

6

Direito Penal Econômico

6.1

Esboço histórico

Tomando por base estudos de L. H. Morgan (*Systems of Consanguinity and Affinity of the Human Family*, 1891), Engels traça quadro de desenvolvimento da humanidade que se inicia no estado selvagem, caracterizado pela predominância da apropriação de produtos da natureza prontos para serem utilizados, passando pela barbárie, período em que aparecem a criação do gado e a agricultura e se aprende a incrementar a produção da natureza por meio do trabalho humano, até os começos da civilização, quando o homem continua aprendendo a elaborar os produtos naturais, fase da indústria propriamente dita e da arte⁴⁸⁹.

Nestas sociedades primitivas, quando a civilização estava nos seus primórdios da, em estágio ainda muito próximo de uma economia natural, surgirá uma forma elementar de trocas, primeiro entre os indivíduos e depois entre os grupos. Com o desenvolvimento desse processo, “os mais variados objetos serviram como meio de troca: conchas, colares, ossos, peles, sementes etc.”⁴⁹⁰, sendo que o aparecimento dessa mercadoria intermediária – o dinheiro – dá início a uma nova fase econômica, a *monetária*, encerrando-se o período do escambo, quando as trocas e os pagamentos se faziam *in natura*.

Surge aí o “espírito lucrativo”, mola mestra do comércio e de um direito *econômico* para regulá-lo: “os produtos de um lugar são trasladados a sítios onde não existem, e se produz um tráfico constante que dá origem à famosas caravanas de mercadores, mediante moeda”, constituindo-se este num capítulo fundamental da história do comércio, por conferir mais segurança e eficiência nas suas “longas e difíceis jornadas”⁴⁹¹.

⁴⁸⁹ ENGELS, Friedrich. *A origem da família, da propriedade privada e do estado*. Cit...p. 28.

⁴⁹⁰ SANDRONI, Paulo. *Dicionário de Economia do Século XXI*. Cit. p. 251.

⁴⁹¹ VAZQUEZ, Humberto y CARRERA, Daniel P. (Directores). *Introducción*. Derecho Penal de los Negocios (vários autores). Buenos Aires: Editorial Astrea, 2004, p. 2.

Mas esta peregrinação dos mercadores criou um fenômeno paralelo, qual seja o da pirataria, do bandoleirismo, que eram praticados tanto por terra quanto por mar, inclusive quando estas caravanas chegavam ao seu destino, ocasião em que eram organizadas feiras, que duravam vários dias, geralmente concomitantes a festas religiosas. Este era também campo propício para incêndios, roubos, saques etc. No tocante às normas que regulavam este comércio na antiguidade eram de natureza consuetudinária, não obstante o Código de Hamurabi regular alguns aspectos desse tipo de comércio⁴⁹².

Na Roma antiga, a profissão do comércio não era digna dos patrícios. Só mais tarde, já na era cristã e nas proximidades do seu colapso, foram burladas as regras proibitivas e a atividade mercantil por parte de senadores ou patrícios foi contornada. De toda forma, “o *ius civile* absorveu, em suas distintas manifestações, toda a problemática do comércio; e o *ius gentium*, que se origina precisamente no tráfico mercantil com os povos vizinhos, permitia ao estrangeiro que vivia em Roma ‘negocia’ sem limites”, podendo assinalar-se existência de congruência entre *negotia et delicta*⁴⁹³.

Na lição de Argüelo, “o direito romano considerou delito todo ato ilícito castigado por uma pena”, e desde sua origem os distinguiu em “públicos, chamados *crimina*, que lesionavam a comunidade como tal e que o Estado perseguia e sancionava com uma pena pública, e os delitos privados, denominados *delicta* ou *maleficia*, que eram fatos antijurídicos que provocavam lesão a um particular, a sua família ou seu patrimônio, e que se castigavam com uma pena privada de caráter pecuniário”⁴⁹⁴.

Um dos *crimina* relacionados à atividade econômica, que nos interessa para este trabalho, é a *Lex Julia de Amona* (de César ou de Augusto), “que pune o crime de *amoná*, que se caracteriza por atos praticados em prejuízo dos depósitos de grãos”. Conforme Giordani, a pena para este delito “era de vinte

⁴⁹² Vejam-se, por exemplo, os §§ 102 e 103 desse Código: “Se um mercador deu a um comissionado prata como capital de trabalho e aonde ele foi sofreu prejuízo: ele restituirá ao mercador o capital. Se durante a viagem de negócios um inimigo o fez entregar alguma coisa que carregava: o comissionado pronunciará o juramento de deus e sairá livre” (BUZON, E. *O Código de Hamurabi...* cit. p. 52).

