bem abordou Gérson Pereira dos SANTOS no prefácio de sua obra paradigmática acerca do Direito Penal Econômico, independente desses desvios verificados, resta indispensável a evolução da disciplina normativa nessa área:

A evidência de que a criminalidade econômica encontrou o seu fastígio na atualidade – sobretudo nas atividades das grandes empresas, nas estruturas administrativas requintadas ou no mercado de capitais – tem revelado a necessidade, não admitida por muitos, de proceder-se a uma revisão dos princípios clássicos da responsabilidade penal, de modo que possa permitir a apenação das pessoas morais ou jurídicas. O compromisso da ciência penal (e isto busco acentuar ao longo deste estudo) é com a dogmática que alguns querem petrificada ou totalmente abstratizada, senão indiferente às solicitações e finalidades político-criminais.<sup>24</sup>

Com efeito, no próximo capítulo, sendo delimitado o delito econômico, passa-se a considerações sobre o tratamento legislativo e administrativo da matéria. Entretanto, antes de tudo, deve-se sistematizar as características comuns dessas condutas:

Sendo delito, o econômico importa ao direito penal, embora defini-lo ou conceituá-lo não seja tarefa fácil, tal a imprecisão doutrinal ou legislativa. Porque o delito, em si mesmo, não é econômico, nem político, nem social, o precitado Miranda Gallino preferiu falar em delito contra a ordem econômica. Raúl Ampuero, também já referido, acentuou, restritivamente, como características do delito econômico: em primeiro lugar, é geralmente perpetrado no quadro da gestão empresarial, da administração de capitais industriais ou financeiros, da administração, em sua, dos meios de produção. Em segundo lugar, o dado que produz é, de um modo geral, incerto e, habitualmente, é anônima ou indeterminada a pessoa ofendida. Por fim, o terceiro elemento de configuração seria o elemento subjetivo, consistente no propósito, por parte do autor, de obter lucro adicional ou uma utilidade complementar no giro normal do negócio; mediante a execução das manobras constitutivas do delito, este afã de lucro busca materializar-se em uma ganância desorbitada (La Idea, cit. 27-8).<sup>25</sup>

Ora, crimes econômicos não atingem especificadamente uma ou outra pessoa, mas sim toda ordem econômica que, por sua vez, não se confunde com todas as relações com conteúdo econômico. A ofensa parte, reitere-se, a todas as formas de intervencionismo e regulação estatal sobre a economia, seja na economia real ou seja na economia monetária.

Segundo destaque relevante é que a operacionalidade dos crimes contra a ordem econômica geralmente se dá por meio das esferas empresariais ou públicas;

---

<sup>24</sup> SANTOS, p. XIX.

ainda que cuidados devem ser tomados em se tratando de equiparações legais principalmente em sede do sistema financeiro nacional.

Por fim, como terceiro destaque, note que o elemento subjetivo entorno dos crimes econômicos é o lucro acima dos padrões de normalidade e legalidade. Elemento acerca do qual deve-se ter cuidado haja vista que as recentes produções legislativas, como é o caso da lei 9.613/98, vêm punindo algumas condutas sem a exigência desse dolo específico. A ofensa contra a regulação ou intervencionismo estatal, assim, pode não necessariamente recair nessa característica. Cesare PEDRAZZI bem aborda:

Estamos sem dúvida diante de manifestações de natureza patrimonial, pelas conseqüências que delas derivam e pela finalidade de lucro que via de regra inspira os autores. Diversificam-se elas entretanto das figuras clássicas dos crimes patrimoniais, seja porque ofendem interesses muito mais difundidos, seja pela intervenção antecipada da lei penal: o que desencadeia a repressão não é o dano patrimonial sofrido por um indivíduo isolado, mas a situação de perigo que ameaça a esfera patrimonial de numerosas pessoas.

Trata-se, pois, de tutela penal coletiva, bem mais ampla que a tutela particular exercida por normas que punem, por exemplo, o furto ou o estelionato.<sup>26</sup>

Realizando leitura diversa, mas semelhante, Raúl CERVINI<sup>27</sup> apresenta como características daquilo como ele chama de macrocriminalidade econômica as seguintes: abuso de poder econômico, político ou de especialização profissional; elevada danosidade material e social; aparência de legalidade absoluta; mutabilidade dos mecanismos econômicos; caráter múltiplo e indeterminado das vítimas; transnacionalização das condutas e impunidade dos autores.

Características que devem ser levadas em conta no estudo estritamente ligadas a considerações constitucionais. Ora, muitos são os princípios constitucionais que acompanham a matéria ordem econômica e devem ser profundamente considerados em tratamentos criminais.

Logo no primeiro artigo da Constituição Federal de 1988 extrai-se como fundamento do Estado a livre iniciativa (inciso IV). Mais a frente, partindo para o artigo 170, repete-se a idéia de livre-iniciativa e completa-se o binômio com a idéia de

---

<sup>25</sup> SANTOS, p. 87.

<sup>26</sup> PEDRAZZI, p. 17-18.

livre-concorrência (inciso IV)<sup>28</sup>. Enfim, a idéia de regulação e intervenção estatal na economia deve, acima de tudo, ser motivada por razões satisfatórias frente aos princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência<sup>29</sup>:

É bastante natural, entretanto, que quando nos referimos à ‘livre iniciativa’, tenhamos em mente o conceito tradicional de liberdade (sensibilidade e acessibilidade a alternativas de conduta e de resultados) e pensemos no agente econômico atuando no mercado, com o mínimo de ‘repressão’ estatal. Mas – insistimos – essa visão da livre iniciativa (ou da livre concorrência e mesmo da autonomia privada) não exclui outra que lhe é complementar, de que essa mesma livre iniciativa, para que continue existindo, deve ser não apenas regulamentada, mas também conduzida pela autoridade governamental.<sup>30</sup>

Esses mecanismos interventivos e de regulação só podem ser usados caso a ordem econômica, como é colocada no presente estudo, seja ofendida ou sofra riscos que ponham em xeque o “*desenvolvimento ordenado de miríades de iniciativas singulares*”<sup>31</sup>.

Eros Grau bem indica que esse preceito constitucional de proteção da ordem econômica tem o condão de ordenar as relações econômicas segundo princípios fundamentais de liberdade e de dignidade de vida:

[...] neste art. 170 a expressão é usada não para conotar o sentido que supunha nele divisar (isto é, sentido normativo), mas sim para indicar o modo de ser da economia brasileira, a articulação do econômico, como fato, entre nós (isto é, ‘ordem econômica’ como conjunto das relações econômicas).

[...] assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...].<sup>32</sup>

<sup>27</sup> CERVINI, Raúl. **Macrocriminalidad económica** – Apuntes para una aproximación metodológica. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.11. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul, 1995. p.72.

<sup>28</sup> “A análise da livre-iniciativa encontra necessária complementação na ponderação do princípio da livre-concorrência.” GRAU, p.222.

<sup>29</sup> “A livre concorrência, assim, desempenha um papel fundamental para que a livre iniciativa possa gozar da presunção de beneficiar a coletividade.” PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São Paulo: Saraiva, 2001. p. 05.

<sup>30</sup> FORGIONI, Paula. **Os fundamentos do antitruste**. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998. p. 229.

<sup>31</sup> PEDRAZZI, p. 20.

<sup>32</sup> GRAU, p. 49.

Por isso que o entendimento de ordem econômica em sede constitucional<sup>33</sup> deve ser abordado como um verdadeiro dever-ser, um “conjunto de princípios jurídicos de conformação do processo econômico [...] que se opera mediante condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado. [...] ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).”<sup>34</sup>

Fins políticos que se operam estritamente vinculados a esses princípios da livre-iniciativa e da livre-concorrência – decorrentes da liberdade – frente ao preceito social. Objetos de proteção por parte do Direito Penal já reiteradamente confirmada pelos tribunais superiores brasileiros; como Edílson NOBRE<sup>35</sup> bem cita, interessante abordar casos paradigmáticos do Direito brasileiro com é o HC nº 30.355 do STF em que o Ministro Orozimbo Norato relatou em favor da intervenção estatal na economia em sede criminal: “A Constituição vigente permite ampla intervenção estatal na economia. Há, nesse sentido, uma série de providências que marcam, inequivocadamente, que ela não adotou – e nem podia adotar – o anacrônico *laissez faire, laissez passer* em face da ordem econômica”.

Entendimento de suma importância para o prosseguimento desse estudo.

---

<sup>33</sup> “Buscou-se tutela, numa perspectiva de ultrapassagem do individualismo, a ordem econômica e financeira e a economia popular, mais o ambiente natural – que mereceram uma atenção marcante do constituinte de 1988.” ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997. p. 20.

<sup>34</sup> GRAU, p, 51, 53.



## **2 TÍPICIDADE CRIMINAL ECONÔMICA E PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS**

Como já foi colocado acima, antes de passar para análise em si da formação do processo criminal em matéria econômica, importante apreciar sinteticamente as diversas hipóteses legislativas e os respectivos tratamentos administrativos que envolvem o tema.

Note, antes de tudo, que apesar de todas estas condutas tratarem-se de delitos econômicos, em virtude de sua natureza, ficam sujeitas previamente a aparatos administrativos e regulamentos totalmente distintos. Ainda que sujeitas ao mesmo diploma central – a lei nº 9.784/99 sobre procedimentos administrativos – as situações a seguir descritas são amparadas por órgãos que não se misturam, o que, todavia, não impede a formação de certos conflitos de competência. Conflitos que, fatalmente, atrapalham na apuração dos ilícitos e acabam por não fornecer dados para segunda fase em estudo: a formação do processo penal.

Perceba, sobre esses aspectos, que a União, os Estados e os Municípios, como entes da federação, ainda não alcançaram níveis de amadurecimento satisfatórios quanto à seriedade e à profundidade das investigações e da fiscalização envolvendo a ordem econômica. E, para além disso, não criaram mecanismos de cooperação eficientes para com o judiciário e, especificamente, para com o Ministério Público; fazendo prevalecer deficiências do sistema e, quando é pior, abusos e arbitrariedades do poder público. Algo que deve ser profundamente reprimido, ainda mais se tratando do Direito Criminal, a última via da jurisdição estatal.

De tal sorte, como se verá, algumas linhas abaixo tratarão do contexto de criminalidade econômica sobre panoramas do sistema financeiro nacional, da regulação econômica e do sistema de concorrência. Esferas com respectivos mecanismos cíveis próprios de normatização e fiscalização.

---

<sup>35</sup> NOBRE JR., Edilson Pereira. **Intervenção estatal sobre o domínio econômico, livre iniciativa e proporcionalidade**. Boletim de Direito Administrativo, p. 709-719, set/2002. p. 714.

Primeiro dos panoramas – o sistema financeiro –, que possui a estrutura cível mais técnica de todas – centralizada no Conselho Monetário Nacional, no Banco Central e na Comissão de Valores Mobiliários – com competência sobre as operações do mercado financeiro e sobre as transações das instituições financeiras. Mecanismo que introduz conceitos e colhe informações para diretivas criminais no campo das leis números 7.492/86 e 9.613/98 – acerca dos chamados crimes contra o sistema financeiro e acerca do crime de lavagem de valores e ativos – e em campos específicos da lei 1.521/51 e do Código Penal.

O segundo desses panoramas, acerca da regulação econômica, é ao mesmo tempo o mais antigo e o mais ineficiente de todos. Ampara-se no diploma normativo mais antigo – a lei 1.521/51 acerca dos crimes contra a economia popular<sup>36</sup> – e possui os limites de competência administrativa mais abertos principalmente junto ao conflito entre a administração direta dos ministérios e a indireta das agências reguladoras. Pela abstração de seus conceitos e dispositivos, é um panorama que acaba gerando pouquíssimas condenações efetivas e sanções administrativas com diminutos efeitos. Além disso, pela incógnita gerada acerca dos limites de intervenções estatais na economia, acaba restando confundido pela legislação de concorrência e antitruste, acaba para alguns tido como revogado e, para outros, levado a um âmbito eminentemente privado das relações de consumo.

Finalmente, ao que indica o sistema de defesa da concorrência, constata-se a esfera legislativa e administrativa mais recente de todas e aquela mais atuante em termos administrativos e de cooperação para com os instrumentos de coação penal. Uma estrutura simplificada por ser centralizada, originariamente, em apenas um dispositivo normativo – a lei 8.884/94 –, ainda que possua antigas linhas nas leis 4.137/62 e 1.521/51, e por compor com órgãos exclusivos para sua aplicação.

#### Desenvolvo.

---

<sup>36</sup> “Conservam todavia sua atualidade as normas que compõe os chamados crimes contra a economia popular, introduzidos pelo decreto-lei 869, de 18 de novembro de 1938, depois substituído pela lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951: leis que constituem a expressão de um endereço mais severo no controle da atividade econômica, de uma supremacia ainda mais intransigente do interesse coletivo sobre os interesses privados [...]” PEDRAZZI, p.15.

## 2.1 Sistema Financeiro Nacional

A fixação do título sistema financeiro não é meramente arbitrária, ela traduz toda a estrutura de intervenção na ordem econômica em termos monetários, em termos não reais. Ora, da divisão tradicional que a teoria econômica faz na ordem econômica entre real e monetária, fica reservado à economia monetária um dos dois cenários do estudo de intervenção econômica – o sistema financeiro<sup>37</sup> –, restando à economia real o panorama da concorrência, lembrando que a regulação é abordada em tópico a parte.

Sobre o estudo dessa criminalidade no mercado financeiro nacional, note que é preciso não apenas a coleta dos diplomas normativos penais, mas também uma rápida análise de certos normativos civis que amparam a regulamentação e fiscalização exercidas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelo Conselho Monetário Nacional. Enfim, é preciso partir primeiramente para dispositivos que legitimam a atividade processual administrativa pois é essa atuação do poder público que fornece elementos para coação criminal<sup>38</sup>.

Assim, como será analisado, parte-se para introdução de conceitos e regras do sistema financeiro para, após, levantar supostas agressões ao bem jurídico ordem econômica, com reserva clara da tipicidade e do devido processo legal. Não se pretende, todavia, esgotar a matéria cível em se tratando de sistema financeiro, sim apenas de demonstrar a origem e os fundamentos da intervenção estatal além da legitimação e lógica que ampara os procedimentos administrativos e a incipiente tipicidade penal nessa matéria. Uma espécie de hermenêutica conduzida pelo legislador ao curso da tutela administrativa sobre a criminal.

---

<sup>37</sup> “A função do sistema financeiro na ordem econômica capitalista é captar poupanças e canaliza-las para os setores de produção carentes de recursos. É inegável que o crescimento de poupança e o processo de acumulação de capital estão diretamente relacionados à presença de um sistema financeiro adequadamente organizado e eficiente. Fundamentalmente se constitui em dois pólos, um centrado na autoridade monetária, incumbido de regular o funcionamento do sistema, e o outro nas instituições financeiras, que fazem a intermediação financeira entre os agentes econômicos.” CASTILHO, p. 96.

<sup>38</sup> “[...] no que toca à criminalidade econômica e, especificamente, no Brasil, à criminalidade contra o sistema financeiro nacional, a pesquisa empírica [...] indicou a existência de um agente executivo, que, de modo preponderante, determina a atuação dos demais. É o Banco Central do Brasil. Este e a Polícia

Primeiramente, dando início a essa análise, note que a agressão ao bem jurídico ordem econômica na modalidade financeira, ou na economia monetária, é peculiar e se encaixa no conceito geral apresentado no primeiro capítulo: a lesão ou risco à regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia de um país. Ora, no sistema financeiro nacional, a lesão ou risco ao intervencionismo estatal pode gerar um desequilíbrio nas relações monetárias que reverte, invariavelmente, na economia real. Um fenômeno de deformação do equilíbrio natural entre os agentes que gera uma espécie de efeito em cascata sobre toda uma economia nacional, podendo estender-se para territorialidade internacional até porque o sistema financeiro brasileiro pós-década de 60 ficou integralmente interligado com o internacional. Mais do que isso, efeito em cascata de desequilíbrio da ordem econômica que tem efeitos mediatos e imediatos sobre a economia real, como se percebe mais facilmente no crime de ocultação, remessa e lavagem de capitais e ativos. Danos que, a propósito, tornam difícil a reversibilidade das relações no âmbito cível, o que acaba justificando os aparatos criminais. Como bem apresenta PEDRAZZI, “...ao proteger o funcionamento regular do mercado de títulos, tutela a poupança, como fator primário do desenvolvimento econômico.”<sup>39</sup>

Visualizando esse processo de agressão à ordem econômica, imagine uma situação qualquer de geração fraudulenta de valores monetários como uma liberação irregular de crédito ou como uma desova de dinheiro de tráfico de entorpecentes na economia. Imagine, nesse processo, que o aumento da base monetária sem controle do Banco Central, dentro de um mesmo contexto de oferta de bens do sistema produtivo, poderia gerar um processo inflacionário e até um desabastecimento da economia como, no caso de serviços básicos, um verdadeiro caos.

Por esses motivos e, diante da limitação das sanções administrativas e da gravosidade das lesões, que o legislador brasileiro apresentou dois diplomas de cunho criminal em se tratando da economia monetária, do sistema financeiro nacional: a lei

---

Federal são os operadores fundamentais na construção da criminalidade contra o sistema financeiro nacional.” CASTILHO, p. 137,

<sup>39</sup> PEDRAZZI, p. 21.

7.492/86 e a lei 9.613/98<sup>40</sup>. A primeira delas que tem o título de crimes contra o sistema financeiro e teve o condão de operar uma espécie de codificação falsa como ficou comprovado pela superveniência do segundo dos normativos acerca de lavagem de capitais – a lei que “*dispõe sobre os crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores*” e “*a prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei*”. Um deslize legislativo aceitável haja vista que esse último delito, ainda que possua uma natureza monetária, assume efeitos muito contundentes na economia real, motivo de confusões.

Além desses dois normativos centrais, todavia, importante colocar que a tutela criminal do sistema financeiro, timidamente e sem expressão, já havia se manifestado na lei 1.521/51 acerca dos crimes contra a economia popular. Mais do que isso, por uma leitura extensiva criticável, essa tutela criminal financeira já estaria apresentada pelo Código Penal nos delitos de apropriação indébita (artigo 168) e de estelionato (artigo 171).

De todo modo, deixando essa análise para um segundo momento, do que para alguns é um outro normativo com efeitos criminais financeiros peculiares, pode-se indicar a lei 6.024/74 em associação com a lei 9.447/97 como criadora de um regime próprio de liquidação das instituições financeiras com sanções cíveis contundentes e com inovações e extensões na disciplina penal. Trata-se, enfim, da atribuição de responsabilidades mais estreitas para administradores e responsáveis por instituições financeiras em liquidação, com contornos criminais.

Antes, porém, retrocedendo esse estudo, sobre uma abordagem cível dos normativos que disciplinam o sistema financeiro, importante salientar também a lei 4.595/64 acerca das instituições financeiras e as leis 4.728/65 e 6.385/76 sobre o mercado de capitais. Leis que muito mais do que dispor propriamente sobre o sistema financeiro, também apresentaram e fixaram competências a seus responsáveis diretos:

---

<sup>40</sup> “As leis da Reforma Bancária e do Mercado de Capitais foram editadas em 1964 e 1965. Foram necessários 20 anos e uma série de escândalos financeiros para haver a criminalização de algumas condutas extremamente nocivas à coletividade, que já eram conhecidas e criminalizadas nos países capitalistas centrais.” CASTILHO, p. 127.

o Banco Central, a Comissão de Valores Mobiliários e o Conselho Monetário Nacional, este órgão eminentemente de diretrizes políticas e aqueles de atuação técnica. Além disso, leis que apresentavam indicativos daquela que seria uma política criminal no sistema financeiro.

Diplomas que tiveram nascimento, contemporaneamente, na ditadura militar, período da política brasileira que se buscava o crescimento do país com profundos financiamentos da poupança externa, tornando necessária a regulamentação do sistema financeiro nacional e o enquadramento ao sistema internacional; um avanço, indiscutivelmente. Uma metodologia bipartida de normatização amparada de um lado na disciplina das instituições financeiras e, de outro, do mercado de capitais; definidos ao âmbito, respectivamente, do Banco Central e da Comissão de Valores Mobiliários. Este último contexto com experimentações criminais específicas, fruto de recentes emendas legislativas.

#### I.

Inicialmente, aprofundando o estudo da lei 4.595 de 1964, verifica-se que o citado normativo definiu os parâmetros gerais do sistema financeiro nacional com a extinção da Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC) e a inserção em seu lugar do Conselho Monetário Nacional e do Banco Central do Brasil<sup>41</sup>; propiciando uma modernização indiscutível para o país e definindo as linhas gerais das competências administrativas nessa matéria. Mais do que isso, como será focado, propiciando uma disciplina dos procedimentos administrativos no âmbito financeiro e apresentando pontos centrais dos quais emerge a tutela criminal em estudo.

Com efeito, cito aqueles dispositivos que fixaram as competências do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil (BACEN) estabelecendo um papel eminentemente político por parte daquele primeiro e um papel eminentemente técnico por parte deste. Reservando, assim, diretivas gerais do mercado financeiro por

---

<sup>41</sup> “No Brasil, até o início da década de 60, não se falava em sistema financeiro, porque essa estrutura era extremamente débil. [...] A organização do sistema financeiro não se ajustava às exigências do surto de industrialização. [...] O governo Castelo Branco (1964-1966) foi o responsável pela adequação da economia brasileira às regras da ordem econômica capitalista mundial.” CASTILHO, P. 96-97.

parte do CMN e diretivas de fiscalização por parte do BACEN; amplos poderes por parte daquela primeira instituição<sup>42</sup> e uma dependência funcional tão discutida por parte dessa segunda.

Sobre as atribuições do CMN, introduz o artigo 2º: “*a finalidade de formular a política da moeda e do crédito,..., objetivando o progresso econômico e social do País*”. Quanto aos objetivos, mais a frente, no artigo 3º, o qual destaco, dispõe o inciso VI acerca do zelo da liquidez e da solvência das instituições financeiras e o inciso VII acerca da coordenação das políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública interna e externa. Primeiro dispositivo que revela uma notável preocupação do legislador para com a repercussão econômica de uma eventual insolvência de alguma instituição. E, segundo dispositivo que centraliza as atividades de coordenação econômica no CMN.

Centralização que também é observada em outros dispositivos de cunho mais técnico que apresentam como competência do CMN expedir normas gerais de contabilidade de instituições financeiras (inciso XII do artigo 4º), disciplinar as atividades das bolsas de valores (inciso XXI) e baixar normas que regulem operações de câmbio (inciso XXXI). Todos dispositivos que terminam por reafirmar o Conselho como uma espécie de órgão de máxima hierarquia, um órgão eminentemente político e não técnico para comandar o mercado financeiro, como bem reitera o artigo 5º: “*as deliberações do Conselho Monetário Nacional... obrigarão também os órgãos oficiais, inclusive autarquias e sociedades de economia mista, nas atividades que afetam o mercado financeiro e o de capitais*”

Noutro flanco, sobre o BACEN, o legislador deixa consignado no artigo 8º a natureza de autarquia federal “*com personalidade jurídica e patrimônio próprios*” de bens, direitos e valores transferidos da extinta Superintendência da Moeda e do Crédito. Acerca de suas atribuições, reitera o artigo 9º sua subordinação ao CMN e adiciona o artigo 10º diversas competências técnicas das quais destaco o controle de

---

<sup>42</sup> Art. 4º. §4º O conselho Monetário Nacional poderá convidar autoridades, pessoas ou entidades para prestar esclarecimentos considerados necessários.

crédito da economia (inciso VI) e o controle de capitais estrangeiros (inciso VII). Competência ampla também ligada à fiscalização das instituições financeiras<sup>43</sup> e à aplicação de penalidades sob expressa reserva no então §1º acerca da conveniência do interesse público. Idéia que também volta a constar, mais a frente, no inciso VII do artigo 11: “*exercer permanente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta, ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às mobilidades ou processos operacionais que utilizem*”.

Destaque-se, todavia, que o CMN também é competente, concorrentemente ao BACEN, para aplicar penalidades sobre sua atividade de fiscalização do mercado financeiro (inciso VIII do artigo 4º), com a diferença de que, em sede recursal, é ele o único competente para conhecer dos recursos de penalidades administrativas (inciso XXVI).

Enfim, de modo geral, a lei nº 4.595/64 trata acerca das primeiras noções normativas sobre o mercado financeiro e conceitua, para efeitos legais, os agentes desse universo que, para efeito de funcionamento, devem possuir autorização por meio do Banco Central – no caso das nacionais – e por decreto do poder executivo<sup>44</sup> – no caso das estrangeiras:

Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual.

Art. 18. As instituições financeiras somente poderão funcionar no País mediante prévia autorização do Banco Central da República do Brasil ou decreto do Poder Executivo, quando forem estrangeiras.

---

<sup>43</sup> Art. 44 §8º No exercício da fiscalização prevista no art. 10, VIII, desta Lei, o Banco Central do Brasil poderá exigir das instituições financeiras ou das pessoas físicas ou jurídicas, inclusive as referidas no parágrafo anterior (as sem autorização), a exibição a funcionários seus, expressamente credenciados, de documentos, papéis e livros de escrituração, considerando-se a negativa de atendimento como embaraço à fiscalização, sujeitos à pena de multa [...]

<sup>44</sup> Artigo 21 da Constituição Federal: Compete à União: VIII – administrar as reservas cambiais do País e fiscalizar as operações de natureza financeira, especialmente as de crédito, câmbio e capitalização, bem como as de seguros e de previdência privada.



De todo modo, o que passo a destacar nesse presente trabalho é que, mais do que estabelecer competências no âmbito financeiro ou mesmo de criar conceitos nessa matéria, a lei 4.595/64 estabeleceu as primeiras linhas das chamadas penalidades administrativas financeiras e abriu espaço para, já na década de 80 e 90, surgirem diplomas puramente criminais. Ora, consta nesse normativo um capítulo a parte sobre condutas passíveis de punição no âmbito cível e administrativo.

Primeiramente, cria o artigo 42 a chamada responsabilização solidária de administradores e gerentes de instituições financeiras sobre obrigações assumidas nas suas gestões; texto que, notadamente, pelo amplo caráter inovador e pela superficialidade, restou esquecido por muitos anos e somente foi lembrado pela disciplina da Lei 6.024/74 que será citada mais a frente.

Na mesma linha, no artigo 43, coloca o mesmo normativo que, sem prejuízo de sanções cíveis, administrativas e criminais, os responsáveis por instituições financeiras ficam sujeitos a uma multa igual ao dobro de eventual empréstimo ou adiantamento vedado em lei. Lembrando que, afora o caso de multas pecuniárias, prevê também a lei, para “*diretores, membros de conselhos administrativos, fiscais e semelhantes, e gerentes*” de instituições financeiras, sanções de advertência (artigo 44, inc. I), suspensão do exercício de cargos (inc. III), inabilitação temporária ou permanente para o exercício de cargos de direção na administração e gerência (inc. IV), cassação de autorização de funcionamento (inc. V), detenção e reclusão (incs. VI e VII). Sanções com teor progressivo dependendo da gravidade da conduta e da reincidência; o que, por exemplo, coloca a advertência para caso de fornecimento inexato de informações, as multas para casos de embaraço à fiscalização do Banco Central e as suspensões e inabilitações para “*infrações graves na condução dos interesses da instituição financeira*” (§ 4º).

O que, do cumpre destaque, remete à Lei de Contravenções Penais (Decreto-lei 3.688/41<sup>45</sup>) que apresenta detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos para pessoas físicas e

---

<sup>45</sup> Artigo 47: Exercer profissão ou atividade econômica ou anunciar que a exerce, sem preencher as condições a que por lei está subordinado o seu exercício.

jurídicas (diretores e administradores) que atuem como instituição financeira sem estar devidamente autorizados (§7º).

Por fim, cite-se o artigo 45 que estabeleceu sujeição das instituições financeiras à intervenção do Banco Central e a um processo de liquidação extrajudicial, proibindo esses agentes de assumir processos de concordata.

## II.

Desse contexto legal acima, seguidamente, em 1965, por meio da lei 4.728<sup>46</sup>, foi complementada a disciplina legal sobre o mercado financeiro com dispositivos específicos acerca do mercado de capitais.

De tal sorte, foram fixadas diretrizes relacionadas à conduta de instituições financeiras no mercado de capitais e normas acerca dos títulos e valores mobiliários. Nesse sentido, a exemplo da já citada lei 4.595/64, fala-se da preponderância do Conselho Monetário Nacional e da fiscalização do Banco Central do Brasil junto a operações envolvendo títulos e valores mobiliários tanto em negociação em bolsas de valores como em balcão.