⁴⁹³ VAZQUEZ, Humberto y CARRERA, Daniel P. *Op. Cit.* P. 3

⁴⁹⁴ ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano – Historia y instituciones*. 3ª ed. 12ª reimpressão: Buenos Aires: Editorial Astrea, 2010, p. 351.

áureos (D: 48.12.2.2: *Poena viginti aureorum satuitur*)”⁴⁹⁵.

Os atos de pilhagem ou de subtração de coisas alheias praticadas mediante violência eram considerados como *delicta* e chamados de rapina (*vi bona rapta*). “Se tratava de uma espécie de um *furtum* qualificado que tinha a agravante da violência exercida pelo ladrão com o auxílio de bandos armados (*hominus armatis coactisve*) ou ainda desarmadas”. Previa-se para este ilícito a pena do quádruplo do valor da coisa subtraída; era infamante para o condenado e no direito romano clássico tinha caráter exclusivamente penal⁴⁹⁶.

Na era cristã, já próximo da decadência, fortalece-se o nascente capitalismo mercantil de Roma, que, todavia, vem a sofrer “sério colapso, em seu desenvolvimento, com a invasão dos bárbaros e o fracionamento do território imperial”. Iniciando-se o período feudal, a normas então aplicadas pelo Império passam a incorporar costumes locais, mesclando-se o Direito romano com o canônico⁴⁹⁷.

Será, porém, na Idade Média que o Direito Comercial (ou econômico para usarmos nomenclatura mais consentânea com os tempos que correm) irá propriamente surgir, como decorrência da inusitada importância que passou a ter, agora não apenas em razão da formação de organizações de classe ou corporações – os *Colégios*, as *Guildas*, as *Corporações* – mas também porque as cidades medievais passaram a formar-se em torno dos *mercados*, que se constituíam em território livre e ao mesmo tempo protegido, estabelecendo-se a tão almejada *paz comercial*, protetora do estrangeiro⁴⁹⁸.

É nessa fase histórica, como ensina Requião, que “começa a se cristalizar o direito comercial, deduzido das regras corporativas e, sobretudo, dos assentos jurisprudenciais das decisões dos cônsules, que atuavam como juízes designados pela corporação para, em seu âmbito, dirimirem as disputas entre comerciantes”. Foram eles que sistematizaram, através da jurisprudência então

⁴⁹⁵ GIORDANI, M. C. *Direito Penal Romano*. Cit. p. 73.

⁴⁹⁶ ARGÜELLO, Luis Rodolfo. *Manual de Derecho Romano*... cit. p. 355-356.

⁴⁹⁷ REQUIÃO, Rubens. *Curso de Direito Comercial*. 8ª ed. São Paulo: 1977, vol. I, p. 8-9.

⁴⁹⁸ O autor lembra a Lei 4ª, Título 7, das Leis das Sete Partidas, da Espanha, que assegurava a *todos los que vengán a las ferias de estos Reinos o a otro punto de ellos en cualquier tempo, sin distinción de cristianos, moros e judíos, serán salvos e seguros en sus personas, bienes y mercaderías, así en la venida como en su estada e vuelta*. REQUIÃO, Rubens. Cit. p. 10.

elaborada, as chamadas *regras de mercado*⁴⁹⁹. Tratava-se, portanto, de um “sistema de justiça separado, criado por mercadores para governar seus próprios assuntos”⁵⁰⁰, funcionando com base em seus próprios regulamentos e costumes, distintos do formalismo que o direito romano remanescente impunha e sendo praticado com fundamento nos usos e costumes e aplicado sob a inspiração da equidade.

O chamado Código de Savary, datado de 1673, Ordenança baixada por Luiz XIV sob a inspiração de Colbert, seu Ministro das Finanças, e que vigorou por mais de 100 anos, é considerado como o primeiro Código Comercial dos tempos modernos, delimitando o início da atuação do Estado, que se caracteriza por maior objetividade no sistema de regras, deslocando-se a base do Direito comercial da figura do *comerciante* para a de *atos de comércio*, no bojo da qual o Direito comercial será então disciplinado⁵⁰¹.