Ainda, destaque-se, é apresentada uma preocupação essencial do legislador no combate de fraudes nessas operações; as quais podem atingir toda ordem econômica na sua dinâmica de oferta e demanda de moeda e bens. Ora, o inciso III do artigo 2º bem coloca junto aos objetivos dessa regulamentação e fiscalização<sup>47</sup>:

III – evitar modalidades de fraude e manipulação destinadas a criar condições artificiais da demanda, oferta ou preço de títulos ou valores mobiliários distribuídos no mercado.

Mais a frente, quanto às competências do Banco Central nessa matéria, veja que o legislador fez uso de uma linha lógica de raciocínio. Tomando por base o artigo 3º, veja que ele fala de fiscalização das bolsas de valores (inc. I), das sociedades

---

<sup>46</sup> “A Lei n. 4.728 veio redefinir as funções dos bancos comerciais e das sociedades de crédito e financiamento, bem como definir o papel de novas instituições: o dos bancos de investimento, o das sociedades de investimento, o das sociedades de crédito imobiliário etc. Optou-se pela separação de funções entre os bancos comerciais (créditos de curto prazo), as sociedades de crédito e financiamento (crédito de médio prazo), os bancos de investimento (recursos de longo prazo) e das sociedades seguradoras (proteção contra riscos).” CASTILHO, p.99.

<sup>47</sup> “Acentue-se que um dos objetivos essenciais da lei é garantir o correto funcionamento do mecanismo do mercado e a regular formação dos preços.” PEDRAZZI, p. 261.

corretoras e de investimentos (inc. II) e das operações das instituições financeiras ligadas a títulos e valores mobiliários (inc. III), terminando por levantar dois dispositivos centrais, sendo o segundo extremamente moderno ligado às chamadas informações privilegiadas:

VIII – fiscalizar a observância das normas legais e regulamentares relativas à emissão, ao lançamento, à subscrição e à distribuição de títulos ou valores mobiliários colocados no mercado de capitais;

X – fiscalizar a utilização de informações não divulgadas ao público em benefício próprio ou de terceiros, por acionistas ou pessoas que, por força de cargos que exerçam, a elas tenham acesso.

Nesse processo de investigação, como já havia ficado consignado no diploma legal anterior, fica reservado ao Banco Central o livre direito de examinar a documentação de instituições financeiras e de exigir a prestação de informações e esclarecimentos que entender necessários (artigo 4º) – “*poderes extraordinários de indagação*”<sup>48</sup>. Contudo, como é destacado no parágrafo primeiro desse mesmo artigo, nesse processo, nenhuma sanção pode ser imposta pelo BACEN sem reservar ao interessado um prazo de 30 (trinta) dias para se manifestar, podendo ser interrompido ao pedido de informações ou documentos suplementares; sanções constantes da já citada lei 4.595. Oportunidade, como bem é apresentado, que o BACEN oficiará ao Ministério Público para instauração de inquérito policial caso tomar conhecimento de crime definido em lei como de ação pública<sup>49</sup>.

Inobstante esses poderes do Banco Central, lembre-se, como consta do artigo 7º, que é reservada competência ao Conselho Monetário Nacional de estabelecer

<sup>48</sup> PEDRAZZI, p. 262.

<sup>49</sup> Artigo 4º: § 1º Nenhuma sanção será imposta pelo Banco Central, sem antes ter assinado prazo, não inferior a 30 (trinta) dias, ao interessado, para se manifestar, ressalvado o disposto no § 3º do art. 16 desta Lei. § 2º Quando, no exercício das suas atribuições, o Banco Central tomar conhecimento de crime definido em lei como de ação pública, oficiará ao Ministério Público para a instalação de inquérito policial. § 3º Os pedidos de registro submetidos ao Banco Central, nos termos dos arts. 19 e 20 desta Lei, consideram-se deferidos dentro de 30 (trinta) dias da sua apresentação, se nesse prazo não forem indeferidos. § 4º A fluência do prazo referido no parágrafo anterior poderá ser interrompida uma única vez, se o Banco Central pedir informações ou documentos suplementares, em cumprimento das normas legais ou regulamentares em vigor. § 5º Ressalvado o disposto no § 3º, o Conselho Monetário Nacional fixará os prazos em que o Banco Central deverá processar os pedidos de autorização, registro ou aprovação previstos nesta Lei. § 6º O Banco Central fará aplicar aos infratores do disposto na presente lei as penalidades previstas no capítulo X da Lei n. 4.595, de 31 de dezembro de 1964.

normas gerais e específicas como aquelas junto às espécies de operações admitidas nas Bolsas (métodos e práticas) e às responsabilidades das sociedades corretoras (inciso III), além daquelas destinadas a “evitar ou reprimir manipulações de preços e operações fraudulentas” (inciso V)<sup>50</sup>. Competência que também atinge as chamadas “condições de idoneidade, capacidade financeira e habilitação técnica” de administradores e responsáveis por instituições financeiras (inciso III, artigo 10).

Enfim, na altura de 84 (oitenta e quatro) artigos, a lei 4.728/65 criou uma disciplina praticamente exaustiva acerca do funcionamento do mercado de capitais que atinge, inclusive, as primeiras linhas do que hoje se conhece pela chamada alienação fiduciária em garantia. A chamada transferência ao credor de domínio resolúvel a posse indireta de coisa móvel alienada até o cumprimento de responsabilidades e encargos por parte do devedor contratante (artigo 66).

Diversos dispositivos, dessa forma, que merecem um estudo mais específico e que, a exemplo do normativo anterior, dão sinais da disciplina criminal em matéria de sistema financeiro. Ora, os artigos 73 e 74 desta lei falam em condutas criminosas, sujeitas a reclusão de 1 (um) a 4 (quatro) anos, a “criação” de valores mobiliários sem a devida autorização dos obrigados direitos (art. 73) e a “colocação” no mercado desses valores falsos (art. 74).

Nesse entendimento, note que já na década de 60 ficaram instituídos pontos centrais de normatização do mercado de capitais; todavia, com o tamanho que assumiu esse mercado ao longo dos anos, foi necessário criar um novo órgão de condução de todos os processos relacionados aos valores mobiliários. De tal maneira, com a lei 6.385/76, foi criada a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e foram especificados diversos dispositivos relacionados a essa matéria; razão porque, naturalmente, na esteira dinâmica da própria lei 6.404/76 sobre as sociedades por ações, com os anos, a disciplina de valores mobiliários surtiu repetidos acréscimos. Enfim:

Compreende-se pois como os legisladores tenham se compenetrado da necessidade de submeter o mercado de títulos à autoridade de órgãos administrativos, compostos de especialistas na matéria e dotados de amplos

---

<sup>50</sup> “Naquilo que concerne mais particularmente à prevenção das práticas ilícitas, a lei reproduz o conceito norte-americano de *manipulation*.” PEDRAZZI, p. 262.

poderes de investigação, aos quais se atribuiu a função de elaborar e de impor ao mercado regulamentação específica que não poderia ser encontrada em textos legislativos, de fiscalizar sua observância e de investigar a respeito de suas violações.

Modelo do gênero é fornecido pela SEC (*Security and Exchange Commission*), instituída nos Estados Unidos pelo *Securities Exchange Act*, de 1934, com amplas funções, tanto de regulamentação quanto de investigação, e com o poder de aplicar ela própria sanções administrativas e, se for o caso, de provocar o exercício da ação penal [...].<sup>51</sup>

Surgiram, na esteira de competência da CVM, uma série de novas figuras do mercado financeiro como o mercado de derivativos (inciso III, do artigo 1º, da lei 6.385/76) – mercado de contratos baseados em produtos derivados do mercado real e do mercado financeiro. Enfim, o próprio termo valores mobiliários surtiu um elastecimento significativo das tradicionais ações, debêntures e bônus de subscrição para outras oito previsões (incisos II – IX do artigo 2º) de criação do mercado.

Todas novas previsões legislativas que, inobstante a incipiente chancela da Comissão de Valores Mobiliários, ficaram sujeitas a uma política financeira por parte do Conselho Monetário Nacional (CMN). Ora, o artigo 3º fala da definição de uma política de funcionamento do mercado de valores mobiliários, fala também de regulação do crédito e, principalmente, da orientação e das diretrizes de atuação da própria CVM. Ou seja, junto ao mercado de valores mobiliários, administrativamente, duas atribuições principais do CMN devem ser citadas: a garantia de acesso a informações (inc. VI, art. 4º) e a garantia de observância de “*práticas comerciais eqüitativas*” (inc. VII, art. 4º).

Destaque-se, ainda acerca da CVM, que ela foi instituída como “*entidade autárquica em regime especial, vinculada ao Ministério da Fazenda, com personalidade jurídica e patrimônio próprios*” (artigo 5º). Sendo-lhe delegadas funções eminentemente técnicas que, noutro lado, não excluíram poderes para promover administrativamente a coleta de documentos e registros contábeis como, mesmo, para intimar pessoas competentes a prestar informações sob pena de multa (inc. II, art. 9º). Ficando expresso, dentre outras disposições, o poder para “*apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não eqüitativas... dos*

*participantes do mercado*” (inc. V, art. 9º). Poderes dos quais decorre a possibilidade de imposição de diversas infrações<sup>52</sup> em se tratando de condutas fraudulentas envolvendo o mercado de valores mobiliários; poder disciplinar estendido para dentro, inclusive, dos órgãos de negociação de valores mobiliários como bolsas de valores, bolsas de mercadorias e futuros e mercados de balcão organizados. Lembrando, a esse fim, que, em âmbito judicial, qualquer matéria de competência da CVM exige sua intimação para prestar parecer ou esclarecimento (art. 31) e que as multas impostas pela CVM na esfera administrativa assumem eficácia de título executivo (art. 32).

Alguns autores bem comentam que *“alguns aspectos dessa complexa regulamentação parecem especialmente destinados a substituir, com uma ação preventiva, a função repressiva das normas penais das quais nos ocupamos”*.<sup>53</sup>

De tal forma, junto à competência da CVM, ficou criado uma espécie de regime tríplice de apuração administrativa em matéria de mercado financeiro; trazendo ao BACEN matérias sobre a gestão de instituições financeiras e matérias do mercado de capitais para a CVM, ficando reservado ao CMN uma disciplina recursal e uma espécie de competência subsidiária e geral.

Nesse regime, quanto às atribuições da CVM junto ao mercado de capitais, observe que uma alteração legislativa proporcionada pela lei 10.303/2001, propiciou um novo desmembramento da tutela criminal com a criação dos chamados crimes contra o mercado de capitais. Crimes genericamente do mercado financeiro e da ordem econômica como um todo.

Ora, do que merece destaque ao presente estudo, foram três os tipos penais então disciplinados: manipulação do mercado, uso indevido de informação privilegiada e exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função. Todos delitos que, afora

---

<sup>51</sup> PEDRAZZI, p. 259.

<sup>52</sup> Artigo 11: I - advertência; II - multa; III - suspensão do exercício do cargo; IV - inabilitação temporária, até o máximo de vinte anos, para o exercício dos cargos referidos no inciso anterior; V - suspensão da autorização ou registro para o exercício das atividades de que trata esta Lei; VI - cassação de autorização ou registro, para o exercício das atividades de que trata esta Lei; VII - proibição temporária, até o máximo de vinte anos, de praticar determinadas atividades ou operações; VIII - proibição temporária, até o máximo de dez anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de valores mobiliários.

imposição de penas, recebem a cominação de multas “*em razão do dano provocado ou da vantagem ilícita auferida pelo agente*” (art. 27-F). A lei bem apresenta:

#### Manipulação do Mercado

Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas, com a finalidade de alterar artificialmente o regular funcionamento dos mercados de valores mobiliários em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, no mercado de balcão ou no mercado de balcão organizado, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiros:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime.

#### Uso Indevido de Informação Privilegiada<sup>54</sup>

Art. 27-D. Utilizar informação relevante ainda não divulgada ao mercado, de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo, capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, com valores mobiliários:

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

#### Exercício Irregular de Cargo, Profissão, Atividade ou Função

Art. 27-E. Atuar, ainda que a título gratuito, no mercado de valores mobiliários, como instituição integrante do sistema de distribuição, administrador de carteira coletiva ou individual, agente autônomo de investimento, auditor independente, analista de valores mobiliários, agente fiduciário ou exercer qualquer cargo, profissão, atividade ou função, sem estar, para esse fim, autorizado ou registrado junto à autoridade administrativa competente, quando exigido por lei ou regulamento:

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

Com efeito, note quanto às duas primeiras hipóteses o alto teor de subjetividade de descrição dos tipos – o que denota alta dificuldade no enquadramento e comprovação das condutas – e observe o grande intervalo de fixação da pena; duas características essenciais distantes da alta objetividade do terceiro tipo e da facilidade de comprovação da conduta. De outro lado, ainda, observe nas duas primeiras hipóteses uma iniciativa do legislador que vai de encontro com os desejos e demanda do mercado e também vai de encontro com ações promovidas atualmente no que diz respeito à transparência do mercado de capitais e o combate de fraudes tanto junto à Comissão de Valores Mobiliários como junto às próprias bolsas de capitais e de mercadorias e futuros como forma de incrementar as negociações.

<sup>53</sup> PEDRAZZI, p. 260.

<sup>54</sup> “Os insiders, e antes de mais nada os que desempenhem encargos sociais, podem desfrutar de notícias relativas ao andamento da sociedade e às suas perspectivas, das quais tomam conhecimento antes de qualquer outro.” PEDRAZZI, p. 235.

### III.

Mais a frente, nessa linha histórica de desenvolvimento do mercado financeiro, dentro da normatização então formada na década de 60, foi editada a lei 6.024/74 como regime de intervenção e liquidação extrajudicial de instituições financeiras. Ora, dentro da importância então reconhecida da atuação dos agentes do mercado financeiro e do comprovado impacto no sistema econômico-social, formou-se um consenso de que as instituições financeiras não poderiam sujeitar-se a um regime geral de falências e concordatas então instituído pelo Decreto-Lei 7.661/45. Este regime, distintamente dos objetivos pregados atualmente em reformas legislativas, tende a uma proteção estritamente de ordem privada direcionada para credores; o que não se poderia admitir para o caso da ordem econômica junto ao sistema financeiro.

No sistema financeiro, as relações, ainda que bilaterais, têm uma repercussão em cascata para toda a sociedade, para toda a ordem econômica; e, além disso, têm como principal característica a fidúcia, a confiança. O sistema monetário nacional operacionalizado no sistema financeiro, apesar de ser tutelado pelo CMN, pelo BACEN e pela CVM, desenvolve-se autonomamente criando uma rede de relações envolvendo, basicamente, um só tipo de operação: a compra e venda de dinheiro, a dicotomia juros e risco.

De tal sorte, mediante certas regras, os ativos circulam virtualmente livremente sem qualquer tipo de lastro físico integral, mediante obrigações recíprocas que se entrelaçam de uma forma que o rompimento de um dos elos pode ocasionar uma verdadeira catástrofe na ordem econômica e na sociedade, o chamado efeito em cascata. Imagine que certa instituição financeira conceda crédito excessivo a certo cliente sem as devidas margens de segurança; imagine, também, que paralelamente, um grande número de correntistas dessa instituição decidam dispor dos seus depósitos e que, nesse sentido, não haja recursos disponíveis. Agora pense que esses clientes lesados sejam empresas que não consigam manter mais suas atividades econômicas ou que sejam pessoas físicas que demandem os valores para necessidades cotidianas; enfim, um verdadeiro caos no sistema.



Numa outra análise, já realizando uma ponte, note que apesar da observação de certas margens de segurança, o sistema financeiro não se apresenta como espelho do mercado real. Ora, nesse sistema existe o chamado efeito multiplicador dos depósitos por meio do crédito, fazendo com que inexista possibilidade de resgate simultâneo dos depositantes ou disponibilidade simultânea de valores por parte dos devedores, o que faz do principal elemento de sustentabilidade do sistema a chamada fidúcia, a confiança dos agentes. Observe, numa história recente, dois casos clássicos de rompimento do sistema ocasionados por este chamado efeito “manada” de busca imediata de recursos físicos. Um primeiro junto ao extinto Banco Econômico, ainda que se fale de outras instituições que quebraram devido a efeitos parecidos – como Bamerindus e Nacional –, e um segundo junto ao chamado “coralito” argentino, uma alusão à fuga de gado por um pequeno funil.

Motivos estes porque o cuidado com as instituições financeiras foi incrementado com o passar dos anos, tendo como principal figura esta lei 6.024/74 sobre liquidação extrajudicial. Uma disciplina que ocasiona grandes brigas judiciais acerca de uma matéria que envolve um conteúdo técnico gigantesco.

Sobre esse diploma, por decorrência do presente estudo, destaca-se junto à tutela da ordem econômica fatores recorrentes para aplicações criminais, sem desmerecer a totalidade desse tema. Primeiramente, veja que este processo de liquidação extrajudicial se dá de ofício pelo Banco Central do Brasil ou a requerimento dos administradores da instituição (artigo 3º); ainda, veja que os motivos encontram-se analogicamente na lei de falência constituindo-se em má-administração e descumprimento da legislação bancária o que, independentemente, pode ocasionar efeitos criminais. Fala o artigo 15 de “*ocorrências que comprometam sua situação econômica ou financeira*”, de violações de “*normas legais e estatutárias que disciplinam a atividade da instituição, bem como as determinações do CMN ou do BACEN*” e de “*prejuízo que sujeite a risco anormal*” credores.

Nesse sentido, tem-se um amplo procedimento administrativo sob tutela do Banco Central, o que deixo de analisar, do qual se extrai dois dispositivos que não podem ser esquecidos no estudo de matéria criminal:

Art. 31. No resguardo da economia pública, da poupança privada e da segurança nacional, sempre que a atividade da entidade liquidanda colidir com os interesses daquelas áreas, poderá o liquidante, prévia e expressamente autorizado pelo Banco Central do Brasil, adotar qualquer forma especial ou qualificada de realização do ativo e liquidação do passivo, ceder o ativo a terceiros, organizar ou reorganizar sociedade para continuação geral ou parcial do negócio ou atividade da liquidanda..

Art . 32. Apurados, no curso da liquidação, seguros elementos de prova, mesmo indiciaria, da prática de contravenções penais ou crimes por parte de qualquer dos antigos administradores e membros do Conselho Fiscal, o liquidante os encaminhará ao órgão do Ministério Público para que este promova a ação penal.

Ora, junto ao primeiro dispositivo, observe o amplo poder de cautela administrativa que decorre do liquidante – matéria de ampla significância técnica que admite poucas ponderações do judiciário. Noutra ponta, observe que ao mesmo liquidante é depositado o dever de encaminhar ao Ministério Público possíveis indícios envolvendo a prática de contravenções penais ou crimes por parte dos administradores e responsáveis pelas respectivas instituições financeiras. Dados que não podem ser esquecidos.

Nessa mesma tônica, como decorrência da lei 9.447/97, como preocupação estatal para com a efetiva punição de responsáveis e co-responsáveis no sistema financeiro e na ordem econômica, observe a inserção de instrumentos que permitem o endurecimento de aparatos de punição patrimonial. Logo ao artigo 36<sup>55</sup> – dispositivo atualizado –, note a indisponibilidade de bens dos administradores de instituições financeiras em processo de liquidação; também, já no artigo 40<sup>56</sup>, a solidarização de obrigações assumidas. Elementos intrinsecamente associados não do simples processo de saneamento das instituições, mas sim na investigação de todo os procedimentos que deram causa, o que também fica relacionado com o processo de instrução penal:

---

<sup>55</sup> Art. 36. Os administradores das instituições financeiras em intervenção, em liquidação extrajudicial ou em falência, ficarão com todos os seus bens indisponíveis não podendo, por qualquer forma, direta ou indireta, aliená-los ou onerá-los, até apuração e liquidação final de suas responsabilidades.

<sup>56</sup> Art. 40. Os administradores de instituições financeiras responderem solidariamente pelas obrigações por elas assumidas durante sua gestão até que se cumpram.

Art. 41. Decretada a intervenção da liquidação extrajudicial ou a falência de instituição financeira, o Banco Central do Brasil procederá a inquérito, a fim de apurar as causas que levaram a sociedade àquela situação e a responsabilidade de seus administradores e membros do Conselho Fiscal.

#### IV.

Terminando, todavia, essa breve exposição sobre diplomas eminentemente de cunho cível — que não devem ser desmerecidos nesse trabalho pela importância na consolidação de um sistema administrativo que pudesse fornecer dados para coerção penal —, passo para os dois normativos puramente criminais: a lei 7.492/86 e a lei 9.613/98; ainda que reserve, inicialmente, menção ao Código Penal e a certos aspectos da lei 1.521/51.

Ora, antes de adentrar numa leitura estrutural da lei sobre “os crimes do sistema financeiro” e sobre a lei sobre “lavagem de capitais”, importante salientar que já em 1951, com a edição da lei dos crimes contra a economia popular, o legislador fez menções ao sistema financeiro. Fez referências flagrantes à já citada criminalidade financeira quanto a problemas de gestão fraudulenta.

Observe, no entanto, que um cuidado na aplicação desses dispositivos como um cuidado na análise deve ser reservado haja vista que a edição dessa lei foi anterior ao real amadurecimento do sistema financeiro no contexto pós ditadura militar (1964), quando certos preceitos cíveis se moldaram acerca dessa matéria. O que não deixa de desmerecer os dispositivos abaixo, mas que pode surtir discussões, quanto à coalizão de leis, sobre vigência legislativa. De toda forma, transcrevo:

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

IX - gerir fraudulenta ou temerariamente bancos ou estabelecimentos bancários, ou de capitalização; sociedades de seguros, pecúlios ou pensões vitalícias; sociedades para empréstimos ou financiamento de construções e de vendas e imóveis a prestações, com ou sem sorteio ou preferência por meio de pontos ou quotas; caixas econômicas; caixas Raiffeisen; caixas mútuas, de beneficência, socorros ou empréstimos; caixas de pecúlios, pensão e aposentadoria; caixas construtoras; cooperativas; sociedades de economia coletiva, levando-as à falência ou à insolvência, ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados;

X - fraudar de qualquer modo escriturações, lançamentos, registros, relatórios, pareceres e outras informações devidas a sócios de sociedades civis ou comerciais, em que o capital seja fracionado em ações ou quotas de valor nominativo igual ou inferior a um mil cruzeiros com o fim de sonegar lucros, dividendos, percentagens, rateios ou bonificações, ou de desfalcar ou de desviar fundos de reserva ou reservas técnicas.

Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

Sobre esses dispositivos, observe que são de dois tipos de delitos relacionados ao mercado, um primeiro (inc. IX)<sup>57</sup> que trata da gestão fraudulenta das instituições e um segundo (inc. X) que trata das fraudes em sistemas de registros e operações financeiras.

Quanto a essa gestão irregular, note que o legislador não fala no gênero instituições financeiras, mas sim apresenta um *hall* bastante extenso das que seriam as sociedades financeiras, com espécies correntes para a época mas desmerecidas na legislação financeira da década de 60, como por exemplo caixas de pensões e aposentadorias e caixas construtoras – nomes sempre ligados à atividade econômica desenvolvida. Também observe, junto a essa previsão, que o legislador fala de insolvência e falência – termo empregado anteriormente ao diploma sobre liquidação extrajudicial – e também insere a idéia de descumprimento contratual, o que, destaque-se, pode inserir essa tipicidade a um universo de situações bastante extenso. Veja, assim, que as fraudes não direcionadas para insolvência não eram punidas, diferentemente, como será visto, quanto à lei 7.492/86; veja, todavia, que a simples idéia de descumprimento contratual abre um preceito perigoso à chamada segurança jurídica.

No entanto, de qualquer forma, note que o inciso IX foi bastante revolucionário para a época e se apresenta como um resquício da administração getulista de planos de desenvolvimento junto à necessidade de captação de recursos e poupança externa.

Numa segunda abordagem, acerca dos registros e operações financeiras do inciso décimo, note que a previsão tem duas significâncias, uma de fraude em relatórios contábeis para acobertamento de resultados e lucros e uma segunda na idéia de fraude de informações com o objetivo de desfalque ou desvio de valores. Assim, num primeiro caso, veja que a idéia de fraude de registros é bastante ampla e tende a

---

<sup>57</sup> “...norma penal que se presta a reprimir os abusos patrimoniais cometidas na gestão da sociedade ou empresa...”. PEDRAZZI, p. 187.

contemplar muitas situações, diferentemente da inserção da idéia de dissimulação de registros com fins a realizar desvios. Postura legislativa que merece críticas, ainda mais tratando de uma mesma cominação penal. A propósito, uma larga variação de pena, de 2 (dois) a 10 (dez) anos, sob valores bastante altos até mesmo para uma análise de política criminal da atualidade, principalmente para simples questões de fraudes em relatórios. Mesmo assim, para efeitos ilustrativos, veja que essa tipicidade – de vigência discutida frente à lei 7.492/86 – poderia atingir hipoteticamente a negligência de algumas instituições no episódio de marcação a mercado de fundos de renda fixa no ano de 2002<sup>58</sup>.

Ainda nesse mesmo normativo, quanto ao artigo 4º, note uma previsão intimamente ligada ao chamado direito canônico. Previsão do chamado crime de usura que, em certa análise, poderia inserir-se como crime do sistema financeiro mas que, em decorrência de uma abordagem jurisprudencial que remete a competência para justiça estadual próximo ao que seria crime contra as relações de consumo, deve ser desmerecido nos limites desse trabalho. No entanto, sem desmerecer esse normativo, rapidamente, pode-se dizer que a inserção da criminalidade à chamada usura ou lucro patrimonial excessivo é em si uma produção cultural católica que, no ano de 1951, restou implantada no ordenamento normativo; algo impensável para dias atuais e mesmo de vigência discutível em face da posterior ordem jurídica.

Note, assim, que a discussão envolvendo a Constituição Federal de 1988 e seu discutido artigo 192<sup>59</sup>, especificamente à chamada taxa de juros da economia,

---

<sup>58</sup> Momento histórico, em função de período eleitoral, de larga desvalorização dos títulos de renda fixa da dívida brasileira no mercado secundário – de venda antes do vencimento – que não era expresso nas cotas dos fundos, que mantinham os valores de vencimento dos títulos; o que se tratava de uma dissimulação de registros que poderia reverter em prejuízo dos cotistas caso muitos credores resolvessem resgatar suas parcelas provocando venda efetiva no mercado secundário. Episódio, ressalve-se, de erro técnico do Banco Central na condução de suas normas e de negligência por parte das instituições no trato com seus fundos, provocando, por fim, ao momento da regularização do sistema, perdas significativas que já deveriam ter sido implantadas nos relatórios.

<sup>59</sup> Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, será regulado em lei complementar, que disporá, inclusive, sobre: (...) §3º As taxas de juros reais, nelas incluídas comissões e quaisquer outras remunerações direta ou indiretamente referidas à concessão de crédito, não poderão ser superiores a doze por cento ao ano; a cobrança acima deste limite será conceituada como crime de usura, punido, em todas as suas modalidades, nos termos que a lei determinar.

apresenta uma remota previsão legal. Importante, também, destacar que o parágrafo terceiro desse artigo abaixo insere efeitos cíveis no que diz respeito ao ajustamento pelo juízo da taxa de juros para o nível legal e, em caso necessário, a determinação de restituição de quantia paga em excesso; algo como as correntes revisões contratuais em nosso ordenamento. Dispositivo do artigo 4º que não se foge da idéia entorno de ordem econômica e se aproxima do direito do consumidor junto à justiça estadual. Cito:

Art. 4º. Constitui crime da mesma natureza a usura pecuniária ou real, assim se considerando:

- a) cobrar juros, comissões ou descontos percentuais, sobre dívidas em dinheiro superiores à taxa permitida por lei; cobrar ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira; ou, ainda, emprestar sob penhor que seja privativo de instituição oficial de crédito;
- b) obter, ou estipular, em qualquer contrato, abusando da premente necessidade, inexperiência ou leviandade de outra parte, lucro patrimonial que exceda o quinto do valor corrente ou justo da prestação feita ou prometida.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de cinco mil a vinte mil cruzeiros.

§ 1º. Nas mesmas penas incorrerão os procuradores, mandatários ou mediadores que intervierem na operação usuária, bem como os cessionários de crédito usurário que, cientes de sua natureza ilícita, o fizerem valer em sucessiva transmissão ou execução judicial.

§ 2º. São circunstâncias agravantes do crime de usura:

- I - ser cometido em época de grave crise econômica;
- II - ocasionar grave dano individual;
- III - dissimular-se a natureza usurária do contrato;
- IV - quando cometido:

- a) por militar, funcionário público, ministro de culto religioso; por pessoa cuja condição econômico-social seja manifestamente superior à da vítima;
- b) em detrimento de operário ou de agricultor; de menor de 18 (dezoito) anos ou de deficiente mental, interditado ou não.

§ 3º. A estipulação de juros ou lucros usurários será nula, devendo o juiz ajustá-los à medida legal, ou, caso já tenha sido cumprida, ordenar a restituição da quantia para em excesso, com os juros legais a contar da data do pagamento indevido.

V.

Nessa mesma apreciação legal que precede as leis 7.492/86 e 9.613/98, observe, como já foi colocado, que também consta uma interpretação extensiva de dois delitos do Código Penal<sup>60</sup>, a apropriação indébita e o estelionato:

Apropriação Indébita

<sup>60</sup> “A existência de uma lei especial que prevê os crimes contra a economia popular não exclui que no código penal também se encontrem normas que tutelem a economia nacional.” PEDRAZZI, p. 21.

Art. 168. Apropriar-se de coisa alheia móvel, de que tem a posse ou a detenção:

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

Estelionato

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

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Ora, a jurisprudência já pacificou entendimento que, como coisa móvel, os valores monetários que são apropriados por terceiros mediante posse ou detenção constituem-se ao delito de apropriação indébita<sup>61</sup> a exemplo de situações ocorridas no mercado real da economia. No mesmo sentido, a idéia de obtenção de vantagem ilícita mediante artifícios ou indução em erro é, também no mercado monetário, característica do estelionato no sistema financeiro. Distinção das duas pois na apropriação “*o dolo é subsequente à posse*” e no estelionato “*é antecedente (STF, RTJ 83/287; TACrSP, RT 547/354)*”<sup>62</sup>.

Duas hipóteses, assim, com uma carga significativa de abstração que, na verdade, restaram incorporadas como crimes no sistema financeiro por uma decorrência legislativa da lei 7.492/86 como será visto. Estas hipóteses têm uma relação íntima para com os artigos 5º e 6º desse diploma; não havendo registros doutrinários da aplicação ao sistema financeiro desses tipos do código penal anteriormente a 1986.

## VI.

A lei 7.492 de 18 de junho de 1986<sup>63</sup>, nesse sentido, sem dúvida, fez contribuições inegáveis à disciplina criminal do sistema financeiro e, como já foi abordado, pretendeu realizar uma espécie de codificação desses crimes. Tentativa que restou desmerecida frente a outros tantos dispositivos anteriores como, principalmente,

<sup>61</sup> “Em caso de agente responsável por instituição do Sistema Financeiro Nacional, veja Lei nº 7.492/86.” DELMANTO, Celso. **Código penal comentado**. 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991. p. 296.

<sup>62</sup> DELMANTO, p. 298.

<sup>63</sup> “a presente lei define os crimes – condutas humanas que lesam ou expõem a perigo um bem juridicamente tutelado ou um fato típico e ilícito – contra o Sistema Financeiro Nacional.” SILVA, Antônio Carlos Rodrigues. **Crimes do colarinho branco: comentários à Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999. p. 23.

frente a normativos supervenientes. Ora, poderia-se em certa análise até afirmar que o trato desse normativo para com o sistema financeiro haveria revogado as disposições da lei 1.521/51 (item IV) como bem mesmo sobreposto previsões criminais sobre liquidação de instituições financeiras (item III); contudo, em nenhuma análise, poderia-se afirmar que esse normativo abrange disposições criminais especificamente para com o mercado de capitais (item II) ou mesmo disposições para com a chamada lavagem de capitais (item VII).

A disciplina criminal do mercado de capitais é peculiar e, dentro de seu contexto, foi criada e moldada nos parâmetros da lei 10.303/2001 que inovou na apresentação de três tipos penais: manipulação do mercado, uso indevido de informação privilegiada e exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função. No mesmo sentido, na trilha do direito comparado, a lei 9.613/98 instituiu um regime jurídico sobre o chamado crime de lavagem de dinheiro.

Assim, a expressão do presente normativo (lei 7.492/86) de “crimes contra o Sistema Financeiro Nacional” é indevida, prova objetiva para tal é a epígrafe da própria lei de lavagem no sentido “prevenção da utilização do sistema financeiro para os ilícitos previstos nesta Lei...”.

Sendo esclarecida essa questão, a respeito desse normativo em foco, pode-se dizer que o legislador fez uso de uma divisão tripartida, sendo a parte inicial dedicada a uma conceituação, a segunda parte dedicada à tipicidade e terceira ao procedimento. Relembrando que os dois últimos temas serão abordados mais tecnicamente no próximo capítulo, interessante fazer uma análise acerca dos conceitos e, após, realizar uma leitura normativa geral.

Nesse entendimento, primeiramente transcrevo a definição de instituição financeira<sup>64</sup> perante essa lei, extensamente repetida da já citada lei nº 4.595/64:

Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou

---

<sup>64</sup> “Pode-se definir o SFN como o conjunto de órgão, entes e pessoas jurídicas de direito público e privado que integra, formando um todo complexo a perseguir a aproximação entre a oferta e a procura de capitais, com a missão de facultar o acesso aos recursos indispensáveis a toda sorte de empreendimentos”. SILVA, Antônio Carlos Rodrigues. p. 24.



acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança, ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma *eventual*.

Ora, observe que o legislador teve o cuidado de equiparar ao conceito tanto pessoas jurídicas que exercem atividades financeiras atípicas a exemplo das pessoas que meramente captam recursos, como aquelas pessoas físicas que exercem atividades tal como instituição financeira.

Sobre uma segunda análise, quanto aos delitos referidos nessa lei, note que se pode classificá-los livremente em três gêneros distintos: a chamada fraude quanto à negociação em si dos ativos financeiros, a chamada gestão fraudulenta das instituições financeiras como um todo e a chamada simulação de informações ou de contabilidade financeira. Três modalidades de delitos que ensejam problemas e características amplamente distintos de investigação e instrução criminal. Um primeiro gênero de delitos mais facilmente de comprovação, um segundo gênero extensamente abstrato com um enquadramento objetivo profundamente comprometido e, finalmente, um terceiro gênero ligado a fraudes em informações que demanda um processo de investigação muito delicado e técnico. Sendo que, analisando em termos gerais essas três espécies de delitos, deve-se frisar a idéia de regularidade de todo SFN:

A despeito da lesão ao patrimônio individual que possam causar, a tônica da reprovação social está centrada na ameaça do dano que representam para o sistema financeiro, que se caracteriza como um interesse jurídico supra-individual e no qual se destacam os seguintes aspectos: a organização do mercado; a regularidade dos seus instrumentos; a confiança nele exigida e a segurança dos negócios.<sup>65</sup>

Acerca da primeira das modalidades delituosas, sobre fraudes em negociações financeiras, cito os seguintes dispositivos:

Art. 2º Imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação, sem autorização escrita da sociedade emissora, certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário:

<sup>65</sup> ARAÚJO JR., João Marcello. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. p. 146.

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem imprime, fabrica, divulga, distribui ou faz distribuir prospecto ou material de propaganda relativo aos papéis referidos neste artigo.

Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:

I - falsos ou falsificados;

II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação;

IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 8º Exigir, em desacordo com a legislação (Vetado), juro, comissão ou qualquer tipo de remuneração sobre operação de crédito ou de seguro, administração de fundo mútuo ou fiscal ou de consórcio, serviço de corretagem ou distribuição de títulos ou valores mobiliários:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consangüíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

I - em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, conceder ou receber adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo;

II - de forma disfarçada, promover a distribuição ou receber lucros de instituição financeira.

Art. 20. Aplicar, em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato, recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial ou por instituição credenciada para repassá-lo:

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

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

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

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

Sobre os dispositivos que tratam sobre gestão fraudulenta de instituições financeiras, transcrevo:

Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.

Parágrafo único. Se a gestão é temerária:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 5º Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

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

Parágrafo único. Incorre na mesma pena qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, que negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito.

Art. 9º Fraudar a fiscalização ou o investidor, inserindo ou fazendo inserir, em documento comprobatório de investimento em títulos ou valores mobiliários, declaração falsa ou diversa da que dele deveria constar:

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

Art. 13. Desviar (Vetado) bem alcançado pela indisponibilidade legal resultante de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição financeira.

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

Parágrafo único. Na mesma pena incorra o interventor, o liquidante ou o síndico que se apropriar de bem abrangido pelo caput deste artigo, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio.

Art. 14. Apresentar, em liquidação extrajudicial, ou em falência de instituição financeira, declaração de crédito ou reclamação falsa, ou juntar a elas título falso ou simulado:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre o ex-administrador ou falido que reconhecer, como verdadeiro, crédito que não o seja.

Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira:

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

Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento.

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

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

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

Art. 23. Omitir, retardar ou praticar, o funcionário público, contra disposição expressa de lei, ato de ofício necessário ao regular funcionamento do sistema financeiro nacional, bem como a preservação dos interesses e valores da ordem econômico-financeira:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

E, finalmente, acerca dos dispositivos que tratam sobre fraudes em informações e em contabilidade, apresenta-se:

Art. 3º Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira:

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

Art. 6º Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente:

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

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.

Art. 11. Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação:

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

Art. 12. Deixar, o ex-administrador de instituição financeira, de apresentar, ao interventor, liquidante, ou síndico, nos prazos e condições estabelecidas em lei as informações, declarações ou documentos de sua responsabilidade:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa

Art. 15. Manifestar-se falsamente o interventor, o liquidante ou o síndico, (Vetado) à respeito de assunto relativo a intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Art. 18. Violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários de que tenha conhecimento, em razão de ofício:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Sobre o procedimento tratado por esta lei, observe dois aspectos centrais: a responsabilização penal das instituições por meio de seus administradores e responsáveis e a forte punição pecuniária junto a valores bastante elásticos.

Acerca da primeira categoria dos crimes acima citados — fraudes em negociações financeiras — note que o intuito do legislador se encontra no descontrole monetário da economia e o eventual desvio de função desses mesmos valores. Ora, a emissão ilegal de valores monetários na economia<sup>66</sup> como mesmo a liberação irregular de crédito pode ampliar a base monetária da economia causando, não comumente, processos inflacionários e outros fenômenos; além disso, evasões de valores, como no caso de negociações ilegais cambiais, pode levar a um encolhimento da base monetária de economia, causando processos de recessão econômica, entre outros. Numa outra análise, como consignado naqueles dispositivos que reprimem o crédito desautorizado, observe que o intuito do legislador é de evitar que o crédito e os recursos da economia sejam destinados em desvio à certas funções e hipotéticas políticas econômicas governamentais; evitando, também, que esses recursos sejam liberados por critérios não técnicos ou sociais como no caso de parentescos.

Para outra análise, acerca do segundo padrão dos crimes dessa lei – gestão fraudulenta das instituições financeiras –, identifica-se previsões legais sobre o exercício sem autorização de operações e custódia financeira, sobre o desvio ou apropriação de valores financeiros, sobre dissimulação da fiscalização administrativa competente e, por fim, acerca do vocábulo estrito senso de gestão fraudulenta. Ou seja, além de deixar consignado expressamente a punição do exercício ilegal de funções financeiras, do acobertamento em relação à fiscalização financeira e do desvio de valores, para coibir um universo maior de condutas, criou-se uma idéia extremamente abstrata de gestão fraudulenta de instituições financeiras. Algo muito criticável já que, em termos práticos, para além dessas previsões expressas, é muito difícil exemplificar outras possíveis condutas fraudulentas das instituições. Insistir nesse sentido acaba, fatalmente, buscando punir operações financeiras próprias dos ofícios dessa atividade empresarial como o controle do binômio risco-segurança monetária frente a multiplicação de valores.

Tratando acerca da complicada noção acerca da idéia de gestão fraudulenta, buscando maior objetividade, existem autores que optam por distinguir a chamada gestão fraudulenta estrito senso da chamada gestão temerária. Fala-se do primeiro caso em situações como desvio de bens, simulação de despesas, emissão de título irregular, estelionato de administrador, entre outros; assim como se fala do segundo caso como aprovação de operações que violam regulamentos de risco e de limites operacionais ou mesmo o emprego de meios ruinosos<sup>67</sup>. Idéia da necessidade de maior objetividade para previsões de gestões fraudulentas que segue, a exemplo, na obra de Antônio SILVA, críticas a decisões do TRF da 1ª Região que no seu entendimento afastam do conceito delitivo e punem perante essas previsões “*condutas corriqueiras no dia-dia da atividade bancária*”<sup>68</sup>

---

<sup>65</sup> “A disposição ora vigente leva, [...], em consideração a colocação de títulos que não são falsos, mas fabricados irregularmente [...]”. PEDRAZZI, p. 277.

<sup>67</sup> SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. p. 44.

<sup>68</sup> SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. p. 45-46.

Por fim, acerca do terceiro padrão citado desses chamados crimes financeiros, note que as condutas passíveis de punição se dividem em fraudes contábeis e em fraudes quanto à divulgação de informações financeiras. Fraudes contábeis bastante objetivas e que requerem apenas discussões técnicas, na medida que fraudes nos processos de informações podem ter uma dinâmica criminal bastante estreita dependendo dos limites espaciais e temporais considerados. Idéia essa de fraudes em informações que se aproxima da idéia de falsidade ideológica:

[...] a preocupação do legislador em assegurar a integralidade e a veracidade das informações difundidas pelos órgãos sociais: é necessário evitar que um mecanismo de tutela se transforme numa insídia, ou em um instrumento de engano. O perigo vem pois representado essencialmente pela falsidade ideológica, daí recorrer-se naturalmente às sanções penais.<sup>69</sup>

Fraudes que, como observou Antônio Carlos Rodrigues da SILVA, atentam a confiabilidade do mercado na medida que podem levantar dúvidas perigosas sobre a “saúde econômico-financeira”<sup>70</sup> de instituições e do sistema como um todo; podendo afetar, ainda, o funcionamento normal da economia.

## VII.

Finalizando a análise acerca dos normativos que tratam sobre a criminalidade dentro do sistema financeiro nacional, apresenta-se a lei 9.613 de 4 de março de 1998 como uma grande inovação no ordenamento jurídico que promoveu a disciplina do chamado crime de lavagem de dinheiro. Modalidade criminosa de forte comoção econômico-social, amplamente difundida no direito comparado, que viria a complementar a legislação penal em se tratando da ordem econômica localizada no sistema financeiro nacional, na economia monetária<sup>71</sup>.

Ora, o referido normativo promoveu contribuições importantíssimas tanto na forma de investigação administrativa como nos instrumentos de persecução penal

<sup>69</sup> PEDRAZZI, p. 48.

<sup>70</sup> SILVA, Antônio Carlos Rodrigues da. p. 35.

<sup>71</sup> “...a lavagem de dinheiro é tida por boa parte da doutrina como uma categoria delitiva que atenta contra a ‘segurança da ordem econômico-financeira’. Com a criação de tipos penais especiais direcionados a combater os procedimentos de lavagem de capitais, busca-se fundamentalmente proteger a normalidade do tráfego jurídico do mundo da economia.” [grifos nossos] CERVINI, Raúl; et alli. **Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998. p. 321.

entorno da tentativa de encobrir a origem ilícita de valores. O que, positiva e negativamente, recebeu e vem recebendo holofotes da imprensa e do Ministério Público Federal; em termos positivos porque essa exposição gerou maior efetividade no combate do poder público e nas condenações e, em termos negativos, porque foi esse mesmo fenômeno que gerou arbitrariedades nos mecanismos de investigação e de instrução administrativa e criminal, desvirtuando, não comumente, os princípios do devido processo legal e da presunção de inocência.

De todo modo, deixando esses aspectos um pouco de lado, sobre as breves considerações desta temática, reitere-se que esse delito se trata de subespécie dos crimes contra o sistema financeiro – por sua vez, subespécie dos crimes contra a ordem econômica –; ainda que a lei 7.492/86, pretensamente, tenha utilizado esse mesmo título.

Trata a lei 9.613/98, originariamente, de uma das formas de repressão sobre o controle de valores monetários da economia, não reais. Controle monetário que se apresenta no Banco Central e na CVM ainda que pesem interferências de órgãos fazendários de competência arrecadatória – matéria concernente esta ao sistema tributário e a sua respectiva criminalidade. Enfim, referido normativo inserido no controle financeiro da economia, no sistema financeiro nacional que controla a entrada, a saída e a geração de valores monetários; motivo desse enquadramento.

Nesse sentido, a lei 9.613/98 deve ser analisada sob o âmbito da economia monetária ainda que a chamada lavagem de dinheiro pareça mais palpável para sociedade pela utilização da economia real como forma de consumação do *iter criminis*. Ressaltando, como será exposto, que esta consumação pode se dar também dentro do próprio sistema monetário, das próprias redes do sistema financeiro internacional; o dinheiro pode ser “lavado” em operações simuladas de financiamento e de câmbio ou via contas CC-5<sup>72</sup> – famosas pelos escândalos –, por exemplo.

---

<sup>72</sup> “[...] as contas de não-residentes no país, conhecidas por CC-5, criadas pela Carta-Circular n. 5, de 1969, para permitir que estrangeiros pudessem receber recursos do exterior e envia-los para fora do país. A partir de 1989, elas passaram a ser utilizadas ativamente pelo mercado como forma de driblar a fiscalização do Banco Central em operações irregulares com câmbio, sobretudo quando o ágio elevado do dólar em relação à cotação oficial rendia lucros. [...] Todavia, apenas em agosto de 1995 o governo

Note, dessa maneira, a exemplo da lei 7.492/86, que a proteção do bem jurídico ordem econômica na dinâmica do referido normativo ocorre por meio da preocupação com os fluxos de capitais do sistema. O controle monetário da economia torna-se essencial para coibir desequilíbrios entre os agentes financeiros e para coibir que estes valores monetários que transitam irregularmente no mercado de capitais e nas instituições financeiras terminem deformando a economia real como um todo.

De tal sorte, a idéia do recente dispositivo legal é de combater a simulação de origem de valores monetários que se dá por meio de atividades na economia real e por meio de operações fraudulentas no próprio mercado financeiro. O combate, enfim, da “legitimação” ilegal de ativos monetários; evitando a deformação de novos ciclos da própria economia.

Assim, não deve haver qualquer tipo de receio em inserir o crime de lavagem de dinheiro dentro do contexto do sistema financeiro. Como é criticável por muitos criminalistas, a reprodução descontrolada da legislação especial criminal cria muitos normativos aparentemente independentes mas que, numa análise mais firme, demonstram bem jurídicos e princípios coincidentes como é o caso das leis 7.492 e 9.613. Razão de se utilizar de uma mesma didática de análise a esses diplomas normativos que conservam características da multipolaridade capitalista em busca da coação mais intensa de operações simuladas na ordem econômica.

Nesse contexto, no estudo da lavagem de dinheiro – que é uma dessas grandes expoentes normativas do receio do capitalismo globalizado –, partindo de uma leitura histórica, interessante citar a Exposição de Motivos nº 692, de 18 de dezembro de 1996, que ensejou a tipificação desse delito na ordem normativa brasileira (*vide* SOUZA NETTO, José Laurindo de.).

---

decidiu cobrar o imposto sobre operações financeiras nessas contas, e em março de 1996 editou normas que possibilitam ao Banco Central fiscalizar a procedência dos recursos financeiros movimentados e a identificar os depositantes e beneficiários. A normatização só veio à luz após escândalo do Interbanco, em outubro de 1995, e a quebra do Banco Nacional, em fevereiro de 1996, no bojo da pressão do governo norte-americano para o combate à lavagem do dinheiro.” CASTILHO, p. 135-136.



Ora, a partir desta justificação do legislador brasileiro, resta inequívoco dizer que a caracterização da lavagem de capitais como crime nasceu no direito comparado e nos normativos de direito internacional público. Incontestável que esta jurisdicionalidade nasceu em países de economias desenvolvidas de grande complexidade institucional financeira, como os países do eixo EUA/Europa Ocidental, num período de transição vivido após a segunda guerra mundial.

No apagar das luzes da crise econômica de 1929/30, após o conflito bélico da década de 40, com a incorporação das idéias intervencionistas estatais de John Maynard Keynes, os países da Europa ocidental reergueram suas economias com a formação do chamado *Welfare State* e com uma estratégia de controle justo nos sistemas financeiros nacionais, enquanto que os EUA intensificavam seu policiamento e ações na economia monetária nacional para evitar novas crises. Assim, em meio a mudanças profundas de incremento da demanda da economia, os estados assumiram um papel ativo em garantia da saúde monetária dos sistemas; o que surtiu efeito nos sistemas administrativos e, após, nos sistemas jurídicos, com as primeiras considerações sobre a ilicitude penal-econômica caracterizada como a prática de lavanderia de valores<sup>73</sup>.

Enfim, a intervenção dos estados no gerenciamento financeiro e no controle de atividades econômicas tornou possível identificar a entrada e o trânsito de valores de origem ilícita que, por meio das mais criativas operações, passavam por um processo de lavagem. O branqueamento de dinheiro e outros ativos caracterizado na utilização de meios para ocultar a existência ou a origem e utilização ilegal de valores.

Assim, como contam os registros históricos, tanto em território norte-americano como na Europa Ocidental, apesar das diferenças capitalistas e das distinções jurídicas, desenvolveram-se dogmáticas criminais quase que idênticas em se

---

<sup>73</sup> “Nos últimos anos (principalmente na última década, uma intensa produção legislativa no plano internacional tem determinado a regulamentação da ordem econômica e a tipificação das condutas voltadas à incorporação ao sistema financeiro de bens e dinheiro de origem ilícita. Diante da insuficiência dos tipos penais tradicionais, um grande número de comportamentos foram considerados delitos, de maneira que a ‘lavagem de dinheiro’ passou a ser tratada como crime em muitos países.” CERVINI, Raúl; et alli. p. 318.

tratando de lavagem de dinheiro. O chamado Estado Liberal norte-americano incentivador da livre-iniciativa e o chamado *Welfare State* europeu remontam, dessa forma, uma larga e rigorosa produção em matéria criminal-econômica estruturada em pesados mecanismos de política criminal. Sistemática que gerou, em ambos casos, independentemente da estrutura costumeira de um e *civile* de outro, precedentes jurisprudenciais muito importantes.

Precedentes, todavia, que surgiram entorno de duas fases legislativas de combate da lavagem de dinheiro bem claras. A primeira em que essa modalidade criminosa se resumia à matéria de entorpecentes e, a segunda, quando ocorre ampliação do *hall* de matérias. Mudanças também observadas no âmbito brasileiro.

Num primeiro momento, seguindo essa tendência normativa, como prenúncio dessa disciplina criminal, foi editado o Decreto nº 154/1991 que ratificou a Convenção contra o Tráfico de Entorpecentes então realizada em 1988 em Viena<sup>74</sup>, introduzindo no ordenamento a idéia de “ocultação e encobrimento” de ativos na prática precedente do tráfico de drogas. Destaque então repetido na XXII Assembléia Geral da OEA em Bahamas em 1992 e na Cúpula das Américas em dezembro de 1994 em Miami. Previsões de direito internacional que, para muitos países como o Brasil, significavam meras tratativas e considerações de protocolos de intenção mas que, para outros tantos, já demonstrava consolidação na hipótese legislativa criminal da lavagem de capitais aplicada ao tráfico de drogas. Uma restrição de tipo então explicada pelas cifras financeiras envolvendo essa atividade e pelos flagrantes de utilização que foram contemporaneamente batizados em diversos países sob a denominação de *money laundering*<sup>75</sup>. Expressão inglesa que “leva em conta o resultado da ação”<sup>76</sup>; mesma opção de nomenclatura e critério do legislador brasileiro.

---

<sup>74</sup> “O Brasil, consciente do problema e atendendo a compromissos e pressões internacionais, também formulou uma legislação específica, seguindo a experiência de outros países e as linhas gerais traçadas pelos principais documentos internacionais (principalmente a Convenção de Viena de 1988...)” CERVINI, Raúl; et alli. p. 318.

<sup>75</sup> “O termo ‘lavagem de dinheiro’ é na verdade um neologismo próprio das últimas décadas, bastante difundido e aceito nos meios científicos e entre os especialistas que tratam da criminalidade organizada. A expressão, apesar de seu pouco rigor técnico, foi adotado pelo mundo acadêmico e pela quase totalidade das nações, gerando denominações equivalentes: ‘blaqueo de dinero’, ‘money

Nesse contexto histórico, todavia, sendo constatado que a lavagem de dinheiro não se manifestaria apenas no tráfico de entorpecentes, passa-se a um segundo momento em que se ampliam as hipóteses de ilícitos antecedentes e conexos; a exemplo do que ocorreu em menor escala com a Alemanha, a Espanha e Portugal – estes dois últimos que utilizam a expressão branqueamento de dinheiro –, e em termos mais drásticos em países como Bélgica, França, Itália, México, Suíça e Estados Unidos. Países, estes, que não enumeram ilícitos precedentes, criando uma abstração de atividades. Movimento em que o legislador brasileiro se filiou, mais brandamente, com a enumeração de certas práticas como resta justificado:

Embora o narcotráfico seja a fonte principal das operações de lavagem de dinheiro, não é sua única vertente. Existem outros ilícitos, também de especial gravidade, que funcionam como círculos viciosos relativamente à lavagem de dinheiro e à ocultação de bens, direitos e valores. (...) ... a lavagem de dinheiro constitui não apenas a etapa de reprodução dos circuitos de ilicitudes como também, e principalmente, um meio para conservar o status social de muitos de seus agentes.

Assim o projeto reserva o novo tipo penal a condutas relativas a bens, direitos ou valores oriundos, direta ou indiretamente, de crimes graves e com características transnacionais.”<sup>77</sup>

Com efeito, observe que o legislador brasileiro opta por caracterizar a lavagem de dinheiro para além do tráfico de entorpecentes sem generalizar, mas sim taxando, os crimes antecedentes. Opção, sem dúvida, que reflete a idéia de segurança jurídica e o princípio do chamado direito penal mínimo.

Para além desse aspecto, ainda, como peculiaridade do nosso ordenamento, o legislador encaixou a lavagem de dinheiro como decorrência do chamado ilícito de receptação previsto no artigo 180 do Código Penal. A lavagem como uma espécie de receptação específica para valores ou capitais decorrentes de crimes antecedentes taxativamente previstos. Aspecto, como será visto, que influi numa série de elementos da tipicidade criminal em estudo como na idéia de pena e instrução processual, misturando nesses pontos as origens clássicas do tráfico de entorpecentes.

---

lauding’, ‘geldwäscherei’, ‘blanchiment de capitaux’, ‘riciclaggio’, ‘reciclaje’, ‘branqueamento de capitais’, etc.” CERVINI, Raúl; et alli. p. 317-318.

<sup>76</sup> Exposição de Motivos nº 692, de 18 de dezembro de 1996.

<sup>77</sup> Exposição de Motivos nº 692, de 18 de dezembro de 1996.

Enfim, como ponto central do estudo, parte-se do imperativo transcrito na referida lei 9.613/98: “*Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente de crime*”.

Após, segue a restrição normativa na citação dos crimes antecedentes em sete incisos: i) narcotráfico (lei nº 6368/76); ii) terrorismo (lei nº 7170/83, artigos 8º ao 20); iii) contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção (artigo 334 do código penal e lei nº 9437/97, artigo 10); iv) extorsão mediante seqüestro (artigo 159 do código penal); v) crimes contra a Administração Pública (artigos 312 a 359 do código penal); vi) crimes contra o sistema financeiro nacional (lei nº 7492/86) e vii) crimes praticados por organização criminosa (artigo 288 do código penal).

Um *hall* que, acima de tudo, representa uma verdadeira política criminal transnacional, um objetivo das organizações supra-nacionais em coibir com mais intensidade certas práticas como, primeiramente, com o narcotráfico. Note que previsões como o terrorismo e o contrabando ou tráfico de armas fogem ao controle de estados individualmente e se assemelham por movimentar grandes somas em dinheiro; o que representa um temor inequívoco aos entes estatais e suas respectivas capacidades de controle policial-militar.

Desses incisos, ainda, destaque que a referência à extorsão mediante seqüestro e aos crimes praticados por organização criminosa visa a combater com mais intensidade também a chamada profissionalização dos ilícitos. Ora, a lavagem de dinheiro antes de ser uma nova tipicidade criminal é um meio de facilitação de punição de práticas que revelam perigos mais extensos como ilicitude precedente. Busca-se combater a sustentabilidade e reprodução de economias criminosas, busca-se combater a raiz de financiamento desses sistemas que leva, como foi colocado, a uma ofensa à ordem econômica.