Esta será também a base do Código Napoleônico de 1807, colocando-se os legisladores do Império a serviço dos ideais da Revolução, no sentido de fazer valer o princípio da igualdade de todos perante a lei, excluindo-se, deste modo, o privilégio de classe dos mercadores, por constituir-se resquício da organização feudal. Este sistema, contudo, tampouco se mostrará satisfatório, dada a dificuldade em definir-se o que venham a ser *atos de comércio*. Para muitos autores “essa dificuldade, senão impossibilidade, resulta diretamente da circunstância de não ser científica a *dicotomia* do direito privado, e, por isso, a distinção entre atos civis e atos comerciais seria sempre ilógica e não racional”⁵⁰²

Tendo em vista o pungente desenvolvimento da economia capitalista, representado pelo advento da Revolução Industrial caracterizada pela associação entre capital e trabalho e voltada à produção em massa de mercadorias, novos personagens surgiram nesse cenário, entre os quais a figura do *empresário* administrador das indústrias, que passa a exercer a gestão dos *atos de comércio*,

⁴⁹⁹ REQUIÃO. R. Cit. p. 10.

⁵⁰⁰ VAZQUEZ, Humberto y CARRERA, Daniel P. *Op. Cit.* p. 4.

⁵⁰¹ Segundo Fran Martins, “a primeira dessas Ordenanças, dividida em 12 títulos e 122 artigos, se referia ao comércio terrestre, regulando as atividades dos ‘negociantes, mercadores, aprendizes, agentes de bancos e corretores, livros de comércio, sociedades, letra de câmbio, notas promissórias, prisão por dívidas, moratórias, caução de bens, falências, bancarrotas, jurisdição comercial” (MARTINS, Fran. *Curso de Direito Comercial*. 22ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998, p.10).

⁵⁰² REQUIÃO, Rubens. Cit. p. 12.

que agora são praticados em cadeia. Será a partir de então que surgirá um novo conceito básico do direito comercial, como sendo aquele “destinado a estabelecer a disciplina jurídico-privada das empresas”⁵⁰³⁻⁵⁰⁴.

Como já se disse em outra ocasião⁵⁰⁵, os dois conflitos mundiais, somados à crise americana de 1929, deram ao mundo uma nova feição, pois a destruição e os danos causados às nações envolvidas e ao planeta todo impulsionaram os Estados a superarem as ideias do liberalismo e a avançarem rumo a outro tipo de postura em face das atividades econômicas, que vai desaguar numa concentrada intervenção da administração pública no controle dos preços ou da economia popular, tendo sido conferido ao direito penal o papel de importante instrumento, não só para a proteção das fragilizadas economias dos países centrais na primeira metade do século XX e, mais adiante, como mecanismo de direcionamento para a reformulação dessas economias, agora não mais sob a égide do Mercado, mas sob a tutela estatal⁵⁰⁶.

Será também a partir desse momento, por ocasião do desenvolvimento econômico que se faz notar pelas operações das “empresas industriais, comerciais e assimiladas”⁵⁰⁷, que vai se desenvolver uma novel delinquência, que apresenta características sociológicas determinadas, a qual Sutherland, em 1940, denominou de criminalidade de *colarinho branco*, a que estão afetas as classes sociais mais elevadas, que vestem camisas com este tipo de gola com seus ternos e gravatas. Esta categorização vem em contraposição à criminalidade de *colarinho azul*, cor das roupas e macacões de brim rústico utilizados pelas classes mais empobrecidas, constituída por operários e proletários em geral.

Veja-se que o Código Penal brasileiro de 1940, por exemplo, além de inovar os diplomas anteriores trazendo um rol de infrações relativas à

⁵⁰³ REQUIÃO, R. Cit. p. 14.

⁵⁰⁴ Como desdobramento desse desenvolvimento tenha-se que empresário, conforme artigo 966 do nosso Código Civil (2002), “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção e circulação de bens ou serviços”, o qual deverá, conforme estabelece o artigo 153 da Lei nº. 6.404/76 – Lei das S/A – “empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo homem ativo e probo costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”.