Mais a frente, ainda, veja que o referido normativo deixa consignado, expressamente, como hipóteses criminosas precedentes os chamados crimes contra o

sistema financeiro previstos na lei 7.492/86 e aos chamados crimes contra a Administração Pública. Crimes transcritos na lei de 1986 que tratam da gestão fraudulenta de instituições financeiras, com já foi visto. Hipótese precedente revestida da constatação de que a geração ilegal de recursos no mercado financeiro é muito mais comum que se pensa e que, restando trabalhosa a apuração destes ilícitos, é preciso controlar com mais intensidade o acobertamento dessas somas e re-inclusão dos valores no sistema econômico.

Mesmo raciocínio que acompanha a previsão entorno dos crimes contra a administração pública. Partindo de um largo folclore nacional, verifica-se que o desvio de valores públicos e a utilização irregular da função pública gera, não comumente, enriquecimento ilícito. Assim sendo, vendo que o *animus* do agente é, em grande parte, ativos e valores, nada mais natural que realizar um bloqueio na reutilização dessas importâncias, o que, feito satisfatoriamente, pode coibir a própria prática de crimes antecedentes como o gênero improbidade administrativa nas espécies tráfico de influência, corrupção ativa, contrabando e o descaminho.

Enfim, dessa introdução acerca da lavagem de dinheiro, veja que o legislador escolhe crimes antecedentes que geram um extenso ganho patrimonial de seus agentes; ganhos que viriam a estimular a prática dessas condutas e que não seriam, anteriormente, rastreados. Eis que o legislador não haveria que enumerar como crime antecedente, por exemplo, o latrocínio, ainda que este trate de um incremento de renda de seu agente; esta hipótese nem de perto se compara com o narcotráfico e as fraudes nas instituições financeiras como rombos em orçamentos e ao erário público.

Destacando-se, desse conceito, que o descumprimento fiscal – a criminalidade tributária – não poderia de qualquer modo figurar como hipótese precedente da lavagem; isso porque, ela presume a existência de um patrimônio de titularidade do contribuinte que viria a ser retido frente aos cofres públicos. Não ocorre o fenômeno de criação de novo patrimônio, ele já é existente, motivo que não haveria porque operar os mecanismos de lavagem. Não poderia o cidadão proprietário de certa empresa ser punido arbitrariamente, além do devido não recolhimento de impostos aos cofres

públicos, pela sua suposta conduta de dissimulação de origem de capital; não teria ele porque realizar essa conduta porque presume de sua atividade econômica licitude. Sob pena dele restar inscrito duplamente em dívida ativa e restar, eventualmente, punido duplamente pelo não recolhimento de valores. Mesmo assim, como vêm julgando os tribunais, quando se verifica que a lavagem de dinheiro envolve também a sonegação de tributos, opera-se não concurso aparente e sim concurso material (TRF4ª, ACR nº 1999.71.03.001155-3).

De tal forma, estando fixada a tipicidade em estudo, a lei 9.613/98 passa a dispor ao fim de seu artigo 1º acerca da pena aplicável com a modalidade reclusão nos limites de três a dez anos, somados a multa. Parâmetros decorrentes do tráfico de entorpecentes que, historicamente, ensejou o tipo criminal de lavagem de dinheiro. Parâmetros, como se observa, substancialmente elastecidos, privilegiando ampla apreciação e convencimento judicial nas causas de aumento e diminuição de pena.

Pena, como fica consignado no texto da lei, que também é estendida para outras condutas acessórias no processo de lavagem de valores tais como: conversão, aquisição, receptação, troca, negociação, dação ou receptação em garantia, guarda, depósito, movimentação e transferência de bens, direitos ou valores. Todas práticas acessórias de lavagem proveniente dos crimes antecedentes taxativamente citados anteriormente. Ampla citação verbal que tem o cunho, mais do que punir intensamente co-autores e partícipes, de evitar uma fuga dos autores da culpabilidade central por um eventual preciosismo de ordem lingüística. Assim, ainda que possa parecer equivocado ou injusto, o referido normativo opta por uma penalização mais simétrica para garantir a punição dura dos autores, de 3 a 10 anos.

Opta o legislador também em equiparar a conduta de importação e de exportação de bens com valores inexatos na referida pena. Isso porque, a lavagem de dinheiro, não comumente, opera-se com mecanismos de comércio exterior aparentemente inocentes como este. O que, noutra análise, pode levar a uma punição desproporcional de certos agentes econômicos que, subjetivamente, não têm o interesse de “lavar valores”, mas sim de sonegar tributos como consta da criminalidade

tributária. Motivo porque os limites de cautela do Ministério Público Federal e da Justiça Federal devam ser muito tênues. Lembrando, desse aspecto, que essa equiparação de pena como as anteriormente citadas exigem um critério diferenciador para condenação: o chamado dolo direto e não apenas o eventual como da previsão citada do *caput* do artigo primeiro; um cuidado essencial do legislador para precaver-se que o agente só será punido, nesses casos, caso reste provado que ele queria realmente o resultado.

Enfim, para além da definição principal em lei, reserva o título lavagem de dinheiro para práticas bastante ingênuas de utilização de bens, direitos e valores na atividade econômica provenientes dos citados crimes antecedentes. Ressalvada, nessas hipóteses, o conhecimento e aceitação dos agentes para com a natureza da prática e para com a participação de eventual organização ou associação criminosa a este fim. Assim, a punição não incide apenas para aqueles que ocultem ou dissimulem a utilização de bens, direitos e valores, mas também para aqueles que participem ou interajam nesse panorama com a simples negociação desses produtos, com a participação em organização criminosa neste contexto ou na simples importação ou exportação de bens com valores inexatos.

Sobre essas condutas, ainda concernente à análise da penalidade fixada em lei, importante destacar que o legislador previu um aumento de pena (de um a dois terços) *“...se o crime é cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa”*. Da mesma forma, em sentido contrário, como inovação no direito brasileiro originária do direito comparado, fala-se em redução sensível da pena, perdão judicial ou substituição da pena por restrição de direito quando o agente prestar esclarecimentos para apurar as infrações penais precedentes de sua autoria ou para localização e recuperação dos bens, direitos ou valores então relacionados. Uma novidade legislativa que vai de encontro com uma disciplina própria dos delitos trans-individuais e de outras previsões que despertam grande comoção pública como constante na lei 8.137/90 acerca dos crimes tributários e das relações de consumo e na lei acerca dos crimes hediondos e das ações praticadas por organização criminosa (Leis

8.072/90 e 9.034/95). A chamada delação premiada que é um instituto altamente criticado atualmente na doutrina; como bem trata Luiz Flávio GOMES na obra de CERVINI, trata-se de um prêmio para criminosos, “*a prova mais contundente da pública e notória ineficiência do Estado atual para investigar e punir os crimes e os criminosos.*”<sup>78</sup>

Desse contato com a lavagem de dinheiro deve-se também destacar que existe separação bem definida entre sua previsão e o crime antecedente que o instrumenta. Aspecto que cumpre função material como formal; material porque são práticas isoladas que devem guardar exames jurisdicionais independentes e, formal, porque esse dado garante a independência de competências de julgamento (SOUZA NETTO). O crime antecedente pode ser praticado em vários países, no trânsito deles, e a lavagem de dinheiro não, pois se consolida em sistemas monetários independentes; assim, garantindo a certeza de punição e evitando discussões entorno dos tribunais competentes, pode-se apresentar denúncia de lavagem de dinheiro independentemente. Como ocorre no tráfico de entorpecentes entre países latinos e os EUA, pode a autoridade judiciária norte-americana garantir a devida retribuição de pena à sociedade por meio, simplesmente, da investigação entorno da lavagem de dinheiro.

De tal sorte, a apuração e o julgamento do crime de lavagem independem do processo e julgamento do “crime antecedente” (artigo 2º, II, da Lei nº 9.613/98). Assim como, para a consumação do crime de lavagem de dinheiro é irrelevante que o “crime antecedente” tenha sido consumado antes da entrada em vigor da lei 9.613/98.

Cumprido ressaltar também acerca da lavagem de dinheiro que para muitos autores o bem jurídico tutelado ordem econômica é apenas mediato, e que a administração da justiça seria o bem imediato. O que, particularmente, distorce a tipicidade em exame e apenas torna abstrata por excesso uma análise bastante simples do ponto de vista da teoria econômica.

Saindo um pouco dessa análise de tipicidade e de formação de pena, todavia, acerca das contribuições da lei 9.613/98 para com o procedimento investigatório

---

<sup>78</sup> CERVINI, Raúl; et alli. p. 348.



administrativo e judicial, deve-se dizer que o referido normativo realiza uma divisão tripla entre a fase de execução do delito em estudo. Nessa que é uma das fases do *iter criminis*, o legislador apresenta três momentos de execução para facilitar tanto o processo de investigação como o processo de instrução judicial. Na primeira fase, a conversão, diz-se que os ativos são separados da atividade ilícita donde foram provenientes. Na segunda fase, a dissimulação, há a eliminação dos vestígios da relação existente entre o capital e a sua origem. E, por fim, na terceira fase, a integração, o ativo é recolocado no mundo dos negócios lícitos, reinvestido. Momento final que ocorre a consumação da prática. CERVINI bem coloca:

- a) A primeira delas é a fase de ‘ocultação’, onde o dinheiro obtido diretamente com a atividade criminosa passa por sua primeira transformação, visando conseguir uma menor visibilidade. [...] o criminoso necessita transformar esse conjunto de capitais em correspondentes quantias mais manejáveis e menos visíveis. Para tanto, o agente costuma utilizar o sistema financeiro, os bancos, corretoras de bolsas, o mercado de jóias e obras de arte, as casas de câmbio, enfim, emprega ‘intermediários’ que servirão para ‘trocar’ os valores ilicitamente conseguidos.
- b) Com a posse do dinheiro já manipulado, tem início a segunda fase: a ‘cobertura’ ou ‘fase de controle’. O objetivo principal do agente é distanciar ao máximo o dinheiro de sua origem, apagando os vestígios de sua obtenção. [...] numa cascata de negócios jurídicos envolvendo pessoas e instituições. São comuns múltiplas transferências de dinheiro, compensações financeiras, manipulação de bolsas, remessas aos paraísos fiscais, superfaturação de exportações etc.
- c) Finalmente, o dinheiro deve retornar ao normal circuito econômico: é a chamada ‘fase de integração’. Nesse momento o agente converte o dinheiro ‘sujo’ em capital lícito, adquirindo propriedades e bens, pagando dívidas, constituindo empresas e estabelecimentos lícitos, financiando atividades de terceiros, concedendo empréstimos, além de inverter parte do capital na prática de novos delitos.<sup>79</sup>

Partindo para o âmbito processual, observa-se que a competência para o julgamento da lavagem de dinheiro é da Justiça Federal, nos termos do artigo 109, IV, da Constituição Federal e artigo 2º da referida lei, a exemplo de todos os crimes que agridem à ordem econômica em abstrato. Competência também da justiça federal se a lavagem for feita no exterior, mesmo que a União não tenha interesses diretos (CC nº 32861/SP, STJ). Lembrando, ao que diz respeito o direito internacional, que o crime de

<sup>79</sup> CERVINI, Raúl; et alli. p. 320-321.

lavagem de dinheiro absorve o crime de evasão de divisas, quando a lavagem é feita no exterior, por meio de remessa do capital.

Sobre outros efeitos, ainda, destaque-se o artigo 7º, inciso I, que prevê a perda dos ativos locados ou envolvidos na lavagem, em favor da União. Ainda, destaque-se que é possível operar a substituição para pena restritiva de direitos (lei 9.714/98).

Por fim, o último aspecto relevante é que é proibida a liberdade provisória com ou sem fiança, devendo o réu condenado recolher-se à prisão para recorrer (artigo 3º). (TRF4ª, HC nº 2000.04.01.095457-0/PR).

## **2.2 Marco Regulatório**

O marco regulatório é, sem dúvida, um dos temas mais recentes do direito brasileiro como também um dos temas mais discutidos em termos políticos. Trata-se essa matéria acerca da regulação geral da economia brasileira e da regulação especial de alguns setores por leis de ordem pública. Setores escolhidos não coincidentemente pelo legislador para se sujeitar a regras especiais. Setores que, contemporaneamente, dentro do modelo norte-americano de Estado, receberam a tutela das incipientes agências reguladoras – autarquias federais integrantes da administração indireta com autonomia administrativa e com a função de fiscalizar certos setores e fazer cumprir ordenamentos legais específicos.

Agências reguladoras, no mesmo sentido, que vieram a absorver certas competências dos ministérios respectivos do governo federal e, mesmo, a concorrer em termos de funções e atribuições. Resultado: a situação de normatização e fiscalização desses setores da economia e de outros sem relevância pública se transformou numa confusão muito maior do que já era. Nesse sentido, conforme oscilações na política federal, os procedimentos e atribuições administrativos entraram num processo de sobreposição, terminando por uma reafirmação do judiciário. Além disso, já na metade da década de 90, com a criação de mecanismo maduro de antitruste, de concorrência, a confusão entorno desse tema alcançou proporções ainda maiores.

Nesse sentido, a discussão acerca do tema se perdeu nas mais diversas formas de tramitação administrativas e terminou se distanciando do elemento central em combate: o chamado abuso do poder econômico em atividades de interesse público.

Ocorre que, realizando um estudo histórico, verifica-se a existência de diplomas remotos que tratam desse abuso de poder econômico sobre tutela criminal; ainda que com generalizações indevidas em toda economia. Ora, são normativos que misturam uma tutela de elementos puramente privados, próximos ao que hoje se entende por direito do consumidor, com elementos do direito de concorrência e com elementos de proteção da regulação estatal da economia, o que se tem interesse no presente estudo.

Assim, misturam-se delitos altamente abstratos sobre relações de consumo, eminentemente privadas de competência estadual, com delitos de proteção da ordem econômica manifesta na infringência de mecanismos de regulação do Estado sobre a economia, diferentemente dos já vistos delitos do sistema financeiro e dos seguintes delitos de concorrência.

Com efeito, timidamente, essa noção de proteção criminal a aparatos de regulação governamental, ao longo dos anos, recebeu uma leitura diferenciada do Código Penal e recebeu contribuição da lei 8.137/90.

Contribuições de longos anos legislativos que se despertam, contemporaneamente, com o chamado fenômeno de regulação na economia. Ou seja, com a crescente desestatização estatal, cria-se uma noção mais focada do que seriam setores da economia que receberiam regulação governamental e como se daria o cumprimento desses preceitos, seja em ordem administrativa como criminal. Nesse sentido, dentro de um amadurecimento institucional surtido, busca-se maior eficácia da tutela criminal nessa matéria.

Todavia, desde já, ressalte-se que este elo da ordem econômica, pela abstração da tutela criminal, é o mais delicado para com a efetividade de seus preceitos; são muitos raros os casos de discussão e condenações jurisdicionais nessa matéria de regulação econômica.

Enfim, uma regulação econômica que se apresenta tímida e confusa por mais de meio século e que se apresenta mais flagrante nos fenômenos recentes das agências reguladoras. Regulação (comandos), tratada nesse sub-capítulo, que não se confunde com atuação econômica do Estado – como casos de monopólios públicos de atividades como petróleo – nem se confunde com intervenção econômica – matéria dos dois outros sub-capítulos – que indica “*atuação na área de outrem*”<sup>80</sup> ou atuação no domínio econômico por ações positivas (afirmativas), como o caso do Sistema Financeiro e da Concorrência.

Um elo essencial da tutela da ordem econômica que não pode ser esquecido para efeito do presente trabalho, apesar dos poucos indícios legais em direito penal.

#### I.

Inicialmente, recorrendo de uma linha histórica, tem-se o cuidado com a lei 1.521/51, legislação intitulada de crimes contra economia popular que possui muito mais aspectos consumeristas do que propriamente de regulação. Normativo, ressalte-se, que data de uma época de esforços incipientes do governo brasileiro para com incentivos econômicos, para com o crescimento e desenvolvimento econômico do país. De tal forma, objetivando um funcionamento saudável da economia, lança mão o legislador de dispositivos de coação penal sem saber, contudo, que estaria formando uma base do chamado direito consumerista e do direito de regulação econômica.

Deixando para citar no próximo sub-capítulo aqueles dispositivos que tratam de matéria de concorrência nesse mesma lei, sem tratar dos dispositivos puramente consumeristas, destaco quatro dispositivos que constituem como crimes ações ligadas à regulação econômica:

Art. 1º. Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular, Esta Lei regulará o seu julgamento.

Art. 2º. São crimes desta natureza:

III - expor à venda ou vender mercadoria ou produto alimentício, cujo fabrico haja desatendido a determinações oficiais, quanto ao peso e composição;

VI - transgredir tabelas oficiais de gêneros e mercadorias, ou de serviços essenciais, bem como expor à venda ou oferecer ao público ou vender tais gêneros, mercadorias ou serviços, por preço superior ao tabelado, assim

---

<sup>80</sup> GRAU, p. 155.

como não manter afixadas, em lugar visível e de fácil leitura, as tabelas de preços aprovadas pelos órgãos competentes;

XI - fraudar pesos ou medidas padronizados em lei ou regulamentos; possuí-los ou detê-los, para efeitos de comércio, sabendo estarem fraudados.

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinquenta mil cruzeiros.

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

VI - provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

Com efeito, observe que a lei coloca três situações de transgressão de normas de regulação que se aplicam com elementos também próprios de relações de consumo. Note a primeira hipótese ao primeiro e terceiro dispositivos que falam em fraude de medidas oficiais de pesos e medidas<sup>81</sup>. Aplicação, salvo melhor juízo, desproporcional para matéria criminal; sem dúvida, a gravosidade e liberalidade do mercado posta para solução imediata pelo legislador.

Numa segunda hipótese, no segundo dos dispositivos, observe uma preocupação governamental praticamente impensável para os dias atuais, o chamado tabelamento de preços. Ora, veja que o legislador inseriu uma previsão criminal em face de uma eventual transgressão dos mecanismos de tabelamento de preços da administração pública; algo, em certa análise, também desproporcional para uma pretendida tutela criminal, todavia, numa outra análise, eventual transgressão que poderia causar um efeito cascata altamente perigoso na ordem econômica. Observe, independentemente do mérito constitucional e da viabilidade econômica dessas medidas que – como ficou comprovado historicamente – a fuga do congelamento ou tabelamento de preços pode fazer ruir todo um plano econômico arquitetado pela administração. Nesse sentido, MANTECCA apresenta análise desse dispositivo

---

<sup>81</sup> “Trata-se de dispositivo fadado a evitar as fraudes comumente cometidas pelos fabricantes de gêneros alimentícios. Como é sabido, existe, no sistema brasileiro, obrigações quanto à composição dos produtos destinados à alimentação do povo. Encarregam-se de fixar tais determinações ou órgãos expressamente constituídos para esse fim, e cujas atribuições estão bem definidas nos diplomas legais que os tenham criado.” MANTECCA, Pascoal. **Crimes contra a economia popular e sua repressão**. São Paulo: Saraiva, 1985. p. 11.

deixando consignado que a jurisprudência, por vezes, desconstituiu formas de tabelamento:

Nesse sentido, pode-se reconhecer, no enunciado deste inc. VI, três espécies de delitos independentes, ou seja:

- a) a transgressão de tabelas oficiais de gêneros, mercadorias ou serviços essenciais;
- b) a exposição, oferecimento ou venda desses gêneros, mercadorias ou serviços, a preço superior ao máximo permitido pelos órgãos competentes;
- c) a falta de afixação, em lugar visível e de fácil leitura, das tabelas de preços aprovadas pelos órgão competentes.

Os julgados, em várias instâncias, a respeito da questão do tabelamento de preços, ora em análise, são numerosos.

De variadas feições, por seu turno, são os casos levados a julgamento, por prática do ilícito penal caracterizado no dispositivo em espécie. Em sua maioria, tais julgados contemplam os casos em que, posteriormente à prática da infração, devidamente caracterizada, alteram-se as tabelas oficiais, e por conseguinte os preços dos gêneros, mercadorias ou serviços essenciais, ocorrendo por vezes, até mesmo, a liberação integral dos preços desses produtos ou serviços.<sup>82</sup>

Finalmente, junto à terceira hipótese referida ao último dos incisos acima transcritos, note o cuidado do legislador acerca de fraudes quanto a informações relacionadas na atividade econômica para provocar altas e baixas desmotivadas de preços de mercadorias<sup>83</sup>. Observe, nesse caso, a gravosidade da conduta então apresentada haja vista o alto valor dado à pena; o que também pode ensejar críticas consistentes. Note o objetivo em reprimir mecanismos artificiais de preços do mercado:

Ao reprimir as manobras artificiosas que alteram o jogo normal da oferta e da procura, a lei penal tutela o mecanismo da formação dos preços no mercado [...], de interferências indevidas e de perturbações outras. Beneficiário da tutela penal é, antes de tudo, o público em geral, que constitui a vítima atingida pelas especulações mais desabusadas.

[...] manobras artificiosas, que hajam alterado o funcionamento do mercado; enquanto divergente s daquela que teria sido a resultante do jogo normal de oferta e procura.<sup>84</sup>

Enfim, os dispositivos criminais que pautam a regulação econômica nessa lei 1.521/51 são extremamente inocentes, para não dizer banais, se pensados no contexto

<sup>82</sup> MANTECCA, p. 15.

<sup>83</sup> "...deduz-se, do estudo deste dispositivo, que aqui também se destacam três fatores fundamentais para a perfeita caracterização do delito, a saber: a) a intenção dolosa do agente, ao provocar alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários; b) a intenção dolosa do autor, ao utilizar-se daqueles meios arrolados ou subentendidos no dispositivo em estudo; c) as mercadorias serem de consumo do povo, os títulos, públicos, e os valores ou salários, do interesse de um indeterminado número de pessoas." MANTECCA, p. 36.

<sup>84</sup> PEDRAZZI, p. 239-240, 243.

histórico atual. Essas singelas previsões sobre medidas oficiais de produtos e tabelamentos de preços, sem dúvida, possuem contornos muito criticáveis; todavia, apresentam contribuição inegável de limitações ao princípio constitucional de livre-iniciativa na economia.

Atualmente, pensando em regulação econômica, diferentemente daquela época, recai-se a um estudo de regulação estatal mais direcionado a setores de relevância pública e um estudo mais técnico de outros setores sem relevância pública por órgãos de classe e órgãos de medidas e qualidade. Não que tenham sido abandonadas idéias de padronização de produtos e controle de preços, mas sim que estas questões passaram de chancelas diretas da administração pública para órgãos delegatários e de administração indireta que passam a constar com análises muito mais técnicas do que políticas, como o Inmetro e a própria ABNT. Para estes, esse contexto remoto de criminalidade econômica pode até mesmo restar aplicável.

No entanto, para uma noção mais contemporânea de regulação econômica – do que se extrai de setores estratégicos da economia com interesse público – passa-se a outra noção criminal. A regulação desses setores centrais da economia envolve discussões e mudanças intermináveis de competências administrativas; ora, a delegação dessas funções ou não para administração direta é muito oscilante no processo político brasileiro, fazendo extremamente confuso o exercício do poder público. Processos de conflitos de competências que acabam por não definir o que seria um Direito Penal Econômico na órbita da regulação econômica e que estabelecem parcas diretivas de punição administrativas mal aplicadas pela falta de definição do sistema.

De tal forma, se para matérias banais de regulação, como as constantes de lei 1.521/51, constam previsões criminais, diferentemente, para matérias de regulação mais relevantes como as ligadas a setores estratégicos faltam dispositivos. Ora, como consta desse estudo, apenas no âmbito da lei 8.137/90 são apresentadas algumas pistas; noções, ressalte-se, em um normativo que se destina, na verdade, para punições

estaduais na esfera consumerista e punições federais na esfera tributária, que não se confundem com esse estudo.

Noutra análise, contudo, opinam muitos autores que a evolução do Direito Penal Econômico em sede de regulação não se deveria dar com o incremento criminal junto a regras de setores estratégicos, mas sim junto à descriminalização daquelas outras condutas inocentes de preços e medidas. Para eles, a punição deveria se concentrar em âmbitos administrativos.

## II.

Nesse sentido, conduzindo a análise acerca dos parcos dispositivos que tratam sobre criminalidade econômica dentro da regulação do sistema, sobre a citada lei 8.137/90, pode-se extrair três condutas criminosas em seu artigo 6º:

Art. 6º Constitui crime da mesma natureza:

I - vender ou oferecer à venda mercadoria, ou contratar ou oferecer serviço, por preço superior ao oficialmente tabelado, ao regime legal de controle;

II - aplicar fórmula de reajustamento de preços ou indexação de contrato proibida, ou diversa daquela que for legalmente estabelecida, ou fixada por autoridade competente;

III - exigir, cobrar ou receber qualquer vantagem ou importância adicional de preço tabelado, congelado, administrado, fixado ou controlado pelo Poder Público, inclusive por meio da adoção ou de aumento de taxa ou outro percentual, incidente sobre qualquer contratação.

Pena - detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, ou multa.

Com efeito, observe que esse normativo repete amplamente a lei 1.521/51 quando trata de tabelamento nos incisos I e III, todavia, como pista a um novo estudo de regulação econômica, veja que o inciso II inova o ordenamento quando fala em reajustamento de preços para limites de indexadores ou termos estabelecidos por autoridades competentes. Ora, essa lei 8.137/90 toca num dos pontos mais controvertidos em termos de regulação econômica da economia: a indexação de preços.

Como amplamente discutido recentemente na imprensa e no judiciário, note que existe uma discussão muito grande envolvendo reajustamento de preços de produtos de setores estratégicos, principalmente de serviços públicos como no caso de energia elétrica e telecomunicações.



Trata-se de discussões intermináveis sobre termos contratuais e sobre formas de reajuste de preços e índices de preços a esse respeito; ou seja, única matéria tocada em âmbito criminal sobre o que atualmente se refere a real regulação econômica.

Note-se que esse normativo surgiu em meio ao governo Collor no momento em que era realizada uma reforma fiscal e uma abertura na economia e, principalmente, num contexto de combate inflacionário trazido dos planos econômicos fracassados da década de 1980. Ora, essas contribuições desse normativo tiveram o cunho de assessorar a então política implementada de combate inflacionário com limitação da base monetária da economia e uma alta regulação do poder público e de seu déficit histórico.

Assim, a idéia do citado inciso II seria de promover uma barreira a então formada inflação inercial, ou seja, aquela inflação originária de uma cultura na sociedade brasileira de se basear na inflação passada para repasse a preços futuros. Política que se fazia, principalmente, com a proibição de indexação econômica, o que ficou esquecido para o contexto mais atual.

Para além desse inciso II, veja que tônica dessa repressão, repetindo o normativo de 1951, também estava junto à comercialização de produtos fora dos limites de controle de tabelamento do poder público e, em seguida, contrariamente a brechas legais de tabelamento de preços que se poderia supor com utilização de outras taxas ou percentuais em dissimulação (inciso III).

Observe que o marco dessa previsão do artigo 6º dessa lei tem ainda mais importância se pensado sob seguinte dispositivo, o artigo 12, que fala em agravamento do delito em se tratando de bens e serviços essenciais. Transcrevo:

Art. 12. São circunstâncias que podem agravar de 1/3 (um terço) até a metade as penas previstas nos arts. 1º, 2º e 4º a 7º:

I - ocasionar grave dano à coletividade;

II - ser o crime cometido por servidor público no exercício de suas funções;

III - ser o crime praticado em relação à prestação de serviços ou ao comércio de bens essenciais à vida ou à saúde.

III.

Deixando para tratar a parte, contudo, apenas após falar das leis 1.521/51 e 8.137/90, importante citar algumas criações penais esparsas na legislação acerca das agências reguladoras, inovações em matéria de regulação econômica.

Ora, conforme foi dito, a reforma do Estado sofrida pelo Brasil na década de 90 fez surgir as chamadas agências reguladoras com legislações específicas que, dentre outros temas, dispuseram sobre punições administrativas. Previsões coercitivas, todavia, com pouca efetividade em face de discussões doutrinárias e de entendimentos de tribunais superiores e que, no contexto político atual, são desmerecidas até mesmo pela administração pública em sede de procedimentos administrativos.

Ora, no âmbito da regulação econômica, existe um conflito crônico de competência envolvendo a administração direta e indireta que resta resolvido em sede política. Nesse sentido, sendo que no atual governo de Luiz Inácio Lula da Silva observa-se um fortalecimento da regulação econômica no panorama dos ministérios federais e a perda de poder e prestígio das agências reguladoras, observa-se inaplicáveis os dispositivos coercitivos das agências que mais parecem renegadas a funções meramente de fiscalização.