⁵⁰⁵ CASTELLAR, João Carlos. *Insider...* cit. p. 15-16

⁵⁰⁶ ROYSEN, Joyce. Histórico da Criminalidade Econômica. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, ano 11, n. 42, jan./mar. 2003, p. 192-193.

⁵⁰⁷ FERNANDES ALBOR, A. *Estudios sobre Criminalidad Económica*. Barcelona: Bosch, 1978, p. 9

administração das sociedades anônimas (art. 177, CP), manteve a tipificação de condutas ofensivas à propriedade imaterial (arts. 184 a 196), além de vir a lume, nos anos que se seguiram à sua edição, legislação extravagante estabelecendo crimes falimentares (Decreto-Lei n. 7.661/45) e contra a economia popular, esta última ainda hoje em vigor (Lei n. 1.521/51)

A partir dos anos 80, sob os efeitos da globalização da economia e com a insistente intervenção do Estado nesta seara, começa a surgir, cada vez mais acentuadamente, uma crescente onda criminalizante que visa expandir a tutela penal com a finalidade de proteger o funcionamento do sistema de produção, distribuição e comercialização dos bens, conformando um direito econômico que se “constitui na disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico, criando-se as condições para o aparecimento de um correlato Direito Penal Econômico para reforçar a tutela do funcionamento do sistema”⁵⁰⁸. Emblematicamente, é nesta década que se edita no Brasil a Lei nº. 7.492, de 16 de junho de 1986, que *Define os Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências*, conhecida como a “Lei do Colarinho Branco”, não sendo demasia observar que, até o momento de sua edição, havia apenas uma figura típica incriminando conduta praticada no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, prevista no artigo 44, § 7º, da Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964⁵⁰⁹⁻⁵¹⁰.

O fato é que, como sentenciou Tiedemann em 1978: “A criminalidade econômica é um problema político”. Está frase, segundo o autor, “ não está

⁵⁰⁸ TORON, Alberto Zaccarias. Crimes de Colarinho Branco: os novos perseguidos? *Revista Brasileira de Ciência Criminais* (RIBCCrim). São Paulo: RT, 1999, ano 7, n 28, p. 75.

⁵⁰⁹ Art. 44, § 7º, da Lei nº 4595/64. Quaisquer pessoas físicas ou jurídicas que atuem como instituição financeira, sem estar devidamente autorizadas pelo Banco Central do Brasil, ficam sujeitas à multa referida neste artigo e detenção de 1 (um) a 2 (dois) anos, ficando a esta sujeitos, quando pessoa jurídica, seus diretores e administradores.

⁵¹⁰ Não será demasia aduzir que a Lei nº 4.595/64 resultou de um longo processo legislativo iniciado em 1945 com a criação da Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC). Este órgão era subordinado ao Ministério da Fazenda e estava incumbido de fiscalizar o sistema bancário nacional, traçar a política monetária e cambial do país e assessorar o governo nas questões econômicas (SANDRONI, Paulo. *Dicionário...* p. 805). As discussões giravam basicamente em torno de três pontos: a) a criação de um Banco Central e a distribuição de funções entre este e o Banco do Brasil (que cumulava as funções de banco comercial, autoridade monetária, banco rural e banco de investimentos); b) a disciplina das emissões de papel-moeda, justificável plenamente em razão do acelerado processo inflacionário pós-guerra decorrente das emissões contínuas, sem controle, do Poder Legislativo, que colocou em risco a estrutura econômica do país; e, c) a disciplina dos bancos particulares (TURCZYN, Sidnei. *O Sistema Financeiro Nacional e a Regulação Bancária*. São Paulo: RT, 2005, p. 128-129).

pensada para alegria dos progressistas, nem irritação dos conservadores”⁵¹¹. A afirmativa do professor de Friburg se confirmou nas décadas seguintes, não havendo dúvida de que a implementação de uma política criminal criminalizando aspectos da atividade econômica, a nível mundial trouxe e continua trazendo sensíveis reflexos na dogmática penal e na criminologia⁵¹².