Idéia justificável perante a doutrina administrativista brasileira e perante a jurisprudência de tribunais superiores. Amparando-se numa interpretação constitucional restritiva, autores renomados do Direito Administrativo como é o caso do Dr. Celso Antônio Bandeira de Mello e do Exmo. Sr. Ministro do Supremo Tribunal Federal Dr. Eros Grau defendem a falta de validade normativa no âmbito das agências reguladoras e, mesmo, a inconstitucionalidade de suas instituições.

Entendimento, todavia, que não poderia excluir do presente trabalho algumas considerações normativas em sede de regulação econômica. Ora, diante da multiplicação legislativa das agências, como opção, passo a citar a lei que é considerada como a mais importante e completa: a lei 9.472/97 que dispõe sobre serviços de telecomunicações e cria a Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL).

Normativo que merece destaque – sem desmerecer outras agências tão igualmente importantes como a Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), a Agência Nacional de Petróleo (ANP) e da Agência Nacional de Águas (ANA) – principalmente por ser o único a apresentar uma hipótese criminal.

Ora, ao longo de mais de 200 (duzentos) artigos, a lei 9.472 de 16 de julho de 1997 procurou criar uma espécie de regime normativo geral e exaustivo sobre toda matéria que envolve telecomunicações no país – tema extremamente conturbado em sede histórica e política.

Primeiramente, selecionando alguns aspectos, cito quatro incisos chaves que dizem respeito às competências da ANATEL que motivam as sanções administrativas e dão respaldo para instrução criminal. São eles:

Art. 19. À agência compete adotar as medidas necessárias para o atendimento do interesse público e para o desenvolvimento das telecomunicações brasileiras, atuando com independência, imparcialidade, legalidade, impessoalidade e publicidade, e especialmente:

XVI – deliberar na esfera administrativa quanto à interpretação da legislação de telecomunicações e sobre os casos omissos;

XVII – compor administrativamente conflitos de interesse entre prestadoras de serviço de telecomunicações;

XVIII – reprimir infrações dos direitos dos usuários;

XIX – exercer, relativamente às telecomunicações, as competências legais em matéria de controle, prevenção e repressão das infrações da ordem econômica, ressalvadas as pertencentes ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE.

Com efeito, já no *caput*, note a remissão a princípios próprios de Direito Administrativo e o cuidado em manter a agência independente politicamente até mesmo com relação à própria administração direta.

Mais a frente, junto ao primeiro inciso, note um ponto extremamente polêmico: a competência da Anatel de deliberação frente à legislação omissa da matéria de telecomunicações. Atribuição já focada, em termos de procedimentos administrativos, na idéia de apuração de incidentes envolvendo interesses de prestadores de serviços e de usuários citados nos dois dispositivos seqüenciais. Destaque que finaliza com a menção do inciso XIX para apuração de infrações à ordem econômica.

Transcorrendo, mais além do texto dessa lei, observe junto ao artigo 110 que é prevista a intervenção da agência sobre as concessionárias de telecomunicações em

caso de “*infração da ordem econômica*” (inciso VII) e, também, em caso de “*desequilíbrio econômico-financeiro*” (inciso III); ambos casos que denotam largo poder de regulação econômica no âmbito administrativo da Anatel.

Por fim, chegando às previsões de sanções, tem-se dois capítulos acerca de penalidades administrativas e penais. Inicialmente, em termos administrativos, sobre as referidas sanções tem-se um elenco progressivo que parte de advertências e multas para, em casos mais graves, em suspensão, caducidade e declaração de inidoneidade; o que denota, vale ressaltar, que as infrações podem levar a perda de concessão dos serviços e à declarações que podem frustrar outros interesses. Outras previsões de alto poder regulamentar.

Desses artigos que se referem às sanções administrativas, também, deve-se aplaudir o cuidado do legislador em cumprir os princípios constitucionais do devido processo legal, de presunção de inocência e da ampla defesa. Ora, os artigos 174 e 175 bem dispõem:

Art. 174. Toda acusação será circunstanciada, permanecendo em sigilo até sua completa apuração.

Art. 175. Nenhuma sanção será aplicada sem a oportunidade de prévia e ampla defesa.

Parágrafo único. Apenas medidas cautelares urgentes poderão ser tomadas antes da defesa.

Acerca da quantificação da punição administrativa, por sua vez, tem-se uma limitação da multa em R\$ 50 milhões (artigo 179) e uma consideração de agravante em caso de reincidência e uma previsão para um estudo sobre os danos resultantes e sobre as vantagens econômicas auferidas. Transcrevo:

Art. 176. Na aplicação de sanções, serão considerados a natureza e a gravidade da infração, os danos dela resultantes para o serviço e para os usuários, a vantagem auferida pelo infrator, as circunstâncias agravantes, os antecedentes do infrator e a reincidência específica.

Passando ao trecho inédito da lei, ao que indico destaque, finalmente, note a previsão entorno do chamado crime de telecomunicações que se refere ao desenvolvimento clandestino de atividades de telecomunicações e que prevê detenção de dois a quatro anos aumentada na metade se houver dano a terceiro. Além disso,

junto a esse mesmo delito, importante constar a obrigação de indenizar pelo dano causado. Transcrevo:

Art. 183. Desenvolver clandestinamente atividade de telecomunicação.  
 Pena – detenção de dois a quatro anos, aumentada da metade se houver dano a terceiro, e multa de R\$ 10.000,00 (dez mil reais).  
 Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, direta ou indiretamente, concorrer para o crime.  
 Art. 184. São efeitos da condenação penal transitada em julgado:  
 I – tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;  
 II – a perda, em favor da Agência, ressalvado o direito do lesado ou de terceiros de boa-fé, dos bens empregados na atividade clandestina, sem prejuízo de sua apreensão cautelar.  
 Parágrafo único. Considera-se clandestina a atividade desenvolvida sem a competente concessão, permissão ou autorização de serviço, de uso de radiofrequência e de exploração de satélite.  
 Art. 185. O crime definido nesta Lei é de ação penal pública incondicionada, cabendo ao Ministério Público promovê-la..

Previsão criminal, reitere-se, inédita.

Previsões de sanções administrativas dessa lei, ainda, que se sucedem muito próximo nas estruturas normativas das outras agências reguladoras que, todavia, não abarcam hipóteses criminais.

De todo modo, importante constar que a idéia das leis das agências entorno da regulação econômica é algo muito próximo de padrões cíveis – patrimoniais – e, ainda, profundamente distante de discussões nas esferas criminais.

### **2.3 Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência**

Finalmente, ao fim desse longo estudo sobre a tripla estrutura de tutela administrativa e criminal das infrações econômicas, passa-se para algumas considerações sobre o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência<sup>85</sup>. A estrutura administrativa e criminal mais coerente das três aqui em estudo que é regulamentada

---

<sup>85</sup> “O modelo clássico de mercado ignorava e recusava a idéia de poder econômico. Na práxis, todavia, os defensores do poder econômico, porque plenamente conscientes de sua capacidade de dominação, atuando a largas braçadas sob a égide de um princípio sem princípios – o princípio do livre mercado – , passaram e desde então perseveraram a controlar os mercados. Daí o arranjo inteligente das leis *anti-trust*, que preservam as estruturas dos mercados, sem contudo extirpar a hegemonia dos monopólios e oligopólios.” GRAU, p. 15-16.

essencialmente pela lei 8.884/94 e que tem menções históricas nas leis 4.137/62 e 1.521/51.

Ora, considerando que o sistema jurisdicional nessa matéria é extremamente tímido tanto em termos cíveis como criminal – resumindo-se a quebra de inércia do judiciário pelo manejo revisional de decisões do CADE –, importante analisar esse sistema sobre uma leitura eminentemente administrativa. Sistema, assim, arquitetado na figura do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com apoio das secretarias de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, e de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda.

Apuração administrativa, dessa forma, que analisa dois tipos de incidentes econômicos em matéria de concorrência – concentração econômica e concorrência desleal – num processo inicial de investigação e instrução de competência das secretarias e de encaminhamento subsequente a julgamento por parte do CADE. Matérias de cunho legal e denúncias de concorrência submetidas mais focadas no Ministério da Justiça e matérias de cunho técnico econômico – principalmente aquelas que ensejam análise de mercados – submetidas mais focadas no Ministério da Fazenda.

Esfera administrativa da qual partem sanções e limitações administrativas e da qual são encaminhadas suspeitas criminais para devida apuração por parte da Polícia Federal e do Ministério Público Federal. Órgãos que estão tendo uma participação crescente em matéria criminal de concorrência, possibilitando a aplicabilidade de sanções criminais nessa área, restando praticamente exclusivas ao âmbito administrativo as sanções de cunho cível. Até porque, o sistema brasileiro de defesa da concorrência adotou um modelo de combate ao truste e à concorrência desleal<sup>86</sup> que ataca a formação das relações econômicas e ao conteúdo patrimonial por trás delas, desmerecendo um estudo criminal seja pela efetividade sancionatória ou seja por um convencimento legal como defendem muito autores em prol da descriminalização.

---

<sup>86</sup> Constituição Federal de 1988: art.173. ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei. §4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.

O que se observa, todavia, é que a estrutura jurisdicional vêm sendo reclamada a revisar praticamente todas as decisões administrativas – o que provoca problemas pelo estreito entendimento dos tribunais acerca do que seria mérito da decisão. Além disso, uma nova concepção doutrinária sobre o entendimento acerca de direitos supra-individuais vêm forçando uma atuação mais ativa por parte do Ministério Público Federal junto ao instrumento da Ação Civil Pública. Atuação lateral, inclusive a busca de previsões criminais nos já citados normativos de 1951 e 1962; o que passo a analisar.

#### I.

Inicialmente, partindo desse contexto de 1951, importante citar cinco dispositivos legais que falam de fraudes à concorrência. Cito:

Art. 2º. São crimes desta natureza:

VIII - celebrar ajuste para impor determinado preço de revenda ou exigir do comprador que não compre de outro vendedor;

Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa, de dois mil a cinquenta mil cruzeiros.

Art. 3º. São também crimes desta natureza:

III - promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio;

V - vender mercadorias abaixo do preço de custo com o fim de impedir a concorrência.

VI - provocar a alta ou baixa de preços de mercadorias, títulos públicos, valores ou salários por meio de notícias falsas, operações fictícias ou qualquer outro artifício;

VIII - exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência;

Pena - detenção, de 2 (dois) anos a 10 (dez) anos, e multa, de vinte mil a cem mil cruzeiros.

Dispositivos que indicam quatro condutas propriamente de concorrência desleal e uma de concentração econômica. Ora, o inciso III do artigo 3º fala já em 1951 em aliança ou fusão de capital que prejudica a concorrência, sendo que os outros incisos tratam de carteirização, *dumping*, fraudes operacionais e de informações e fraudes de administração.

O inciso VIII do artigo 2º refere-se à hoje chamada carteirização porque trata da convergência de preços<sup>87</sup>, evitando concorrências, em mercados tipicamente de oligopólios – onde poucas empresas detêm o controle da produção. Uma conduta que nessa lei é tratada com uma baixa gravosidade mas que, para o mercado, pode levar a danos gigantescos.

Numa segunda tônica, já junto ao artigo 3º que prescreve maior gravosidade de condutas por uma pena de 2 (dois) a 10 (dez) anos, tem-se a idéia do inciso V do chamado *dumping* comercial. A chamada venda de mercadoria abaixo do preço de custo com a idéia de prejudicar a concorrência; modalidade famosa no comércio internacional principalmente no que diz respeito à produtos chineses.

Mais a frente, ao inciso VI, fala-se em manipulação de preços de mercadorias por meio de operações fictícias ou por meio da divulgação de informações falsas. Típico evento relacionado a produtos de primeira necessidade chamados de *commodities*; fenômeno que hoje é fiscalizado com maior precisão pela Comissão de Valores Mobiliários (CVM) junto ao chamado mercado de contratos futuros agrícolas, mas que naquela década de 50 provocava problemas substanciais. Operação fictícia como a suposta venda de produtos para o exterior a fim de provocar uma alta da matéria no mercado interno; ou notícia falsa como uma suposta seca na plantação provocando perdas a serem revertidas numa elevação dos preços.

Por fim, a última das modalidades citadas que tratam da concorrência desleal, junto ao inciso VIII desse artigo 3º, é a chamada fraude administrativa; fenômeno da mútua ou lateral influência de uma empresa sobre a outra por meio da direção, da gerência. Idéia de manipulação comercial em convergência para dificultar a concorrência.

Enfim, ainda que amparada em conceitos tímidos de concorrência e em fenômenos de concorrência desleal e de concentração econômica que fugiam de

---

<sup>87</sup> “Trata-se, aí, dos ‘conluíus’, ou seja, daqueles acordos secretos e diretos visando impor, aos compradores, determinado preço. Na verdade, constitui essa infração, tipicamente, a atuação dos cartéis e dos trustes, em geral com bastante liberdade, e em diferentes escalas.” MANTECCA, p. 21-22.



controles administrativos, a lei 1.521/51 mostrou-se um grande avanço em matéria de delitos econômicos.

Essa lei, destaque-se, surgiu como limitadora em meio a um contexto de planejamento econômico que privilegiava a participação de capitais privados na economia. Lei, ainda, que decorre da primeira previsão constitucional que trata do chamado abuso do poder econômico como bem coloca Paula FORGIONI:

A Constituição brasileira de 1946 traz pela primeira vez de forma expressa o princípio de repressão ao abuso do poder econômico, em seu art. 148: 'Art. 148. A lei reprimirá a toda e qualquer forma de abuso do poder econômico, inclusive as uniões ou agrupamentos de empresas individuais ou sociais, seja qual for a sua natureza, que tenham por fim dominar os mercados nacionais, eliminar a concorrência e aumentar arbitrariamente os lucros'.<sup>88</sup>

Lei de 1951 que, como já foi tratado, apresentava em sua epígrafe os crimes contra a economia popular mas que, em verdade, referia-se a previsões inéditas em matéria de delitos contra a ordem econômica – tanto do sistema financeiro como de regulação inocente – com destaque à matéria de concorrência. FORGIONI bem completa:

No Brasil, não é tarefa fácil para o jurista sistematizar a evolução histórica das normas antitruste, perdidas em um cipal de diplomas, em que se protegem os mais diversos interesses, apenas mediatamente compatíveis. Assim, a Lei 1.521, de 26 de dezembro de 1951, embora alterando, como diz sua epígrafe, 'dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular', contém uma série de dispositivos tipicamente antitruste. É o caso, exemplificativamente, do art. 3º, III, que condena o acordo entre empresas 'com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio', ou ainda o inc. V do mesmo artigo, vedando a prática de preços predatórios ('vender mercadorias abaixo do preço de custo').<sup>89</sup>

## II.

Levando a frente o estudo de delitos no âmbito do sistema brasileiro de defesa da concorrência, importante tratar de algumas considerações no âmbito da lei 4.137 de 10 de setembro de 1962.

Ora, dentro da mesma noção de abuso do poder econômico referida na Constituição Federal de 1946, foi editada a lei 4.137 que procurou sistematizar

---

<sup>88</sup> FORGIONI, p. 114.

<sup>89</sup> FORGIONI, p. 116.

condutas de abuso econômico<sup>90</sup>; paralelamente, cite-se, à lei delegada 4 de 26 de setembro de 1962 que, numa outra tônica, levantou as primeiras linhas daquele que seria hoje o direito do consumidor e as formas de controle por parte do Estado.

Enfim, ao que interessa ao presente estudo, note que a lei 4.137/62 foi extremamente inovadora em procurar sistematizar as formas de abuso do poder econômico e ao criar o CADE, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica. Todavia, ressalte-se que a menção a essa lei tem o cunho meramente acadêmico já que, como consta na lei 8.884/94, foi ela expressamente revogada; o que não apaga sua importância, haja vista que ela “*assentou sobre novas bases processuais a repressão ao abuso do poder econômico, [...], com encargos os mais complexos, não só de investigação, como de estudo e de prevenção.*”<sup>91</sup>

Ainda, perante outra análise, observe que essa lei 4.137/62 teve um cunho altamente cível — sem preocupação criminal —, o que para certos autores seria uma espécie de descriminalização frente à lei 1.521/51. Transcrevo:

Referido texto legislativo já demonstrava uma preocupação com o funcionamento do mercado. Não se denota da análise do texto de lei preocupação com o crime, mas sim com o mercado, podendo se afirmar que a descriminalização não é um fenômeno brasileiro, mas possível de verificação em todo o direito comparado.<sup>92</sup>

Inicialmente, partindo para leitura desse normativo, note no artigo 2º o que seria naquela época um *hall* taxativo e bastante técnico de formas de abuso do poder econômico; mesma condutas, na verdade, que aquelas timidamente citadas na lei 1.521/51. Transcrevo:

Art. 2º Consideram-se formas de abuso do poder econômico:  
I – Dominar os mercados nacionais ou eliminar total ou parcialmente a concorrência por meio de:  
a) ajuste ou acordo entre empresas, ou entre pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de suas atividades;  
b) aquisição de acervos de empresas ou de cotas, ações, títulos ou direitos;  
c) coalizão, incorporação, fusão, integração ou qualquer outra forma de concentração de empresas;  
d) concentração de ações, títulos, cotas ou direitas em poder de uma ou mais empresas ou de uma ou mais pessoas físicas;

<sup>90</sup> “Aquilo que caracteriza o abuso do poder econômico é a deformação das estruturas do mercado, com respeito ao modelo concorrencial.” PEDRAZZI, p. 251.

<sup>91</sup> PEDRAZZI, p. 251.

<sup>92</sup> PROENÇA, p. 30.

e) acumulações de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa;

f) cessação parcial ou total das atividades de empresa promovida por ato próprio ou de terceiros;

g) criação de dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa.

II – Elevar sem justa causa os preços, no caso de monopólio natural ou de fato, com o objetivo de aumentar arbitrariamente os lucros sem aumentar a produção.

III – Provocar condições monopolísticas ou exercer especulação abusiva com o fim de promover a elevação temporária de preços por meio de:

a) destruição ou inutilização por ato próprio ou de terceiros, de bens de produção ou de consumo;

b) açambarcamento de mercadorias ou de matéria-prima;

c) retenção, em condições de provocar escassez de bens de produção ou de consumo;

d) utilização de meios artificiosos para provocar a oscilação de preços em detrimento de empresas concorrentes ou de vendedores de matérias-primas;

IV) Formar grupo econômico, por agregação de empresas, em detrimento da livre deliberação dos compradores ou dos vendedores, por meio de:

a) discriminação de preços entre compradores ou entre vendedores ou fixação discriminatória de prestação de serviço;

b) subordinação de venda de qualquer bem à aquisição de outro bem ou a utilização de determinado serviço; ou subordinação de utilização de determinado serviço à compra de determinado bem.

V) Exercer concorrência desleal, por meio de:

a) exigência de exclusividade para propaganda publicitária ;

b) combinação prévia de preços ou ajuste de vantagens na concorrência pública ou administrativa.

Com efeito, partindo dessa noção acerca de abuso econômico, note, pela primeira vez, a inserção de um importante conceito: a monopolização de mercados. Idéia de que mercados concentrados num agente econômico são prejudiciais à ordem econômica porque esse fenômeno pode provocar manipulação de preços ou mesmo de qualidade dos produtos ou serviços; sendo que essa monopolização pode se dar nos mais diversas fases da atividade econômica. A lei bem completa em seu artigo 5º:

Art. 5º Entendem-se por condições monopolísticas aquelas em que uma empresa ou grupo de empresas controla em tal grau a produção, distribuição, prestação ou venda de determinado bem ou serviço, que passa a exercer influência preponderante sobre os respectivos preços.

Parágrafo único. Praticará, abuso de poder econômico a empresa que, operando em condições monopolísticas, interromper ou reduzir em grande escala sua produção sem justa causa comprovada, perante o CADE, para provocar a alta dos preços ou a paralisação de indústrias que dela dependam.

Além dessa contribuição técnica, ainda, importante destacar que esse normativo inseriu – anteriormente à própria reforma do Código Comercial feita pelo

Código Civil de 2002 – o conceito de empresa no âmbito econômico. A garantia para não ocorrência de fugas legais por parte de certos setores econômicos ou de certos agentes junto ao controle da concorrência e ao antitruste. Cito:

Art. 6º Considera-se empresa toda organização de natureza civil ou mercantil destinada à, exploração por pessoa física ou jurídica de qualquer atividade com fins lucrativos.

Parágrafo único. As pessoas físicas, os diretores e gerentes das pessoas jurídicas que possuam empresas serão civil e criminalmente responsáveis pelos abusos do poder econômico, por elas praticados.

Finalmente, ao que indica a principal contribuição desse normativo, observe a criação do Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) com a função de apurar e julgar administrativamente os chamados incidentes de abuso à concorrência ou do poder econômico. Transcrevo:

Art. 8º E' criado o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), com sede no Distrito Federal e jurisdição em todo o território nacional, diretamente vinculado à Presidência do Conselho de Ministros, com a incumbência de apurar e reprimir os abusos do poder econômico, nos termos desta lei.

Art. 17. Compete ao CADE:

- a) proceder, em face de indícios veementes, a averiguações preliminares para verificar se há real motivo para instauração de processo administrativo destinado a apurar e reprimir os abusos do poder econômico;
- b) apurar, em face de representação, a existência de quaisquer atos que constituam abusos do poder econômico, puníveis nesta lei.
- c) ordenar providências que conduzam à cessação da prática de abuso do poder econômico dentro do prazo que determinar;
- d) decidir sobre a existência ou não de abusos do poder econômico, nos termos desta lei;
- e) notificar os interessados das suas decisões e lhes dar cumprimento;
- f) determinar à Procuradoria as providências administrativas ... (VETADO); ... cabíveis;
- g) requisitar dos órgãos do poder executivo federal e solicitar dos Estados ou Municípios as providências necessárias para cumprimento desta lei;
- h) requisitar de todos os órgãos do poder público serviços, pessoal, diligências e informações necessárias ao cumprimento desta lei;
- i) aprovar a indicação de peritos e técnicos que devam colaborar na realização de exames, vistorias e estudos, aprovando, em cada caso, os respectivos honorários e demais despesas de processo que deverão ser pagas pela Empresa, se vier a ser punida nos termos desta lei;
- j) requerer a intervenção nos termos desta lei;
- k) indicar ao Judiciário os interventores ;
- l) (VETADO) ;
- m) cominar multa, nos termos desta lei;
- n) estruturar o quadro de seu pessoal a ser submetido ao Congresso Nacional, através do Presidente do Conselho de Ministros;

- o) fornecer anualmente, ao Presidente do Conselho de Ministros, dados relativos à elaboração do anexo do CADE para a proposta orçamentária da União;
- p) propor a desapropriação do acervo de empresas nos casos previstos nesta lei;
- q) fazer, quando necessário, o levantamento das pessoas jurídicas;
- r) instruir o público sobre as formas de abuso do poder econômico.

Ora, o papel do CADE foi atrelado a dois tipos de apurações administrativas de abuso do poder econômico: a concentração econômica e a concorrência desleal, fórmula que restaria consolidada na lei de 1994. A concorrência desleal, basicamente, seria as condutas comerciais reprováveis e punidas administrativamente que provocam manipulação de mercados manifesta principalmente em preços, como consta do artigo 2º desse mesmo normativo. Já a concentração econômica seria uma espécie de processo administrativo de sujeição da concentração de mercado – fusão, aquisição, entre outros – a aprovação pela administração pública que observa, em si, um série de fatores de equilíbrio da ordem econômica como bem coloca o artigo 74:

Art. 74. Não terão validade, senão depois de aprovados e registrados pelo CADE os atos, ajustes, acordos ou convenções entre as empresas, de qualquer natureza, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios que tenham por efeito:

- a) equilibrar a produção com o consumo;
- b) regular o mercado;
- c) padronizar a produção;
- d) estabilizar os preços;
- e) especializar a produção ou distribuição;
- f) estabelecer uma restrição de distribuição em detrimento de outras mercadorias do mesmo gênero ou destinadas à satisfação de necessidades conexas.

§ 1º Os atos de categoria referidos neste artigo já vigentes na data da publicação desta lei, deverão ser submetidos à aprovação do CADE dentro do prazo de 120 (cento e vinte) dias;

§ 2º Os atos a que se refere a parágrafo anterior que não forem apresentados ao CADE, no prazo regulamentar, tornarão os seus responsáveis passíveis de multa que variará entre 5 (cinco) a 100 (cem) vezes o maior salário-mínimo, sem prejuízo do cumprimento dessa exigência legal, sob pena, de intervenção.

§ 3º Em qualquer caso será de 60 (sessenta) dias o prazo para o pronunciamento do CADE. Findo este prazo, entende-se o ato como válido até que o CADE sobre ele se pronuncie.

Nesse campo sancionatório, observe que esse normativo foi extremamente inovador em solidarizar em culpa administradores ou responsáveis diretos pela operação ou conduta de abuso econômico. Da mesma forma que a citada lei atualizada

sobre liquidação de instituições financeiras 6.024/74 que fala de responsabilização de administradores, esta lei 4.137/62 deixa consignado essa possibilidade de sanção:

Art. 20. Independentemente da responsabilidade de que trata o artigo anterior, poderá a parte lesada por abuso de poder econômico exigir do órgão e seus administradores ou quaisquer responsáveis, solidariamente, a satisfação das perdas e danos na forma do direito comum.

Por fim, note que essa lei 4.137/62 possibilitou avanços inegáveis às técnicas de investigação e estudo em matéria de abuso econômico (concorrência). Como colocava o artigo 21:

Art. 21. O CADE efetuará pesquisa e estudos que habilitem:

- a) a determinar a influência que, sobre a economia nacional, exercem as margens de lucro obtidas pelas empresas e sua aplicação em lucros distribuídos e lucros reinvestidos;
- b) a definir os métodos de concorrência desleal.

Parágrafo único. Concluídas as pesquisas e estudos de que trata este artigo o CADE enviará as suas conclusões ao Presidente do Conselho de Ministros, que não só adotará as providências administrativas cabíveis, como, se for o caso, através de Mensagem ao Congresso Nacional, solicitará, as necessárias medidas de caráter legislativo.

No entanto, como consta dos registros históricos, essa lei 4.137/62 se mostrou pouco aplicada e o CADE se demonstrou altamente sujeito a um processo de fugas legais perpetradas administrativamente em conceitos e leituras de cenários econômicos. Paula FORGIONI bem coloca:

A análise de algumas manifestações do CADE no período de vigência da Lei 4.137 demonstra que a aparente 'contradição', se existia, foi eficazmente superada no processo de interpretação e aplicação do texto normativo. Com efeito, muitas foram as decisões do CADE que em nada obstaram o processo de concentração de empresas. Ao contrário, ainda que timidamente, as válvulas de escape chegaram a ser utilizadas pela autoridade antitruste como auxiliares na implementação de uma política econômica do governo federal. [...]

Ao que tudo indica, em seu período de vigência, sem embargo de alguns breves 'surto' ou 'ondas' de aplicabilidade, a Lei Antitruste de 1962 não encontrou uma maior efetividade na realidade brasileira, não sendo possível identificar qualquer atuação linear e constante de uma política econômica que se tenha corporificado em uma política de concorrência.<sup>93</sup>

### III.

Finalizando o estudo dos delitos econômicos, como já foi introduzido, passa-se à análise da lei 8.884 de 11 de junho de 1994 que trata acerca de infrações à ordem

---

<sup>93</sup> FORGIONI, p. 129-131.

econômica. Normativo, ressalte-se, que não indica previsões criminais a exemplo da revogada lei 4.137/62, todavia, normativo que deve ser analisado no âmbito desse estudo pelas contribuições administrativas atreladas ao delito econômico em matéria de concorrência; lembrando que ficam reservadas ao âmbito remoto da lei 1.521/51 as sanções penais em concorrência como já foi dito.

Dentre as contribuições dessa lei 8.884/94, importante destacar a transformação do CADE em autarquia federal<sup>94</sup> – tornando mais independente o processo de julgamento administrativo de formas de abuso econômico – e o aperfeiçoamento do processo administrativo com participação incipiente dos Ministérios da Justiça e da Fazenda junto a hipóteses mais coerentes e específicas de delitos econômicos e formas de sanções:

O diploma de 1994 sistematiza a matéria antitruste, de forma a aperfeiçoar seu tratamento legislativo. Transforma o CADE em autarquia federal, beneficiando-lhe com destinação orçamentária própria. De outra parte, alguns pequenos progressos no texto normativo foram introduzidos, derivados, principalmente, da evolução brasileira e européia.<sup>95</sup>

Note que esse normativo, ainda, baseado nas mudanças normativas ocorridas na tutela de bens supra-individuais – como na lei da ação popular (4.717/65) e principalmente na lei da ação civil pública (7.347/85) – foi o primeiro a levantar com mais precisão a idéia de ordem econômica, mesmo restrita à concorrência. Normativo, também, nessa esteira, que trouxe menção expressa a princípios constitucionais como a livre-iniciativa e a livre-concorrência:

Art. 1º Esta lei dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica, orientada pelos ditames constitucionais de liberdade de iniciativa, livre concorrência, função social da propriedade, defesa dos consumidores e repressão ao abuso do poder econômico.

Parágrafo único. A coletividade<sup>96</sup> é a titular dos bens jurídicos protegidos por esta lei.<sup>97</sup>

<sup>94</sup> Art. 3º O Conselho Administrativo de Defesa Econômica (Cade), órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei nº 4.137, de 10 de setembro de 1962, passa a se constituir em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e atribuições previstas nesta lei.

<sup>95</sup> FORGIONI, p. 133.

<sup>96</sup> “Evidenciado, portanto, expressamente, pela Lei n. 8.884/94, que o mercado é um bem coletivo, ou seja, todas as pessoas são titulares do seu direito de proteção, tratando-se de um direito difuso, dada a sua transindividualidade, de natureza indivisível, sendo titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, sem relação jurídica-base no aspecto subjetivo.” PROENÇA, p. 50.

Ora, o novo regime administrativo junto aos delitos econômicos envolvendo a concorrência, afora colocar o CADE como instituição autárquica de maior independência, desenvolveu uma estrutura de investigação e instauração de procedimentos no Ministério da Justiça (Secretaria de Direito Econômico - SDE) com pareceres por parte da Secretaria de Acompanhamento Econômico (Ministério da Fazenda) e por parte do Ministério Público Federal para, após, passar a um julgamento em plenário na referida autarquia.

Enfim, ao CADE passa-se funções muito mais de julgamento do que propriamente de investigação e instrução – ainda que reservada uma espécie de investigação suplementar. Ao CADE, nesse entendimento, caberia julgar supostas infrações à ordem econômica e processos instaurados no âmbito da SDE, sendo expressas ainda funções de divulgação ao público dessas questões e de consultas sobre matérias nessa área. Cito:

Art. 7º Compete ao Plenário do Cade:

II - decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei;

III - decidir os processos instaurados pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça;

XII - apreciar os atos ou condutas, sob qualquer forma manifestados, sujeitos à aprovação nos termos do art. 54, fixando compromisso de desempenho, quando for o caso;

XVII - responder a consultas sobre matéria de sua competência;

XVIII - instruir o público sobre as formas de infração da ordem econômica.

Como órgão de instauração de procedimentos administrativos e de condução de investigações econômicas, por sua vez, a Secretaria de Direito Econômico se apresenta com amplos poderes como consta de alguns incisos que destaco do artigo 14:

Art. 14. Compete à SDE:

I - zelar pelo cumprimento desta lei, monitorando e acompanhando as práticas de mercado;

II - acompanhar, permanentemente, as atividades e práticas comerciais de pessoas físicas ou jurídicas que detiverem posição dominante em mercado relevante de bens ou serviços, para prevenir infrações da ordem econômica,

---

<sup>97</sup> “A expressa referência aos ‘ditames constitucionais [...]’ e a afirmação de que ‘a coletividade é titular [...]’ definem a amplitude do conteúdo da Lei n. 8.884/94. Ela não é, meramente, uma nova lei antitruste; assim, seu fundamento constitucional não se encontra apenas, exclusivamente, no §4º do artigo 173 da Constituição de 1988 – trata de lei voltada à preservação do modo de produção capitalista.” GRAU, p. 233.



- podendo, para tanto, requisitar as informações e documentos necessários, mantendo o sigilo legal, quando for o caso;
- III - proceder, em face de indícios de infração da ordem econômica, a averiguações preliminares para instauração de processo administrativo;
- VI - instaurar processo administrativo para apuração e repressão de infrações da ordem econômica;
- VIII - remeter ao Cade, para julgamento, os processos que instaurar, quando entender configurada infração da ordem econômica;
- XI - adotar medidas preventivas que conduzam à cessação de prática que constitua infração da ordem econômica, fixando prazo para seu cumprimento e o valor da multa diária a ser aplicada, no caso de descumprimento;
- XII - receber e instruir os processos a serem julgados pelo Cade, inclusive consultas, e fiscalizar o cumprimento das decisões do Cade;
- XIII - orientar os órgãos da administração pública quanto à adoção de medidas necessárias ao cumprimento desta lei;
- XIV - desenvolver estudos e pesquisas objetivando orientar a política de prevenção de infrações da ordem econômica;
- XV - instruir o público sobre as diversas formas de infração da ordem econômica, e os modos de sua prevenção e repressão.

Competências em lei que denotam uma ligação estreita da SDE ao CADE e um cuidado no monitoramento econômico contínuo com o intuito de atuar de ofício<sup>98</sup> no combate a práticas que denotem indícios de infrações à ordem econômica. Idéia, ainda, de estudar a ordem econômica e educar o público nesse sentido; significância de uma incipiente cultura de concorrência no país.

Sobre a participação como pareceristas nesse processo, observe um papel mais efetivo por parte da Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda e um papel oscilante do Ministério Público Federal. Ora, matérias mais técnicas de conteúdo econômico sobre perfis de mercado são cuidadosamente apreciadas pela SEAE; e o MPF procura atuar mais focadamente em casos que motivem instaurações de inquéritos civis previamente a Ações Civis Públicas e em casos que tenham substratos penais junto à lei 1.521/51. Transcrevo:

Art. 38. A Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda será informada por ofício da instauração do processo administrativo para, querendo, emitir parecer sobre as matérias de sua especialização, o qual deverá ser apresentado antes do encerramento da instrução processual.

Art. 12. O Procurador-Geral da República, ouvido o Conselho Superior, designará membro do Ministério Público Federal para, nesta qualidade, officiar nos processos sujeitos à apreciação do Cade.

<sup>98</sup> Art. 30. A SDE promoverá averiguações preliminares, de ofício ou à vista de representação escrita e fundamentada de qualquer interessado, quando os indícios de infração à ordem econômica não forem suficientes para a instauração de processo administrativo.

Sobre demais aspectos interessantes desse normativo, antes de tratar das condutas delituosas e das penas propriamente dito, deve-se destacar a consignação da responsabilização solidária de administradores e responsáveis das empresas e, para além disso ainda, a responsabilização do grupo econômico<sup>99</sup>; sendo inclusive inserida a possibilidade de desconsideração das personalidades jurídicas em certos casos relevantes.<sup>100</sup> Restando, por fim, expresso que a punição prescrita nessa lei não impede outras como aquelas no âmbito da lei 1.521/51:

Art. 16. As diversas formas de infração da ordem econômica implicam a responsabilidade da empresa e a responsabilidade individual de seus dirigentes ou administradores, solidariamente.

Art. 17. Serão solidariamente responsáveis as empresas ou entidades integrantes de grupo econômico, de fato ou de direito, que praticarem infração da ordem econômica.

Art. 18. A personalidade jurídica do responsável por infração da ordem econômica poderá ser desconsiderada quando houver da parte deste abuso de direito, excesso de poder, infração da lei, fato ou ato ilícito ou violação dos estatutos ou contrato social. A desconsideração também será efetivada quando houver falência, estado de insolvência, encerramento ou inatividade da pessoa jurídica provocados por má administração.

Art. 19. A repressão das infrações da ordem econômica não exclui a punição de outros ilícitos previstos em lei.

Passando à análise das infrações econômicas referidas nessa lei, junto ao artigo 20, são apresentadas quatro condutas centrais puníveis: i) limitação da livre-iniciativa ou livre-concorrência; ii) dominação de mercado relevante; iii) aumento arbitrário de lucros; iv) exercício abusivo de posição dominante:

Art. 20. Constituem infração da ordem econômica, independentemente de culpa, os atos sob qualquer forma manifestados, que tenham por objeto ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados:

I - limitar, falsear ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência ou a livre iniciativa;

II - dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III - aumentar arbitrariamente os lucros;

IV - exercer de forma abusiva posição dominante.

<sup>99</sup> “No que tange à responsabilidade da empresa-mãe pelos atos das controladas, o art.17 da Lei 8.884/94 consolidou a tradição europeia de responsabilizar também a *parent company* por atos de suas subsidiárias, valendo-se da construção doutrinária da *unique economic entity*. Considera-se, então, as empresas integrantes de um grupo econômico como mesmo ente, para fins de aplicação da Lei Antitruste.” FORGIONI, p. 142.

<sup>100</sup> “[...] é possível verificar, da simples análise do referido texto, que o legislador não quer tolerar artifícios para fugir à aplicação do direito antitruste, dada a amplitude subjetiva por ele adotada.” PROENÇA, p. 51.

§ 1º A conquista de mercado resultante de processo natural fundado na maior eficiência de agente econômico em relação a seus competidores não caracteriza o ilícito previsto no inciso II.

§ 2º Ocorre posição dominante quando uma empresa ou grupo de empresas controla parcela substancial de mercado relevante, como fornecedor, intermediário, adquirente ou financiador de um produto, serviço ou tecnologia a ele relativa.

§ 3º A posição dominante a que se refere o parágrafo anterior é presumida quando a empresa ou grupo de empresas controla 20% (vinte por cento) de mercado relevante, podendo este percentual ser alterado pelo Cade para setores específicos da economia.

Com efeito, note que a noção de infração econômica nesse dispositivo é extremamente ampla por inserir dois princípios constitucionais, sendo assim abstrata e bastante rigorosa – do que merece críticas –, principalmente pela consignação de domínio de mercado relevante e, o que é pior, pela simples idéia de “aumento arbitrário de lucro”. Ora, ainda que deixe claro a exceção de conquista de mercado por eficiência econômica, importante destacar que esses incisos dão margem para muitas arbitrariedades do poder público. Arbitrariedades que podem ser ainda mais graves se pensadas na simples indicação da idéia de lucro excessivo ao inciso III, algo extremamente relativo e que traz ofensa grave a liberdades de comércio e pode punir, em termos econômicos, atividades inovadoras e criativas dos empresários que, como prescreve a teoria econômica, com o tempo, submetem-se ao mesmo panorama de concorrência perfeita. Idéia essa do inciso III que, para autores como Paula FORGIONI, denota uma proteção que a lei faz também em sede do consumidor:

Ou seja, ao mesmo tempo em que se protege a livre iniciativa e a livre concorrência, protege-se (no caso do inc. III do art. 20, também de forma imediata – é bom que se frise) o consumidor, impedindo que a ele sejam impostos preços excessivos, mediante o aumento arbitrário de lucros.<sup>101</sup>

Vale indicar, ainda, que a lei apresenta um outro *hall* exemplificativo de infrações econômicas que tem a mesma formação teleológica das leis de 1.521/51 e 8.137/62 e uma fuga da abstração pura e simples<sup>102</sup>:

Art. 21. As seguintes condutas, além de outras, na medida em que configurem hipótese prevista no art. 20 e seus incisos, caracterizam infração da ordem econômica;

<sup>101</sup> FORGIONI, p. 239.

<sup>102</sup> “Em decorrência desse sistema adotado pela Lei 8.884/94, o intérprete brasileiro acaba por ser poupado de esforços hermenêuticos para caracterização de determinada prática como atentatória à ordem econômica, como ocorre em outros ordenamentos.” FORGIONI, p. 139.

- I - fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;
- II - obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;
- III - dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;
- IV - limitar ou impedir o acesso de novas empresas ao mercado;
- V - criar dificuldades à constituição, ao funcionamento ou ao desenvolvimento de empresa concorrente ou de fornecedor, adquirente ou financiador de bens ou serviços;
- VI - impedir o acesso de concorrente às fontes de insumo, matérias-primas, equipamentos ou tecnologia, bem como aos canais de distribuição;
- VII - exigir ou conceder exclusividade para divulgação de publicidade nos meios de comunicação de massa;
- VIII - combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;
- IX - utilizar meios enganosos para provocar a oscilação de preços de terceiros;
- X - regular mercados de bens ou serviços, estabelecendo acordos para limitar ou controlar a pesquisa e o desenvolvimento tecnológico, a produção de bens ou prestação de serviços, ou para dificultar investimentos destinados à produção de bens ou serviços ou à sua distribuição;
- XI - impor, no comércio de bens ou serviços, a distribuidores, varejistas e representantes, preços de revenda, descontos, condições de pagamento, quantidades mínimas ou máximas, margem de lucro ou quaisquer outras condições de comercialização relativos a negócios destes com terceiros;
- XII - discriminar adquirentes ou fornecedores de bens ou serviços por meio da fixação diferenciada de preços, ou de condições operacionais de venda ou prestação de serviços;
- XIII - recusar a venda de bens ou a prestação de serviços, dentro das condições de pagamento normais aos usos e costumes comerciais;
- XIV - dificultar ou romper a continuidade ou desenvolvimento de relações comerciais de prazo indeterminado em razão de recusa da outra parte em submeter-se a cláusulas e condições comerciais injustificáveis ou anticoncorrenciais;
- XV - destruir, inutilizar ou açambarcar matérias-primas, produtos intermediários ou acabados, assim como destruir, inutilizar ou dificultar a operação de equipamentos destinados a produzi-los, distribuí-los ou transportá-los;
- XVI - açambarcar ou impedir a exploração de direitos de propriedade industrial ou intelectual ou de tecnologia;
- XVII - abandonar, fazer abandonar ou destruir lavouras ou plantações, sem justa causa comprovada;
- XVIII - vender injustificadamente mercadoria abaixo do preço de custo;
- XIX - importar quaisquer bens abaixo do custo no país exportador, que não seja signatário dos códigos Antidumping e de subsídios do Gatt;
- XX - interromper ou reduzir em grande escala a produção, sem justa causa comprovada;
- XXI - cessar parcial ou totalmente as atividades da empresa sem justa causa comprovada;
- XXII - reter bens de produção ou de consumo, exceto para garantir a cobertura dos custos de produção;

XXIII - subordinar a venda de um bem à aquisição de outro ou à utilização de um serviço, ou subordinar a prestação de um serviço à utilização de outro ou à aquisição de um bem;

XXIV - impor preços excessivos, ou aumentar sem justa causa o preço de bem ou serviço.

Parágrafo único. Na caracterização da imposição de preços excessivos ou do aumento injustificado de preços, além de outras circunstâncias econômicas e mercadológicas relevantes, considerar-se-á:

I - o preço do produto ou serviço, ou sua elevação, não justificados pelo comportamento do custo dos respectivos insumos, ou pela introdução de melhorias de qualidade;

II - o preço de produto anteriormente produzido, quando se tratar de sucedâneo resultante de alterações não substanciais;

III - o preço de produtos e serviços similares, ou sua evolução, em mercados competitivos comparáveis;

IV - a existência de ajuste ou acordo, sob qualquer forma, que resulte em majoração do preço de bem ou serviço ou dos respectivos custos.

Perante essas condutas, por essa descrição acima, incidem as mais diversas sanções administrativas das quais se destacam as patrimoniais sobre a empresa e respectivos responsáveis. Penas que, assim, na esteira desse normativo, são as mais criativas e eficientes possíveis como a divulgação na imprensa das sanções, realizando uma espécie de marketing institucional invertido, a proibição de contratações públicas, a inscrição em cadastros de consumidores e, por fim, a própria interferência na organização societárias dessas empresas ou grupos. Penas, dessa forma, que mais que previsões criminais ou cominatórias, trazem prejuízos profundos às atividades das organizações empresariais. Sendo que muitos são os aspectos relevantes para quantificação dessas penas como vantagem econômica auferida e situação econômica do infrator:

Art. 27. Na aplicação das penas estabelecidas nesta lei serão levados em consideração:

I - a gravidade da infração;

II - a boa-fé do infrator;

III - a vantagem auferida ou pretendida pelo infrator;

IV - a consumação ou não da infração;

V - o grau de lesão, ou perigo de lesão, à livre concorrência, à economia nacional, aos consumidores, ou a terceiros;

VI - os efeitos econômicos negativos produzidos no mercado;

VII - a situação econômica do infrator;

VIII - a reincidência.

Ainda no que compete a esse processo de investigação administrativa, observe que é devidamente prescrito que a apuração econômica deve ser rápida tendo em vista

a própria dinâmica econômica da atualidade. Ainda, resta expresso que as decisões do CADE devem obedecer certos aspectos próprios das decisões judiciais como a motivação e a descrição cuidadosa de fatos, sendo que, também, é possível, dependendo do caso, a realização de medidas acautelatórias:

Art. 40. As averiguações preliminares e o processo administrativo devem ser conduzidos e concluídos com a maior brevidade compatível com o esclarecimento dos fatos, nisso se esmerando o Secretário da SDE, e os membros do Cade, assim como os servidores e funcionários desses órgãos, sob pena de promoção da respectiva responsabilidade.

Art. 46. A decisão do Cade, que em qualquer hipótese será fundamentada, quando for pela existência de infração da ordem econômica, conterà:

I - especificação dos fatos que constituam a infração apurada e a indicação das providências a serem tomadas pelos responsáveis para fazê-la cessar;

II - prazo dentro do qual devam ser iniciadas e concluídas as providências referidas no inciso anterior;

III - multa estipulada;

IV - multa diária em caso de continuidade da infração.

Parágrafo único. A decisão do Cade será publicada dentro de cinco dias no Diário Oficial da União.

Art. 52. Em qualquer fase do processo administrativo poderá o Secretário da SDE ou o Conselheiro-Relator, por iniciativa própria ou mediante provocação do Procurador-Geral do Cade, adotar medida preventiva, quando houver indício ou fundado receio de que o representado, direta ou indiretamente, cause ou possa causar ao mercado lesão irreparável ou de difícil reparação, ou torne ineficaz o resultado final do processo.

Por fim, dentro desse processo de penalização de condutas econômicas, importante destacar que o poder geral de cautela por parte do CADE é bastante amplo e possibilita, por exemplo, um julgamento que realize um simples compromisso de cessação de condutas<sup>103</sup> como, ainda, julgamentos com graus ilimitados de restrições e obrigações:

Art. 53. Em qualquer fase do processo administrativo poderá ser celebrado, pelo Cade ou pela SDE ad referendum do Cade, compromisso de cessação de prática sob investigação, que não importará confissão quanto à matéria de fato, nem reconhecimento de ilicitude da conduta analisada.

Sendo que o estudo econômico e a leitura de mercado por parte do CADE é extremamente importante para que sejam evitadas decisões restritivas que denotem atrasos em movimentos econômicos contrariamente a incrementos na prestação da

<sup>103</sup> “A criação desse instituto, consubstanciado expressamente em compromissos assumidos pelas empresas perante a autoridade antitruste, teve por inspiração o caráter impositivo e compensatório dessas condições (eficiências econômicas que possam ser compartilhadas não só pelas empresas

atividades econômicas<sup>104 105</sup>, ou mesmos casos em que a concorrência seja apenas aparentemente ofendida:

Art. 54. Os atos, sob qualquer forma manifestados, que possam limitar ou de qualquer forma prejudicar a livre concorrência, ou resultar na dominação de mercados relevantes de bens ou serviços, deverão ser submetidos à apreciação do Cade.

§ 1º O Cade poderá autorizar os atos a que se refere o caput, desde que atendam as seguintes condições:

I - tenham por objetivo, cumulada ou alternativamente:

a) aumentar a produtividade;

b) melhorar a qualidade de bens ou serviço; ou

c) propiciar a eficiência e o desenvolvimento tecnológico ou econômico;

II - os benefícios decorrentes sejam distribuídos equitativamente entre os seus participantes, de um lado, e os consumidores ou usuários finais, de outro;

III - não impliquem eliminação da concorrência de parte substancial de mercado relevante de bens e serviços;

IV - sejam observados os limites estritamente necessários para atingir os objetivos visados.

---

requerentes, beneficiárias diretas, mas, também, pelo mercado e pela sociedade). Trata-se de um instituto de relevância evidente dentro do direito da concorrência [...].” PROENÇA, p. 144.

<sup>104</sup> “Não se trata, assim, de evitar aquelas coligações empresariais benéficas à economia do país, tampouco de proibir associação de capitais visando o incremento da produção de bens e/ou o barateamento dos custos, com a conseqüente baixa de preços, em síntese sempre benéfica para um número indeterminado de pessoas.” MANTECCA, p. 33-34.

<sup>105</sup> “[...] o antitruste, de forma indelével, a análise econômica, instrumento de uma busca maior: a eficiência alocativa do mercado, que sempre beneficia os consumidores.” FORGIONI, p. 160.

### **3 FORMAÇÃO DO PROCESSO PENAL**

Transcorrendo o estudo acerca dos delitos contra a ordem econômica, sendo apresentadas as três estruturas administrativas que tratam sobre o tema e as respectivas previsões legislativas relevantes, importante passar para um estudo da formação do processo penal-nessa matéria.

Ora, serão brevemente analisados cinco pontos peculiares quanto ao processo penal em matéria de ordem econômica; características do delito contra a ordem econômica que dificultam a formação, tramitação e conclusão dos processos.

Primeiramente, frisa-se dificuldades e conflitos de competências profundos que envolvem a formação do inquérito policial e a participação do Ministério Público Federal. No que diz respeito a crimes contra a ordem econômica o que se vê é uma larga participação do Ministério Público Federal – principalmente em matéria de lavagem de dinheiro e dos chamados-crimes do colarinho branco— frente a um tímido envolvimento da Polícia Federal que, na maioria das vezes, acaba numa espécie de subordinação de fato. Cenário que gera muitas arbitrariedades e provoca muitas críticas na doutrina.

Num segundo panorama, como será abordado, ao que diz respeito ao delito contra a ordem econômica, nota-se uma dificuldade no enquadramento de tipo para motivação da denúncia. Como foi visto, a complicada rede de normativos penais e a abstração carregada na maior parte das vezes nos dispositivos dificulta a quebra de inércia do judiciário.

Levando a frente esse processo, todavia, estando enquadrada a conduta no respectivo tipo, passa-se a uma nova dificuldade; ora, em matéria dos crimes contra a ordem econômica, muitos são os questionamentos que envolvem condições da ação. Muito se discute a antijuridicidade e culpabilidade do crime como muito se discute a autoria, a responsabilização dos agentes.

Mais a frente, ainda, vencidos esses três obstáculos, nota-se que a instrução que informa o processo penal de crimes contra a ordem econômica é muito particular.



É ela extremamente técnica e muito delicada haja vista que envolve matérias eminentemente econômicas e requer uma abstração suficiente para visualizar o significado da ofensa a este dado bem jurídico supra-individual.

Por fim, indicando novas peculiaridades nesses casos, observe que a formação de sentença penal nessas matérias é extremamente difícil. Além da dificuldade em tratar da tipicidade nessa matéria e de selecionar elementos convincentes da fase probatória, sem dúvida, incorre o julgador em problemas de peso da gravosidade e da individualização das condutas, isso para não falar de quantificação das penas.

Transcrevo:

[..] obstáculos podem ser sintetizados da seguinte forma: a grande complexidade que apresentam os fatos de investigação judicial, as dificuldades tanto jurídica como econômica da matéria; a ausência de especialistas para fazer frente a esta complexidade e ainda; a insuficiente assistência judicial nas relações internacionais.<sup>106</sup>

PIMENTEL também trata nesse sentido em referência a Paulo Salvador Frontini (Crime econômico por meio da empresa, in Revista de Direito Mercantil, vol. 5, ano XI):

Num enfoque sumário, podem ser visualizados os seguintes pontos críticos, que impediram a efetiva existência do Direito penal econômico entre nós: a) o fragmentismo da legislação; b) o desconhecimento da forma real de atuação do crime econômico; c) a inadequação dos princípios clássicos da responsabilidade penal aos preceitos típicos de Direito penal que descrevem delitos econômicos e aos característicos fáticos e psicológicos desse tipo de delito; e, d) a impropriedade das sanções penais.

Ora, adentrando nestes tópicos específicos em matéria de procedimento penal, busca-se atentar – como se buscou nesse trabalho – a importância de uma forte ligação da apuração criminal com as esferas administrativas. Isso porque, a matéria ordem econômica tem um condão técnico profundamente complexo e diversas peculiaridades; sendo que nada melhor do que essas estruturas administrativas para indicar ilícitos que exijam não apenas punições patrimoniais mas também penais.

O processo de investigação em matéria contra a ordem econômica se dá com maior eficiência e justiça com apoio de cada uma das respectivas entidades administrativas. Ainda que se fale numa independência de instâncias administrativas e

---

<sup>106</sup> RIOS, p. 18.

judiciais, é difícil pensar na identificação e denúncia de crimes financeiros sem a devida consulta ao Banco Central que detém controle de registros da economia, também, difícil pensar em crimes contra as telecomunicações sem o devido apoio da ANATEL e, quando parece ainda mais grave, difícil falar em crimes de concorrência sem a devida consulta às citadas secretarias federais e ao CADE.

Desde já antecipando uma crítica de muitos autores especializados nessas matérias, o que se tenta demonstrar é que o Direito Penal Econômico deve consignar estritamente ligado à tutela administrativa da ordem econômica. Não se pode conceber arbitrariedades nesse campo sem o devido e satisfatório conhecimento de causa, ainda mais sob uma estrita tendência em descriminalização de condutas e agravamento de punições patrimoniais. Deve constar uma espécie de diálogo dentre políticas públicas manifestas na intervenção e regulação econômicas em sede administrativa e o judiciário. As estruturas administrativas devem ser valorizadas em se tratando de Direito Penal; não, como ocorre no cível, deve-se observar tentativas prepotentes do judiciário. Matérias técnicas que envolvem, como prescreve a doutrina administrativista, cunho discricionário devem ser preservadas reservando uma apreciação de atos vinculados. PROENÇA bem toca no assunto em matéria de concorrência:

[...] não poderá o Poder Judiciário apreciar a conveniência e oportunidade da autorização ou proibição, pelo CADE, do ato colocado à sua apreciação. Por outro lado, em se tratando de ato vinculado, este poderá sempre ser revisto pelo Poder Judiciário, que terá a habilidade de alterá-lo ou mantê-lo, total ou parcialmente.<sup>107</sup>

Fatalmente o Direito brasileiro só perde – juntamente ao próprio conceito de justiça – quando, contemporaneamente, busca-se atacar, muitas vezes sem critério, procedimentos administrativos fundados no Banco Central do Brasil particularmente ligados à liquidação financeira; ou quando se busca viciar decisões de regulação econômica em face de dirigentes de agências como, nos casos mais evidenciados, quando as decisões do CADE sofrem pressão até mesmo de dentro de governo federal.

---

<sup>107</sup> PROENÇA, p. 161.

Nesse entendimento, como será verificado à frente, passa-se a aspectos peculiares do processo penal em matéria de ordem econômica decorrentes da leitura anterior de desdobramentos e estruturas administrativas.

### **3.1 O Inquérito Policial e a Participação do Ministério Público Federal**

Muita discussão e muitos fatos reprováveis envolvem a formação do inquérito em matéria de crimes contra a ordem econômica. Isso porque se observa que o Ministério Público Federal tem adotado uma postura centralizadora da matéria frente à Polícia Federal; ou seja, além de reunir elementos para inquéritos cíveis frente ajuizamentos de Ações Civis Públicas – bem jurídico supra-individual –, o MPF tem promovido investigações envolvendo comumente crimes do colarinho branco e, principalmente, crimes de lavagem de dinheiro.

Nesse sentido, muitos problemas surgem entorno desses supostos limites de investigação. Muitos são os questionamentos que envolvem diligências preliminares nessa matéria e muitas são as medidas afirmativas em favor de princípios constitucionais como a presunção de inocência e o sigilo de informações.

Sem dúvida, o processo de investigação que tem envolvido os crimes contra a ordem econômica se transformou numa verdadeira cruzada do poder público contra verdadeiros estereótipos criminais. Com apoio da própria imprensa, numa espécie de processo histórico de reprovação da corrupção consolidada no poder público e no sistema financeiro e de tentativa de inversão do fator impunidade, muitas medidas arbitrárias tem sido adotadas sem qualquer individualização de condutas e sobre indícios frágeis.