Não será ocioso aduzir que a Alemanha foi um dos países que mais cedo aderiu a esta política criminal. Segundo Linares Estrella, “o interesse pela punição da delinquência econômica na Alemanha se incrementou a partir dos anos 70, com o 49º Congresso de Juristas Alemães, dedicado à sua análise, em virtude do qual se constituiu uma Comissão de especialistas encarregadas de combater este fenômeno e, por sua vez, de reformar o Direito Penal Econômico”. Tanto é assim, que neste período se editou a primeira ‘Lei Contra a Delinquência Econômica’ de 1º de setembro de 1976, a qual não só incorporou a Parte Especial do Código Penal Alemão figuras delitivas novas (v. gr., o delito de desfrute fraudulento de subvenções - ou da Comunidade Econômica Europeia - (§ 264 StGB) e o delito de fraude contra as instituições creditícias (§ 265 StGB), como também reformulou alguns tipos penais tradicionais, como por exemplo, as quebras fraudulentas para proteger os interesses dos credores (§ 283 a, b, c, e d), a usura (§ 302 a), cujo conteúdo inclui os intermediários na concessão de créditos, assim como também a cláusula que permite valorizar as prestações de todos os intervenientes. Não será por outra razão que este país tenha tão bem desenvolvido a doutrina relacionada a este ramo do Direito.

A temática, porém, ganhou mundo e vem estimulando intensas discussões não apenas quanto à identificação do bem jurídico objeto desta tutela. Certo é que, no momento atual o debate no âmbito do Direito penal já não cogita mais apenas da criminalidade dos despossuídos, *leitmov* da doutrina penal durante todo o século XIX e boa parte do século XX, senão, preponderantemente, a criminalidade dos poderosos e das empresas (*crimes of the powerful – coporate and business crime*), em relação a quem, cada vez mais se está se dirigindo o

⁵¹¹ TIEDEMANN, Klaus. *Presente y Futuro del Derecho Penal Económico*. Hacia un Derecho Penal Económico Europeo – Jornadas en honor del Professor Klaus Tiedemann. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 31.

⁵¹² LINARES ESTRELLA, Ángel. *Un problema de parte general del derecho penal económico: el actuar en nombre de otro; análisis del derecho penal español y cubano*. Granada: Colmares/Facultad de Derecho de la Universidad de Granada: 2002, p. 37-38 – tradução livre

poder punitivo estatal ⁵¹³.

6.2

delimitação conceitual

Antes de prosseguir, necessário estabelecer quais critérios identificam o chamado Direito Penal *Econômico* (ou *socioeconômico* ou *empresarial*) e como se poderá diferenciá-lo do agora intitulado Direito Penal *Convencional* ou *clássico*. Assim, a partir deste tópico se verificará se o Direito Penal *Econômico*, como objeto de estudo, está revestido de autonomia científica, constituindo-se num ramo próprio do Direito, ou se é pautado pelos mesmos princípios dogmáticos que inspiram o Direito Penal Convencional: seja no que tange à sua finalidade – proteção a bens jurídicos (e quais bens) – ou à sua função – prevenção geral e especial da criminalidade (ou de *determinada* criminalidade).

Para tanto, com o intuito de bem delimitar este viés do direito penal, serão estudados a seguir aspectos criminológicos (o delinquente econômico como categoria criminológica), processuais (necessidade de especialização e afastamento de garantias processuais) e dogmáticos (princípios e finalidades; punibilidade do risco), tidos pela doutrina em geral como os seus diferenciadores mais marcantes.

Por outro lado, a grande rapidez com que ativos se movimentam através dos sistemas financeiros dos Estados autoriza concluir-se que se vive hoje um processo irreversível de mundialização da economia, orientado pelos interesses dos grandes conglomerados industriais e financeiros. Tal qual um rio cujas águas ganham velocidade e violência na medida em que se lhes estreitam as margens⁵¹⁴, segue o capital, puxado pela força taurina do *mercado*, para onde forem menores as restrições legais que limitem sua reprodução, sejam de natureza ambiental ou trabalhista, e para onde forem mais atrativas as taxas de juros, isto é, o capital, tal qual o rio brechiano, segue violenta e insequentemente para aquele Estado onde suas margens limitadoras se mostrarem menos presentes.

Nesse contexto, no mesmo diapasão que determina as decisões das grandes companhias, as ações criminosas e as quadrilhas que as executam

⁵¹³ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *Op. Cit.* P. 54.