Muitos holofotes são colocados sobre grandiosas operações arquitetadas pelo MPF e levadas a cabo pela Polícia Federal com o intuito de criar uma espécie de terror institucionalizado a toda matéria que envolve crimes contra a ordem econômica. Impera-se, assim, sem fundamentos convincentes, a multiplicação de mandados preventivos de prisão e a quebra coletiva de quaisquer tipos de sigilo, seja de correspondência, bancário, telefônico e fiscal.

Enfim, busca-se a punição dos crimes contra a ordem econômica em espécies de exposições na mídia de indícios de autorias. Em função da dificuldade que circunda a instrução probatória nesses casos, o processo de investigação tem partido para uma perigosa equação invertida numa espécie de “presunção de culpa” e tem realizado um grande efeito em cascata totalmente arbitrário. Processo que, ressalte-se, acaba prejudicando procedimentos de investigação sérios e acaba por tornar definitivamente impunes verdadeiros responsáveis por hipotéticas operações.

Nesse sentido, importante que o judiciário adote uma postura de reprovação de arbitrariedades e de vícios processuais tais quais provas ilícitas e que indique um processo de investigação dos crimes econômicos, na esteira da constituição federal, junto à polícia federal<sup>108</sup>; sendo reservado ao Ministério Público Federal os procedimentos de investigação cível junto à Ação Civil Pública. Este papel, ressalte-se, que indica muito trabalho tal magnitude avança a ofensa ao bem jurídico supra-individual chamado ordem econômica.

Para efetivação desse processo, ressalte-se, importante que a Polícia Federal passe por um processo de qualificação e de especialização nos seus quadros. Para reverter o entendimento de que ela dificilmente age de ofício na apuração dos crimes contra a ordem econômica, antes de tudo, é preciso montar mecanismos de observação contínua no sistema. Nesse panorama, como demonstra uma tendência de outros países, deve ocorrer uma formação cultural da sociedade no sentido da repressão de crimes econômicos; não apenas uma reprovação, tal como se observa hoje, de ofensas em sede do direito do consumidor no âmbito da justiça estadual. Para além dessa tendência, assessorando esse trabalho policial, o que já se nota no sistema é uma participação maior de organizações do terceiro setor, tal como ONGs que se propõem a reprimir crimes contra a ordem econômica.

Por fim, o que se procura principalmente indicar nesse trabalho é que, para adequamento do processo de investigação criminal nessa matéria, buscando uma

---

<sup>108</sup> “No Brasil, a polícia judiciária nos crimes contra o sistema financeiro, isto é, a que atua na repressão dessa criminalidade, é, em princípio, a Polícia Federal”. CASTILHO, p. 141.

formação satisfatória do inquérito policial, essencial é a comunicação das esferas administrativas.

Cada uma dos três cenários administrativos relatados no capítulo anterior indicam um preciosismo técnico substancial e um trabalho de contenção de ofensas em sede administrativa que, naturalmente, traz a identidade de figuras criminais.

Especificamente sobre o sistema financeiro nacional, interessante colocar que o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, como órgãos técnicos ligados ao Conselho Monetário Nacional, possuem amplos conhecimentos e controle sobre operações das instituições financeiras e operações do mercado de capitais.

Mais do que conhecimento, como fica consignado a exemplo no artigo 28 da lei 7.492/86, tem essas instituições um dever jurídico de comunicação à Polícia Federal e ao Ministério Público Federal quando do momento de constatação de alguma infração ou crime. Como bem coloca CASTILHO:

A comunicação do Banco Central não se constitui em condição de procedibilidade para a instauração de inquérito policial ou de ação penal, mas na prática condiciona a atuação das demais instâncias.

[...] Sem dúvida, porém, a maioria dos casos de comunicação e denúncia pelos crimes contra o sistema financeiro nacional decorre de prévio procedimento administrativo instaurado pela autarquia [...].<sup>109</sup>

Especificadamente sobre esse dispositivo do artigo 28, frise-se ainda que do projeto da lei originário foi suprimido o texto que falava de ação penal subsidiária por parte do BACEN. Ora, já nos trabalhos legislativos, restava claro que o processo de efetivação da tutela da ordem econômica em sede criminal só se daria satisfatoriamente caso houvesse uma intervenção mais ativa por parte do Banco Central, além, naturalmente da Comissão de Valores Mobiliários.

Focando no BACEN, por decorrência de uma evolução sem precedentes na informática financeira – campo em que o Brasil está bastante avançado –, nota-se um controle cuidadoso das movimentações das instituições financeiras, campo da citada lei 4.595/64. O processo de insolvência em cascata das instituições ora observado em meio à década de 90 fez o BACEN desenvolver um sistema de antecipação de

---

<sup>109</sup> CASTILHO, p. 143, 154-155.

problemas financeiros e de identificação mais eficiente de fraudes operacionais. A contabilidade e as movimentações dessas instituições passa, assim, em tempo real para as autoridades financeiras. Exponente desse paradigma é o chamado Sistema de Pagamentos Brasileiros, o famoso SPB, capaz de uma leitura em tempo real do mercado. Isso para não falar do controle incrementado dessa instituição em sede cambial, algo até então nunca visto. Ou seja, nota-se uma capacitação do BACEN na identificação de operações e negociações ruins no mercado financeiro que deve ser profundamente considerado em sede criminal.

Nessa mesma tônica, também como órgão administrativo do sistema financeiro nacional, observa-se uma atuação intensa e um desenvolvimento assustador da Comissão de Valores Mobiliários. Como órgão técnico responsável pelo mercado de capitais, no âmbito da lei 4.728/65, a CVM tem realizado um policiamento e uma investigação no mercado cada vez mais rigorosa por decorrência de um processo de incentivo de combate de fraudes e de maior transparência das relações ali tratadas. Como próprio meio de sobrevivência do sistema, o mercado sofre processo de maior exposição, sob pena de ausência de financiamento. O que faz, a exemplo do caso do BACEN, uma percepção de criminalidade contra a ordem econômica extremamente positiva; principalmente para aqueles delitos inseridos pela lei 10.303/2001 citados no segundo capítulo.

Perante esse processo de investigação em sede econômica, ainda, interessante, a exemplo do sistema financeiro nacional, tratar da evolução dos outros dos mecanismos administrativos.

Ora, junto ao chamado marco regulatório, como necessidade que o próprio governo federal tem observado junto ao mercado internacional, restou essencial e acelerado um movimento de aprimoramento das estruturas dos ministérios federais e das agências reguladoras. Em que pesem conflitos políticos como os já tratados, resta inequívoco uma política de policiamento da administração pública sobre setores estratégicos da economia; uma verdadeira preocupação com a ordem econômica. Para além de esforços junto a discutida indexação de preços, colocada criminalmente pela

lei 8.137/90, o trabalho administrativo tem ganhado maiores proporções em prol de uma regulação mais complexa que garanta um desenvolvimento sustentável da economia, principalmente em se tratando de infra-estrutura. Algo incrementado também nas agências reguladoras. Dado que deve ser concebido nessa problemática aqui em estudo.

Mesma concepção do sistema de defesa da concorrência, estrutura de atuação administrativa de ofício para investigação e apuração de indícios de práticas de abuso de poder econômico seja pela concentração de mercado irregular ou seja pela noção de concorrência desleal. Sistema que tem surtido respeito crescente da opinião pública e do próprio meio empresarial; evolução garantida, em grande parte, a incrementos técnicos das Secretarias de Direito e de Acompanhamento Econômico ao lado do CADE. Garantia de um contato mais próximo da criminalidade econômica aqui em estudo.

Enfim, em sede de investigação dos crimes contra a ordem econômica, observam-se deficiências profundas que acabam cometendo excessos a maior e a menor; a maior pelas arbitrariedades atualmente visualizadas no corpo da Polícia Federal e do MPF e a menor pelo esquecimento e o hiato técnico de apuração dos casos. Algo, como se viu, que pode ser contornado pelo maior contato e apoio de estruturas técnicas administrativas, inegavelmente.

### **3.2 A Formação da Denúncia e as Condutas Penais Econômicas**

A formação da denúncia em matéria de crimes contra a ordem econômica é extremamente delicada haja vista que os normativos nessa matéria são altamente dispersos e abstratos<sup>110</sup>, para não dizer de alguns descontextualizados historicamente.

---

<sup>110</sup> “Um problema particular de determinabilidade do tipo é posto pela elevada frequência com que se depara, no âmbito do direito penal secundário, com normas penais em branco – com a sua típica cisão entre a norma de comportamento (cujo conteúdo vai buscar-se a outras leis ou mesmo a ordenamentos não penais) e a ameaça penal. Não parece justificar-se, porém, que desta circunstância se deduza logo a inconstitucionalidade daquelas normas, uma vez que nada na Constituição obriga à conexão, na mesma lei ou no mesmo preceito legal, da conduta proibida com a pena que lhe corresponde.” DIAS, p. 48-49.

Como foi exposto no segundo capítulo, os tipos penais envolvendo essa matéria são distribuídos entorno da remota lei 1.521/51 (artigos 2º e 3º), do Código Penal (artigos 168 e 171), da lei 4.728/65 (artigos 73 e 74), da lei 6.385/76 (artigo 27-C, D e E), da lei 8.137/90 (artigo 6º) e da lei 9.472/97 (artigo 183), afora as consolidadas leis 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro) e 9.613/98 (lavagem de dinheiro).

Sobre esses crimes, como restou enquadrado no segundo capítulo, em sede do sistema financeiro nacional – em que a agressão à ordem econômica se dá pelos mecanismos de controle estatal sobre a economia monetária –, distribui-se dispositivos na lei 1.521/51, no Código Penal e em todo conteúdo das leis 7.492/86 e 9.613/98; dispositivos bastante completos. Para além, quando à regulação econômica – em que a agressão se dá em ofensa às diretivas estatais em setores chaves –, pode-se colher previsões também na lei 1.521/51 e complementar com um dispositivo da lei 8.137/90 e com uma tímida colocação da lei que regula a ANATEL (9.472/97); previsões com diminuta efetividade. Por fim, sobre o chamado sistema de defesa da concorrência – em que a agressão se dá aos mecanismos de intervenção estatal na economia real, nos arranjos de mercado –, tem-se previsões apenas na mesma lei 1.521/51, algo praticamente suplantado em sede patrimonial administrativa.

Todas essas previsões, como será colocado, evitando um cansativo e desnecessário estudo individualizado, possuem características bastante parecidas em se tratando de ponderações processuais como sujeitos ativos e passivos, objetos jurídico de proteção, entre outros. Enfim, como crimes contra a ordem econômico, apesar das diferenças aparentes, são muito próximas suas características.

Tratando-se primeiramente da idéia de sujeitos ativos, em sede da ordem econômica, pode-se colocar os agentes basicamente como estruturas empresarias e corporativas atuantes no sistema financeiro, sujeitos a regulamentos econômicos ou partícipes de arranjos de mercado concorrencial. Esses agentes, naturalmente, que agem através de dirigentes e responsáveis administrativos; ressalvando que existem casos, principalmente no SFN, de atuação de agentes não empresariais.



Mais a frente, como estudo dos sujeitos passivos, identifica-se a noção de dano sobre toda a sociedade e de ofensa à ordem econômica como um todo da qual faz parte toda a coletividade. Enfim, dano jurídico coletivo, não apenas sobre um ou outro patrimônio individual que possa vir a ser lesado com mais intensidade:

Da tutela penal aproveita-se, portanto, não só quem pudesse ser levado ao engano [...] que viesse a padecer, em seu próprio patrimônio, as consequências danosas. Entre os sujeitos passivos do delito vai pois arrolada a própria sociedade [...].<sup>111</sup>

Nesse sentido, como objeto jurídico em proteção – nas figuras individualizadas do sistema financeiro, da concorrência e da regulação econômica – está a chamada ordem econômica. Como colocado no primeiro capítulo, o dever-ser de condicionamento da atividade econômica a determinados fins políticos do Estado manifesto num vasto conjunto de princípios constitucionais com destaque à livre-iniciativa e livre-concorrência.

Transcorrendo o estudo, passando para idéia de tipologia subjetiva e objetiva, forma-se uma concepção dos crimes contra a ordem econômica em repressão das condutas que procuram defraudar os mecanismos de regulação e intervenção estatal na economia, seja com ou sem interesse determinado para o lucro; algo conformado em figuras altamente abstratas. Ora, fazendo uso da mesma metodologia quanto à lei 7.492/86 no capítulo segundo, pode-se tratar da tipologia contra a ordem econômica em figuras que buscam reprimir: i) operações vedadas no ordenamento, ii) a chamada gestão operacional fraudulenta ou temerária, e iii) as fraudes de informações e contábeis.

Num estudo conjunto dos crimes econômicos, vê-se que o legislador busca sem sucesso, ao máximo, fugir de abstrações para punir condutas que põe em risco ou lesam a ordem econômica através de operações proibidas, da gestão operacional fraudulenta e de divulgação inexata de informações e relatórios contábeis. Operações vedadas no ordenamento como aquelas figuras mais concretas descritas no SFN ou concebidas na concorrência pelo processo de concentração econômica desautorizado ou, ainda, tratado como indexação de preços ou descumprimento de regulamentos das

agências no âmbito de regulação econômica. Para além, em campo muito mais abstrato, fala-se de gestão operacional fraudulenta e temerária quanto a operações ruinosas no SFN, quanto a acordos de concorrência desleal ou mesmo descumprimento de padrões oficiais de preços de produtos. Finalmente, quanto a fraudes de informações e contabilidade, pela dinâmica das relações econômicas, fala-se em divulgação falsa de informações ou divulgação inexata de relatórios obrigatórios e facultativos de caráter operacional ou financeiro.

Enfim, para conformação desses tipos, fala-se de abstrações e normas em branco naturalmente preenchidas por normativos cíveis ou instruções administrativas<sup>112</sup>. Conceitos e diretivas subsidiárias a essas normas criminais que não podem ser esquecidas, como bem já abordou esse estudo, sob pena de inviabilidade de enquadramento das condutas<sup>113</sup> ou de cometimentos de arbitrariedades sob perigoso uso de analogias vedadas em nosso ordenamento. Transcrevo:

[...] o problema de saber se a particular ligação do ilícito a valorações legislativas materiais, como as implicadas nos bens de carácter económico-social de que aqui se trata, não poderá conduzir à adopção de modelos interpretativos analógicos – nomeadamente do tão apregoado ‘modelo (ou modo) de consideração económica’ no direito penal económico -, tendentes a substituir a descrição factual das condutas pela referência a complexos totais de valores ou de fins a prosseguir. [grifo nosso]<sup>114</sup>

Com efeito, se de um lado se torna necessário a adoção de normas penais em branco para evitar atrasos legislativos por circunstância técnica e para suprir a característica de “*instável e dinâmico*”<sup>115</sup> do Direito Penal Econômico, de outro passa-se a um cuidado especial com relação ao respeito à temporalidade e conhecimento da norma:

<sup>111</sup> PEDRAZZI, p. 50.

<sup>112</sup> “Quanto à técnica de tipificação, percebe-se que na elaboração típica destas figuras o legislador faz uso freqüente de elementos normativos, bem como remete o próprio tipo à regulamentação jurídica extrapenal, a qual atua como sustentáculo da infração delitiva.” RIOS, p.19.

<sup>113</sup> “[...] tumultuada e tormentosa legislação, multiplicando inadequadamente os tipos de delitos, conduz à descrença na eficácia do Direito, à desconfiança na Justiça, enfraquecendo a prevenção geral e especial.” PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. p. 26.

<sup>114</sup> DIAS, p. 47-48.

<sup>115</sup> DIAS, Jorge de Figueiredo; ANDRADE, Manoel da Costa. **Problemática geral das infracções contra a economia nacional**. In: PODVAL, Roberto. **Temas de direito penal econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 76.

[...] a principal vantagem da norma penal em branco é a estabilidade do dispositivo principal, emanado de autoridade legislativa de maior categoria através de moroso e complicado processo. As mutações impostas em razão do tempo e do lugar se fazem por meio de atos legislativos mais simples [...]<sup>116</sup>

[...] a freqüente utilização de ‘cláusulas gerais’ cujo intuito é não só evitar lacunas como também não limitar as linhas de orientação da política criminal numa matéria em si mesma tão propícia à mutação e à transformação. Porém, é sempre bom lembra-lo, a utilização de cláusulas gerais na definição da norma incriminadora é uma técnica extraordinariamente perigosa no campo do direito penal já que este é, por excelência, o ramo do direito que joga com a liberdade das pessoas. Neste sentido, o emprego de uma cláusula geral parece-nos ser de rejeitar liminarmente, porque violador do princípio da tipicidade. É isto por muito eficaz que possa parecer. Às tentações enfobantes dos desígnos do legislador há que fazer frente com a limpidez e transparência dos princípios comunitariamente assumidos, mormente a nível constitucional.<sup>117</sup>

Interessante que a discussão que envolve temporalidade e vedação de irretroatividade legal se apresenta com exceções profundas no Direito Penal Econômico haja vista a edição comum, principalmente no passado, de normativos extraordinários com supressão de benefícios de pena em favor do réu sob fundamento do interesse público. Matéria extremamente conturbada no ordenamento.

Ainda perante esse estudo, note que os crimes contra a ordem econômica são coincidentes na utilização de tipos por omissão e de tipos chamados de perigo presumido. Ora, considerando que a ofensa recai sob mecanismos de regulação e intervenção governamental, observa-se figuras normativas que punem a falta de observância de diretivas estatais; não necessariamente uma ação afirmativa de ofensa, mas sim omissiva. Além disso, pelo conteúdo técnico e dificuldade de especificação de danos incorridos, fala-se de figuras normativas em prol de perigos presumidos – sem a necessidade de comprovação de dano efetivo –, característica, ressalve-se, que remonta a denúncia para prévias apreciações altamente técnicas:

[...] os delitos em foco não requerem a verificação de um evento de dano, não se faz mister indagar se as operações vedadas apresentem em concreto efetivo perigo [...]<sup>118</sup>

<sup>116</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. p. 50.

<sup>117</sup> COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da costa. **Sobre a concepção e os princípios do Direito Penal Econômico**. In: PODVAL, Roberto. **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 110.

<sup>118</sup> PEDRAZZI, p. 176-177.

Por estes e outros fatores que, como se procura apontar nesse item, a propositura da denúncia deve preceder análises técnicas cuidadosas ao lado da lei, sob pena de indicativos de acusação inexatos. Fora tudo o que já foi tratado acima e que é tema recorrente de artigos especializados do Direito Penal Econômico, importante que a denúncia não seja frustrada por formulações do Direito Penal geral não aplicáveis nos mesmos termos em sede econômica. Como exemplo, na acusação, dentro da dogmática tradicional, perigoso fazer uso do preceito tentativa sem indícios inquestionáveis por meio de instrumentos preventivos abstratos; algo dificilmente recepcionado para bens indeterminados:

[...] quanto à tentativa, estender ao direito penal secundário a idéia de sua impunibilidade de princípio, [...], não seria razoável, pois que naquele direito se não trata de mera prevenção de perigos longínquos e indeterminados para bens jurídicos individuais.<sup>119</sup>

Assim como na defesa poderia-se dizer que a utilização inadequada de figuras como o erro – nas suas mais distintas categorias –, fatalmente, conduziria para condenações pela própria confirmação subjacente da conduta:

[...] restam em aberto questões concernentes à problemática do erro, as atinentes à co-autoria, as relativas à criminalização da pessoa jurídica – a sua desconsideração nos casos em que dificulte o ressarcimento de prejuízo causado, bem como obstaculize a identificação daqueles que possuem o domínio do fato – e da característica posição de garantidor do empresário diante dos crimes comissivos por omissão.<sup>120</sup>

Lembrando acerca de todos esses pontos que, como indica a doutrina melhor credenciada, “os modelos jurídicos, [...], devem corresponder à realidade fática, como resposta à reprovação que tais comportamentos suscitam no consenso social.”<sup>121</sup> Não se pode simplesmente multiplicar ações penais em sede econômica por uma simples constatação de política criminal ou tentativa de sobrepor limites retributivos do Direito Penal para noções ditas educativas.

Finalmente, do que também motiva muitos artigos especializados no Direito, note que a propositura da ação penal pode se dar independente da conclusão do processo administrativo respectivo, não necessitando o Ministério Público aguardar a

<sup>119</sup> DIAS, p. 53.

<sup>120</sup> RIOS, p. 19.

<sup>121</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. p. 40-41.

representação segundo posição do Supremo Tribunal Federal (ADIN 1571-1 e HC nº 77.711-9/RS). Entendimento que já começa a ser questionado nessa mesma corte (HC nº 77.002-9) e no Superior Tribunal de Justiça (HC nº 18.005/RS).

### **3.3 Condições da Ação**

Sobre um terceiro ponto relevante acerca da formação do processo penal em matéria de crimes contra a ordem econômica, importante tratar sobre as condições da ação. Ora, deve-se destacar que o estudo da teoria geral do direito penal enseja os mais variados questionamentos envolvendo os elementos formadores do crime contra a ordem econômica.

Afora a idéia de tipicidade já tratada no ponto acima, ressalte-se que a antijuridicidade e a culpabilidade em matéria de crimes contra a ordem econômica são extremamente delicadas haja vista a magnitude do bem jurídico em exame.

Em termos de antijuridicidade<sup>122</sup>, sem que pesem críticas em sentido contrário, importante ressaltar que os crimes contra a ordem econômica são diferenciados em termos de justificação. Para esses, a aplicação das causas de exclusão da antijuridicidade – estado de necessidade, legítima defesa e cumprimento do dever legal – aplicam-se diferenciadamente. Ora a leitura econômica dessas possíveis motivações se dá em termos técnicos junto às competentes estruturas administrativas; ou seja, a exclusão da antijuridicidade não se dá como manifestação de um consenso social leigo, coletivo, mas sim do credenciamento técnico em cada uma das respectivas matérias.

Enfim, a leitura da antijuridicidade para formação do crime não se pode dar pelo simples norte de clamor social; principalmente na atualidade em que a sociedade, influenciada por meios de comunicação, sofre de uma sede criminizadora extremamente perigosa.

---

<sup>122</sup> “A inserção do tipo em uma lei penal converte-se em exigência de ação ou de omissão de determinados comportamentos. Mas o que converte tais comportamentos em formas de crimes, não é apenas a inscrição dos modelos no direito positivo. Antes disso, a estimativa de valor já informara o legislador de que as referidas condutas ofendiam ou colocavam em perigo de ofensa bens ou interesses relevantes e, por isso mesmo, mereciam tratamento penal adequado. [...] Os tipos penais indicariam as

Com efeito, sob leitura diferenciada, “*em se tratando de delitos econômicos, percebe-se que aumentam as dificuldades normalmente sentidas pelo legislador. [...] A política econômico-financeira do governo é assunto para especialistas. Seus acertos e erros só podem ser analisados por alguns estudiosos, não havendo, portanto, manifestação de consciência coletiva, como sói acontecer relativamente aos crimes comuns.*”<sup>123</sup>

Mesmo assim, há autores que negam parcialmente essa idéia por apreciar um tratamento antijurídico mais rígido a fim de reprimir danos mais contundentes à coletividade: “*não há a menor dúvida que, em razão dos bens ou interesses aos quais ofendem, os delitos econômicos estão a reclamar mais rígido tratamento penal*”.<sup>124</sup>

Sobre a culpabilidade, mais a frente, quanto a peculiaridades do delito econômico, importante frisar que a submissão do agente para com a pena – quando já caracterizado o crime – tem fundamentos particulares de imputabilidade, consciência potencial de ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Deixando o primeiro aspecto para o fim, em se tratando de consciência potencial de ilicitude, interessante consignar que a atuação ativa dos órgãos administrativos em matéria econômica impede, em esmagadora porcentagem dos casos, que o agente se escuse da pena sob alegação de desconhecimento. Ora, o emaranhado regulamentar em sede administrativa e o processo contínuo de fiscalização, orientação e repressão administrativa impede que a maioria das fugas penais tenham resultado. Uma das únicas situações diferenciadas, como se poderia argumentar, certamente não estariam nem no sistema financeiro nem no sistema concorrencial de grandes corporações; mas sim em certos setores com regulamentação incipiente do Direito – como setor de águas (ANA) – ou ainda sistemas concorrenciais localizados e regionalizados, como mecanismos de concorrência desleal de pequenos comércios em comunidades isoladas.

---

condutas capazes de se constituírem em graves infrações da ordem jurídica, conforme julgamento axiológico prévio do legislador.” PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. p. 52-53.

<sup>123</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. p. 58.

<sup>124</sup> SANTOS, p. 106.

Sobre a idéia de exigibilidade de conduta diversa, note que a análise em estudo também deve partir de estruturas administrativas que podem apresentar com mais precisão perfis de mercados e condutas padrões para agentes econômicos. Apenas esses órgãos podem avaliar, por exemplo, se dada empresa teria possibilidade de sobreviver no mercado se não fizesse uso de referida conduta financeira ou concorrencial em face, por exemplo, do comércio internacional predatório ou em face de ambiente cambial excessivamente volátil da economia.

Finalmente, ao que consta ser o item mais discutido nessa matéria, veja que a imputabilidade em se tratando de crimes econômicos possui as mais conflitantes leituras. Para certos autores – principalmente aqueles aventurados no Direito Ambiental, – fala-se no tratamento penal das pessoas jurídicas e, para outros – principalmente aqueles advindos do mercado financeiro –, fala-se de uma leitura da culpabilidade diretiva com ou sem a chamada solidarização. Ou seja, o estudo de imputabilidade se mostra extremamente cuidadoso nessa matéria, principalmente pela fuga da proteção patrimonial e individual do Direito Penal clássico:

Reforça-se assim, seguindo a conhecida construção de Claus Roxin, a necessidade de adoptar neste campo um conceito restritivo de autoria, ainda quando no direito penal clássico pudesse aceitar-se o conceito extensivo; e afasta-se, de todo modo, a tentação de transpor para o direito penal secundário uma concepção lata de autoria como a que a lei alemão federal consagrou, apesar de generalizada contestação doutrinal [...].<sup>125</sup>

Primeiramente, sem nenhuma pretensão de esgotar esse tema mas de apenas lançar a discussão, observa-se posicionamentos de autores mais clássicos e tradicionais que defendem a impossibilidade de criminalização da pessoa jurídica contrariamente a outros que, em meio a construções duvidosas da década de 1990, falam em uma nova fase do Direito Penal.

Parecendo o raciocínio mais seguro de todos dentro desse estudo de ordem econômica, Cesare PEDRAZZI – que bem aborda questões penais ligadas a sociedades comerciais – defende uma postura do direito penal em prol da responsabilização apenas de pessoas físicas, sob pena do cometimento de injustiças ou arbitrariedades:

---

<sup>125</sup> DIAS, p. 50.

[...] ainda que limitemos a discussão aos crimes que ofendem exclusivamente interesses de terceiros, não parece que a responsabilidade penal da sociedade possa constituir meio eficaz de política criminal. A experiência ensina que nas sociedade por ações, não obstante a estruturação democrática imposta pela lei, o poder efetivo concentra-se habitualmente em mãos de número restrito de indivíduos, cujos interesses nem sempre coincidem com o interesse social. [...] Daí resulta que a ameaça de uma sanção penal endereçada à sociedade não poderia desempenhar séria eficácia dissuasiva. O problema está, pelo contrário, em individuar e golpear as pessoas físicas que escondem sua atividade delituosa por trás dos muros protetores da pessoa jurídica.<sup>126</sup>

Postura diferenciada de muitos autores nacionais, notadamente na maioria das vezes ligados ao MPF, que defendem, inclusive sob fundamento de leis como a 8.884/94, a quebra dos obstáculos de criminalização da pessoa jurídica<sup>127</sup>:

Fora de dúvida, entretanto, que a responsabilidade penal da pessoa jurídica está prevista constitucionalmente e necessita ser instituída, como forma, inclusive, de fazer ver, ao empresariado, que a empresa privada também é responsável pelo saneamento da economia, pela proteção da economia popular [...] pela objetivo social do bem comum, que deve estar acima do objetivo individual, do lucro a qualquer preço.<sup>128</sup>

Sobre a chamada solidarização de culpa, por sua vez, – instituto consolidado na esfera cível – importante ressaltar que no Direito Penal o direcionamento da sanção deve se dar estritamente nos limites individuais da conduta, não se admitindo, pois, qualquer tentativa de tratamento coletivo ou por extensão. Sobre o tema, grande maioria dos criminalistas, a exemplo de Cesare PEDRAZZI, afirmam “*que o sistema da solidariedade é valido apenas no âmbito da responsabilidade civil*”<sup>129</sup>.

Diante de certo episódio, passaria-se a investigar perante o caso concreto a culpa decorrente; em empresas, geralmente verificando-se perante respectivas funções. Entendimento que os tribunais vêm levando em conta para corrigir certos erros legais:

O legislador brasileiro esteve sempre desarticulado quanto à responsabilidade dos dirigentes de pessoas jurídicas, nos casos em que as entidades servissem de instrumento ou meio necessário à consecução de ações criminosas. Num primeiro momento, parece que o legislador pretendeu instituir uma espécie de responsabilidade solidária dos dirigentes das entidades, o que contraria o

<sup>126</sup> PEDRAZZI, p. 29-30.

<sup>127</sup> “A pessoa jurídica, portanto, não pode ser sujeito ativo de crime, porque não pode praticar crime e, também, porque não pode sofrer as sanções penais propriamente ditas. [...] a responsabilidade objetiva não tem guarida no Direito penal e, por isso mesmo, não há como responsabilizar-se criminalmente a pessoa jurídica” PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. p. 71, 73.

<sup>128</sup> ROTHENBURG, p. 20.

<sup>129</sup> PEDRAZZI, p. 33.



princípio da culpabilidade e expressa a indevida intromissão no Direito penal de preceitos de responsabilidade civil. Veja-se, p. ex., a Lei 4.728/65, que disciplina o mercado de capitais [...]. Os autores, porém, sempre interpretam essas normas, segundo o critério da responsabilidade pessoal, com base na culpabilidade de cada dirigente e sua efetiva participação no crime. Recentemente, incorporou esse ensinamento a Lei 7.492/86, que define os crimes financeiros [...].<sup>130</sup>

Enfim, “no campo do Direito penal econômico o problema da responsabilidade é erigido de dificuldades, principalmente porque entra em cena a figura complexa da empresa como sujeito ativo de algumas infrações administrativas.”<sup>131</sup>

Acerca dessa problemática, naturalmente a doutrina tem convergido pela possibilidade em atacar pessoas coletivas pelo teor anômalo de penas, pela fuga de muitos preceitos penais e abertura de sanções administrativas diferenciadas:

Se é certo, todavia, que uma parte da doutrina actual – sobretudo de expressão inglesa, francesa e holandesa – procura fazer frutificar praticamente a aceitação da responsabilidade penal das pessoas colectivas, a maior parte dela, aí incluída a doutrina portuguesa prevalente, continua a negá-la na base dos dogmas de sua incapacidade de acção e/ou culpa. ... em sede político-criminal, se conclui pela alta conveniência ou mesmo imperiosa necessidade de responsabilização das pessoas colectivas em direito penal secundário, não vejo razão dogmática de princípio a impedir que elas se considerem agentes possíveis dos tipos-de-ilícitos respectivos. (...) ... o princípio da identidade de liberdade – ao homem individual possam substituir-se, como centros ético-sociais de imputação jurídico-penal, as suas obras ou realizações colectivas e, assim, as pessoas colectivas [...]

fica ainda de pé o problema mais difícil e importante: o da definição da capacidade das colectividades para sofrerem penas e medidas de segurança e das especificidades de que deve revestir-se... necessário esforço de imaginação e criatividade na elaboração de um largo catálogo de sanções que compensem a inaplicabilidade da prisão [...]. [grifo nosso]<sup>132</sup>

Por fim, finalizando esse estudo, do que toca temática do dolo, note que os crimes contra a ordem econômica não apresentam consenso. Alguns crimes exigem o dolo específico e outros apenas o dolo genérico; os primeiros principalmente quando paira a objetivação específica das condutas como no casos das operações financeiras e os segundos para casos de maior abstração Sendo que, algumas modalidades, como

<sup>130</sup> ROTHENBURG, p. 92-93.

<sup>131</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. p. 67.

<sup>132</sup> DIAS, p. 54-57.

junto a divulgação inexata de informações, procura-se simplesmente suprimir a idéia de dolo; apreciação que deve se dar caso a caso.

### **3.4 Instrução Criminal Econômica**

Um outro ponto de importância significativa e peculiar sobre os crimes contra a ordem econômica é a instrução probatória. Ora, os crimes contra a ordem econômica demandam procedimentos de prova muito mais técnicos do que usuais do Direito Penal.

Nessa matéria, os meios de prova se concentram numa preponderância de perícias e levantamentos contábeis e bancários e numa perda de prestígio das possíveis provas testemunhais. Isso porque o procedimento penal demanda muitos mais esclarecimentos sobre a conformação da operação do que propriamente sobre a identidade do fato com a suposta autoria.

Opera-se, assim, um procedimento probatório que busque reconstruir a operação, que busquem redescrever a suposta conduta delituosa<sup>133</sup>. Para esse fim, inicialmente, comumente, faz-se a colheita de elementos factuais e de acusação e, por uma certa precisão temporal, são lançados instrumentos probatórios como a quebra de sigilo bancário e financeiro além de análises contábeis.

Dinâmica técnica que é essencial para os crimes econômicos por decorrência dos limites tênues de consumação das condutas. Muitas vezes, quando não se faz uso da figura de perigo presumido, torna-se imperioso identificar com precisão os movimentos anormais de mercado e combiná-los com os indícios dos delitos. Algo que exige, além da estatística econômica, o parecer de técnicos e especialistas; dados, sem dúvida, a serem confrontados com o próprio *status* do réu para com quebras de sigilos fiscal e bancário.

Em certos casos, como no mercado de capitais, a consumação do crime só se dá com a efetiva manipulação de preços das ações, tornando necessários procedimentos extremamente complexos:

Adotando a primeira interpretação, segue-se que o delito se aperfeiçoa no momento em que vem empregado o meio artificioso com a intenção de influenciar indevidamente o mercado. Adotando, pelo contrário, a segunda, o momento consumativo resulta adiado, passando a coincidir com a efetiva alteração de preço, em virtude dos artificios usados pelo agente.

Num plano prático, a primeira interpretação facilita não pouco a aplicação da norma incriminadora, já que poupa o juiz indagação causal que pode resultar, em concreto, bastante árdua. No mercado de títulos, que se ressentem da influência de uma infinidade de fatores, de ordem geral e particular, econômicos e políticos, nacionais e internacionais, os movimentos dos preços constituem resultante de jogo extremamente complexo. Daí a dificuldade em estabelecer se determinada manobra artificiosa tenha contribuído para a determinação de certa cotação, ou se, ao invés, esta última seria atingida igualmente, mesmo na ausência da manobra. [...]

A doutrina brasileira dominante interpreta o verbo 'promover' no sentido de uma causação efetiva. Não obstante os inconvenientes ora assinalados, entendemos que tal interpretação deva ser adotada. Se o legislador pátrio tivesse pretendido criar um crime de consumação antecipada, que se aperfeiçoasse com o uso do meio artificioso, não teria deixado de inserir no tipo o dolo específico, vale dizer, de precisar o fim em vista do qual o artifício fora empregado.<sup>134</sup>

Como outra possibilidade, junto ao sistema de defesa da concorrência, nota-se que em muitas situações o tratamento do crime exige leituras puramente técnicas ao chamado mercado relevante. Ou seja, antes de tratar de eventual não submissão da concentração econômica para aprovação administrativa ou de falar em concorrência desleal, resta necessário individualizar o mercado de estudo antes de passar para qualquer apreciação danosa.

Enfim, o processo de instrução probatória dos crimes contra a ordem econômica demanda uma apreciação cuidadosa de uma larga carga técnica relacionada a dados e respectivos pareceres econômicos. Material que na maioria das vezes é facilmente importado de procedimentos administrativos.

Ora, levando-se em conta que é praticamente impossível o deslinde do processo penal sem a coleta técnica prévia de dados e de pareceres econômicos conclusivos, nada mais forçoso do que uma comunicação do judiciário para com os respectivos órgãos responsáveis da administração pública. Isso para evitar produções

---

<sup>133</sup> “campo probatório, não basta naturalmente que o agente proteste pela sua boa-fé.” PEDRAZZI, p. 157.

<sup>134</sup> PEDRAZZI, p. 264-265.

de provas desnecessárias e repetidas e, principalmente, para evitar o uso arbitrário de medidas cautelares como quebra de sigilos bancário e fiscal.

Até porque, notadamente, as autoridades administrativas tem muito mais capacidade para delimitar melhor a produção probatória e, conseqüentemente, selecionar dados e elementos relevantes. Sendo que as medidas perpetradas diretamente pelo judiciário, na maioria das vezes, se dão em momentos impróprios e em intensidade duvidosa – geralmente excessiva.

Enfim, a precisão da instrução probatória em sede dos crimes contra a ordem econômica é essencial, sendo que a investigação administrativa preliminar apresenta características que preservam melhor direitos constitucionais dos acusados, que impedem o viciamento do procedimento e que, principalmente, preservam os próprios indícios das condutas. Diferentemente do judiciário que, em grande parte, tem uma atuação acompanhada perigosamente da imprensa e uma tendência em invadir direitos dos acusados como presunção de inocência e ampla defesa; e, quando é pior, uma capacidade de indiciar apenas operações instrumentais e não centrais dos delitos econômicos. A famosa ponderação sobre bodes expiatórios e peixes pequenos em vista de investigações divulgadas abertamente.

### **3.5 A Sentença Penal Econômica**

Na linha do ponto acima, partindo de uma instrução probatória que busca reconstruir a suposta conduta delituosa, para formação da sentença, deve-se partir para questionamentos tal qual: se ocorreu a suposta conduta, se nessa conduta houve participação do acusado e, finalmente, se houve dano ou risco para a ordem econômica e em que quantificação.

Ou seja, para a formação correta da sentença referente a crimes contra a ordem econômica, os pontos acima devem ser cuidadosamente apreciados em separado. De tal maneira, o respectivo relatório deve ser o mais claro e abrangente possível e a fundamentação deve levar em conta todo universo factual e probatório dos autos. Elementos então necessários para pontos conclusivos por parte do dispositivo, que

confirme ou não a ocorrência do crime e conduza cuidadosamente a culpabilidade do acusado. Culpabilidade, ressalte-se, que deve restar precisamente individualizada para cada agente.

Nesse sentido, importante que a sentença se baseie num delineamento lógico acerca da configuração ou não do crime, da suposta participação do agente e do dano ou risco gerado. Primeira etapa, necessário principalmente um estudo de dados técnicos e da descrição dos fatos; numa segunda etapa, necessário submeter estes dados à suposta autoria e; por último, necessário passar para uma apreciação – mais subjetiva de todas – sobre os danos ou riscos determinados para ordem econômica.

Note que o preenchimento desses três elementos, por fim, ainda demanda uma ponderação precisa da pena – em função da quantificação do dano ou risco e do histórico e motivação do agente – e uma distribuição eficiente de efeitos patrimoniais e de ressarcimentos.

Ora, muito se fala em sede de Direito Penal Econômico sobre o adequamento das sanções e os cuidados para sua eficácia:

[...] as sanções devem ser: a) adequadas à defesa social e à política econômica do Estado; b) dosadas criteriosamente, de acordo com a gravidade da infração; c) ajustadas à personalidade dos destinatários, pessoas físicas ou jurídicas; d) aplicadas e executadas com certeza e firmeza, a fim de que não fique desmoralizado o sistema repressivo.<sup>135</sup>

Também, muito se fala da distribuição de efeitos restritivos de liberdade, de efeitos patrimoniais e de efeitos alternativos. Para alguns autores, principalmente para aqueles que advogam a descriminalização dos delitos econômicos, o Direito Penal deve ceder maiores efeitos para esferas patrimoniais dos acusados e propor penas mais alternativas em função do delito cometido e dos pressupostos dos acusados.

Distintamente, para outros autores, notadamente aqueles que defendem a criminalização da pessoa jurídica e a identificação do Direito Penal Econômico com o Direito Penal clássico, a repressão dos crimes contra a ordem econômica deve se dar pelos meios tradicionais. Até porque, no seu entendimento, as eventuais multas e diminuição de penas poderiam não trazer maiores benefícios à prevenção criminal e

---

<sup>135</sup> PIMENTEL, Manoel Pedro. **Direito Penal Econômico**. p. 95.

ainda estimular formas de compensações na forma de custo do risco para os agentes econômicos em função de condenações penais-econômicas, como se bancos realizassem provisões contábeis dessa natureza em função de movimentações financeiras duvidosas. (COSTA, José de Faria; ANDRADE, Manuel da Costa. p. 116).

Particularmente, filiando-me a terceira das correntes, entendo que o Direito Penal Econômico não deve ceder a sanções patrimoniais – que na verdade podem ser aplicadas com maiores sucessos na atividade administrativa – como também não pode partir para aplicação pura e simples dos preceitos tradicionais de Direito Penal.

No Direito Penal Econômico, além do ressarcimento dos danos e sanções – que deve ser observado em sentença – importante que sejam gerados efeitos restritivos de liberdade, na medida individual de culpa, para agentes responsáveis pelos delitos, ligados ou não aos entes empresariais então não sujeitos a restrição. Para tratamento penal dessas pessoas jurídicas, presumindo um tratamento tradicional de responsáveis e um ressarcimento de danos, é preciso conceber obrigações (“penas”) diferenciadas e criativas por parte do juízo, perante caso a caso.

Penas a serem aplicadas para empresas que além de atacar fatores patrimoniais e de prejudicar seus resultados possam trazer problemas para o exercício de sua respectiva atividade econômica:

O comentário do *Harvard Law Review* sobre crime empresarial rejeitou a retribuição como meta para sanções criminais da empresa e focalizou a intimidação como objetivo único. O comentário concluiu que ‘as empresas não podem ser punidas de maneira estigmática; se intimadações mais fortes forem necessárias, elas devem ser apresentadas na forma de multas mais pesadas; e como multas criminais não têm nenhuma vantagem sobre multas cíveis, elas devem ser apresentadas na forma de multas cíveis mais pesadas’<sup>136</sup>

Enfim, recorrendo principalmente a experiências bem sucedidas do direito norte-americano (costumeiro), o direito continental europeu, tal como o brasileiro, deve se valer de retribuições à sociedade mais eficientes para crimes contra a ordem econômica. Mais do que isso, o direito deve promover políticas criminais não pela

---

<sup>136</sup> MOKHIBER, Russel. **Crimes corporativos – o poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública**. Trad. James F. S. Cook. São Paulo: Scritta, 1995. p. 33.

institucionalização do terror jurídico mas com formas diferenciadas de prevenção e educação nesse campo.

Acerca disso, sobre medidas preventivas e punições, seleciono alguns itens do estudo de Russel MOKHIBER<sup>137</sup>: 1) legalizar um estatuto de responsabilidade executiva; 2) criar um banco de dados centralizado para o crime empresarial; 3) reforçar e impor as leis que regem a destruição de documentos; 4) adotar culpa empresarial reativa como método mais eficaz e confiável de determinar o *mens rea* empresarial (estado de conhecimento); 5) reforçar os padrões de justiça discricionária para processar as empresas; 6) aumentar pessoal e verbas para promotores e polícia encarregados do crime empresarial; 7) estimular o contato da polícia do crime empresarial com a comunidade; 8) terminar com o abuso de acordos (buscar multas mais efetivas); 9) exigir que empresas condenadas notifiquem suas vítimas; 10) implementar com rigor a programação de recebimento de multas; 11) reforçar a lei protegendo denunciante; 12) proibir executivos condenados de ocuparem cargo similar; 13) impor ação probatória severa contra criminosos empresariais; 14) exigir que empresas condenadas indenizem suas vítimas; 15) impor sanções reabilitadoras sobre empresas em circunstâncias apropriadas; 16) impor ordens de serviço comunitário que permaneçam; 17) impor multas acionárias; 18) eliminar as prisões tipo ‘clube de campo’; 19) autorizar sanções de publicidade contrária; 20) limitar o controle das empresas sobre a mídia jornalística; 21) desencorajar investimentos em empresas criminalmente reincidentes; 22) banir chantagem empregatícia; 23) proibir as empresas criminosas de receberem concessões, licenças ou contratos.

Por fim, ainda perante essa tônica da pena em sede de crimes contra a ordem econômica, interessante ressaltar que muitos autores especializados têm reafirmado a aplicação do princípio da proporcionalidade.

Ora, para esses, a ponderação das penas em matéria econômica deve observar cuidadosamente a medida das condutas e a medida dos danos, ou seja, “o princípio da proporcionalidade exige que se faça um juízo de ponderação sobre a relação

---

<sup>137</sup> MOKHIBER, p. 41-63.

*existente entre o bem que é lesionado ou posto em perigo (gravidade do fato) e o bem que pode alguém ser privado (gravidade da pena).”<sup>138</sup>*

---

<sup>138</sup> LOPES, Mauricio Antonio Ribeiro. **O princípio da proporcionalidade no Direito Penal Econômico**. In: PODVAL, Roberto. **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000. p. 284.



## CONCLUSÃO

Como considerações finais ao presente estudo, após uma leitura conceitual, legislativa e procedimental dos crimes contra a ordem econômica, pode-se reiterar a dependência do judiciário para com as esferas administrativas de regulação e intervenção estatal na economia.

Enfim, a principal perspectiva do presente trabalho foi em demonstrar a forte ligação e sujeição do Direito Penal em matéria econômica para com procedimentos administrativos basicamente em três esferas da administração pública: o sistema financeiro nacional, a defesa da concorrência e a regulação econômica.

Como decorrência desse estudo, como primeira conclusão, extraiu-se a idéia de ofensa ao bem jurídico ordem econômica – o dever-ser condicionado da atividade econômica conduzido por fins políticos atrelados a princípios constitucionais – e a delimitação conseqüente do delito econômico como ofensas às diversas formas de intervenção e regulação estatal na economia; intervenção na economia monetária – sistema financeiro – e real – concorrência –, e regulação em sentido lato.

Ao desenrolar desse conceito, mediante apreciação doutrinária, observou-se, contudo, inexistir um consenso ao que seria uma sistematização (divisão) dos crimes contra a ordem econômica. Ou seja, mediante metodologias diferenciadas, autores não convergem para definição de categorias de crimes econômicos; basicamente, verificando conteúdos econômicos e características supra-individuais, elevam irregularmente para o *status* de crime econômico condutas tributárias, ambientais, entre outras.

Panorama doutrinário, certamente, justificado pelo alto teor de dispersão e independência de leis e dispositivos criminais acompanhados de contextos constitucionais e momentos históricos peculiares. Leis tratadas separadamente que, supridas por normativos cíveis e regulamentos administrativos, acabam se colocando em tutelas jurídicas muito próximas.

Resultado, os crimes contra a ordem econômica acabam arremessados ao judiciário sem a devida relação com procedimentos administrativos que disciplinam a tutela em jogo da intervenção e regulação estatal da economia. O que se vê, assim, são procedimentos financeiros sem qualquer relação com as autoridades financeiras (CMN, BACEN e CVM), procedimentos de concorrência sem a participação das autoridades respectivas (SDE, SEAE e CADE) e procedimentos de regulação sem o chamamento de responsáveis da administração direta (Ministérios) e da indireta (Agências Reguladoras).

Nesse sentido, os crimes contra a ordem econômica assumem um caráter no mínimo duvidoso quando se multiplicam vícios e problemas processuais. Como apresentado no estudo, problemas iniciam desde da investigação criminal – sem a devida relação com as esferas administrativas e conduzida pelo MPF –, se multiplicam com o contato da tipicidade altamente abstrata e se voltam para conceitos de antijuridicidade e culpabilidade como se o Direito Penal Econômico tivesse características coincidentes com o Direito Penal clássico. Isso para não falar das falhas bem apontadas para procedimentos probatórios e técnicas de formação de sentença que não tratam separadamente hipóteses processuais e que apresentam penas ineficazes ou ineficientes na retribuição criminal.

Motivos porque se conclui que o Direito Penal Econômico ainda precisa passar por um longo processo de amadurecimento e uma rediscussão com hipóteses descriminalizadoras e alternativas. Amadurecimento, sem dúvida, que passa por um processo de ganhos técnicos do Direito Penal e recepção das estruturas administrativas.

Dessa forma, antes de tudo, é preciso ler os cenários da criminologia penal-econômica com diminuta fragmentação e com maior sensibilização a princípios constitucionais tais como a ampla defesa e o contraditório, sob pena da multiplicação de arbitrariedades sob perigoso clamor social e excessiva intervenção da mídia. Reiterando a máxima que o Direito Penal deve ser mínimo e não sujeito a cruzadas políticas.

Enfim, o que está em jogo no Direito Penal Econômico é uma ~~apreciação~~ cuidadosa do binômio descriminalização<sup>139</sup> e hipercriminalização das condutas. A necessidade de adequar penas para com a natureza dos crimes e dos agentes e a necessidade de evitar arbitrariedades políticas em nome do Direito Penal, sob figuras abstratas.

Normativos penais econômicos, nesse sentido, que devem sofrer uma hermenêutica em prol da clareza e segurança jurídica e de princípios constitucionais: *“a lei sobre o direito penal económico e social – sendo subsidiária, na sua aplicação, relativamente ao Código Penal – terá de erigir com clareza e segurança os seus princípios específicos. Dentre eles, e na parte mais estreitamente relacionada com as questões dogmáticas...”*<sup>140</sup>.

De tal forma, antes de tudo, é preciso que o Direito Penal curve-se para normativos e bases técnicas de cunho administrativo-cível para não incorrer em arbitrariedades e impunidades. Transcrevo: *“[...] não estão ainda claros na legislação os critérios para ela, sendo impossível extrair um conceito jurídico consistente de criminalidade económica. Esta indefinição, [...], repercute no processo de criminalização, atuando em favor da impunidade, na medida em que fomenta controvérsias dogmáticas sobre qual crime foi praticado e sobre a competência jurisdicional para a aplicação da lei.”*<sup>141</sup>

Finalizo com algumas considerações sábias de Gérson Pereira dos SANTOS sobre esse fenômeno que é o Direito Penal Econômico:

Os que cultivam a ciência do direito penal sem intermitência, também inquietos, vão verificando que o aumento patológico do direito punitivo, alargando e hipertrofiado das antigas fronteiras normativas, está a exigir uma revisão dos quadros de detecção e repressão do crime, uma renovação e reorganização da política criminal, e, certamente, uma revisão dogmática[...] E é evidente que o cidadão comum não tem mais a remota idéia da existência dessa ameaça penal por atacado, que o circunda por todos os passos. O que é pior é que a legislomania alcança alguns ilícitos mais sérios e graves que caem na vala comum do desprestígio da lei.

<sup>139</sup> “A descriminalização e a despenalização não visam à degradação do direito penal, mas, sim, ao seu ajustamento às finalidades para as quais existe.” SANTOS, p. 50.

<sup>140</sup> SANTOS, p. 62.

<sup>141</sup> CASTILHO, p. 115.

No estudo da estrutura do delito econômico, o mais difícil é ajustar a sua colocação dentro de fórmulas legais precisas e, afinal, situa-lo como categoria científica. Enquanto delito, é um fato punível, e a pena é sua sanção correspondente. Como fato, representa um ato feito (...). O que ocorre, todavia, com o delito econômico é que, em termos normativos, muitas de suas modalidades não foram ainda albergadas como violações a uma lei preexistente e, ex consequentia, não se pode cogitar da legitimidade de uma sanção, à falta de prévia cominação legal.<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> SANTOS, p. 38.

## REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAÚJO JR., João Marcello. **Criminalidade econômica. O crime de gestão fraudulenta (art. 3º, IX, da Lei de Economia Popular)**. Revista de Direito Penal e Criminologia, Rio de Janeiro, n.33, p. 202-207, jan./jun. 1982.

\_\_\_\_\_. **Dos crimes contra a ordem econômica**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de direito administrativo**. 15ª-ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2003.

BATISTA, Nilo. **Concepção e princípios do direito penal econômico, inclusive a proteção dos consumidores, no Brasil**. Revista de Direito Penal e Criminologia, Rio de Janeiro, n.33, p. 78-89, jan./jun. 1982.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Princípios garantistas e a delinquência do colarinho branco**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.11. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho, 1995.

CABRERA, Raul Peña. **El bien jurídico en los delitos económicos** (com referencia al Código Penal Peruano). Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.11. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho, 1995.

CALLEGARI, André Luis. **O Princípio da Intervenção Mínima no Direito Penal**. Revista dos Tribunais, São Paulo, v.769, 1999.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e Teoria da Constituição**. Coimbra: Almedina, 1997.

CARVALHO, Márcia Dometila L. de. **Fundamentação Constitucional do Direito Penal**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASTILHO, Ela Wiecko V. de. **O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CERVINI, Raúl; et alli. **Lei de lavagem de capitais: comentários à lei 9.613/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

\_\_\_\_\_. **Macrocriminalidad económica – Apuntes para una aproximación metodológica**. Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.11. São Paulo: Revista dos Tribunais, jul, 1995.

**DELMANTO, Celso. Código penal comentado.** 3ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 1991.

**FORGIONI, Paula A. Os fundamentos do antitruste.** São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1998.

**GEIS, Gilbert. On white-collar crime.** Lexington Books, 1982.

**GOMES, Luiz Flávio. Sobre a impunidade da macrodelinqüência econômica desde a perspectiva criminológica da teoria da aprendizagem.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, São Paulo, n. 11, p. 166-174, jul/1995.

**GRAU, Eros Roberto. A ordem econômica na Constituição de 1988.** São Paulo: Malheiros, 1997.

**LEITE, Eduardo de Oliveira. A monografia jurídica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997.

**LUIZI, Luis. Os princípios constitucionais penais.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991.

**MACHADO, Luiz Alberto. Direito Criminal.** Ed Revista dos Tribunais, 1987.

**MAIA, Rodolfo Tigre. Dos crimes contra o sistema financeiro nacional.** Anotações à Lei Federal n.7.492/86. São Paulo: Malheiros, 1999.

**MANTECCA, Pascoal. Crimes contra a economia popular e sua repressão.** São Paulo: Saraiva, 1985.

**MOKHIBER, Russel. Crimes corporativos – o poder das grandes empresas e o abuso da confiança pública.** Trad. James F. S. Cook. São Paulo: Scritta, 1995.

**MOREIRA, Vital. A ordem jurídica do capitalismo.** Coimbra: Centelha, 1973.

**NOBRE JR., Edilson Pereira. Intervenção estatal sobre o domínio econômico. livre iniciativa e proporcionalidade.** Boletim de Direito Administrativo, p. 709-719, set 2002.

**OLIVEIRA, Antonio Claudio Mariz. Reflexões sobre os crimes econômicos.** Revista Brasileira de Ciências Criminais, n.11. São Paulo: Revista dos Tribunais, julho, 1995

OLIVEIRA, Frederico Abrahão de. **Direito Penal Econômico**. Porto Alegre: Sagra, 1996.

PAWLOWSKY, Karina. **O bem jurídico penal coletivo como critério de identificação dos delitos econômicos**. Curitiba: 2001.

PEDRAZZI, Cesare. **Tratado de direito penal econômico: direito penal das sociedades anônimas**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PEREIRA, Affonso Insuela. **O direito econômico na ordem jurídica**. São Paulo: José Bushatsky, 1974.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16/6/86**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

\_\_\_\_\_. **Crimes contra a ordem econômica, financeira e tributária: nova parte especial do Código Penal**. Revista dos Tribunais, v. 633, p. 247-254, jul. 1988.

\_\_\_\_\_. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PODVAL, Roberto. **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

PRADO, Luiz Regis. **Bem-jurídico penal e Constituição**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1996.

PROENÇA, José Marcelo Martins. **Concentração empresarial e o direito da concorrência**. São-Paulo: Saraiva, 2001.

RIOS, Rodrigo Sánchez. **Reflexões sobre o delito econômico e a sua delimitação**. Revista dos Tribunais, vol.775. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

ROTHENBURG, Walter Claudius. **A pessoa jurídica criminosa**. Curitiba: Juruá, 1997.

ROXIN, C. **Problemas fundamentais de Direito Penal**. Trad. de Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja.

SANTOS, Gérson Pereira dos. **Direito Penal Econômico**. São Paulo: Saraiva, 1981.

SEVERINO, Antonio Joaquim. **Metodologia do trabalho científico**. 20ed. São Paulo: Cortez, 1996.

SILVA, Antônio Carlos Rodrigues. **Crimes do colarinho branco: comentários à Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986**. Brasília: Brasília Jurídica, 1999.

SILVA, José Afonso da. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

SOUZA NETTO, José Laurindo de. **Lavagem de dinheiro: comentários à Lei 9.613/98**. Curitiba: Juruá, 1999.

UNIVERSIDADE FEDERAL DO PARANÁ. Biblioteca Central. **Normas para apresentação de trabalhos**. Curitiba: Editora da UFPR: Governo do Estado do Paraná, 2002. 8v.