⁵¹⁴ Parafrazeando livremente o poema de Berthold Brecht: “Do rio que tudo arrasta se diz que é violento; Mas ninguém diz violentas as margens que o comprimem”. *In*: <http://www.astormentas.com/brecht.htm>, acesso em 26/05/2012.

ultrapassam fronteiras nacionais e “põem em evidência a incapacidade dos Estados para controlar tais práticas, levando[-os] a adotar estratégias conjuntas internacionais, pois esses tipos de prática escapam da regulamentação nacional”. Este “processo de globalização da justiça criminal internacional leve e gradual direcionado a enlaçar internacionalmente a cooperação em matéria penal”, implica em “ingerências do direito internacional no direito interno, [alterando] a visão eurocêntrica do Estado-Nação que reconhecia a soberania do estado de forma absoluta”⁵¹⁵.

Pode-se então dizer que esta *internacionalização* do Direito penal econômico se constitui nos dias que correm na faceta mais visível da *internacionalização* e da *codificação* do Direito preconizada na Carta das Nações⁵¹⁶. Este processo de recepção vem sendo gradativo, positivando-se no ordenamento dos países criminalizações aventadas em tratados internacionais, os quais também vão estabelecer regras procedimentais específicas que deverão ser igualmente incorporadas, tudo a fim de que os delitos venham a ser objeto de persecução penal eficiente e eficaz.

Ressalta Delmas-Marty que, não obstante sejam raras as “convergências positivas” entre famílias jurídicas mais distantes, “como o direito chinês ou os direitos em si mesmo muito diversificados dos países islâmicos”, ainda assim elas ocorrem, sendo mais frequentemente no âmbito do direito econômico, especialmente no que se relaciona à corrupção e à contrafação. Anota a autora que estas “convergências se limitam à definição do tipo jurídico de infração, a dizer, a descrição dos comportamentos qualificados de descrição ou de contrafação, e, como decorrência, atribuição de responsabilidade no interior da empresa (noção de responsabilidade penal do chefe da empresa ou daquele que decide); em contrapartida, as sanções são muito diferentes, particularmente mais pesadas na China, por exemplo, onde a pena de morte continua sendo aplicada, malgrado as críticas de muitos acadêmicos, a certos delitos econômicos notadamente a corrupção”. Registra, ainda, a pesquisadora francesa que “o mesmo

⁵¹⁵ RAIZAMAN, Daniel Andrés. *O Direito Penal Internacional. A necessidade de uma limitação discursiva*. Direito Penal Internacional Estrangeiro e Comparado (org. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 40-41.

⁵¹⁶ O artigo 13, *a*, da Carta estatui que “A Assembleia Geral iniciará estudos e fará recomendações, destinados a:a) promover cooperação internacional no terreno político e incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação”.

se dá com as regras de processo, muito profundamente enraizadas nas tradições nacionais para que não divirjam fortemente de um país a outro”⁵¹⁷.

Assim, a origem dos dispositivos penais e processuais penais que compõem o leque de delitos classificados como econômicos também deve ser considerado como um dos critérios diferenciadores dessa classe de ilícitos penais, eis que provém de uma mesma fonte, qual seja: as convenções internacionais. Não será exagero, por outro lado, aduzir que este critério diferenciador tanto distingue a criminalidade econômica, quanto, paradoxalmente, a aproxima da criminalidade convencional.

6.2.1

critério criminológico

Em busca de uma identificação do que venha a ser a criminalidade econômica ou empresarial – hoje convencionado como sendo aquela que pratica ilícitos de natureza socioeconômica e está que regida por regras jurídico-penais distintas das previstas para o Direito Penal Convencional – jamais se deve desprezar a conceituação que lhe conferiu Sutherland há mais de 50 anos, ao categorizar o crime do *colarinho branco*. Para este autor, são cinco elementos fundamentais que distinguem a modalidade criminal em apreço: a) a conduta praticada pelo agente se constitui num crime; b) o agente que comete este crime é tido como uma pessoa respeitável; c) e é dotado de elevado *status* social; d) tal crime foi cometido no exercício da profissão do agente; e) e se constitui, normalmente, numa violação da confiança.

Mannheim apõe críticas ao conceito de Sutherland. Para este autor britânico a definição do pesquisador norte-americano está “enferma de dois erros que tornam o respectivo conceito mais vulnerável à crítica do que o era à partida por causa de sua vaguidade e heterodoxia [Mannheim alude aqui às expressões ‘pessoa respeitável’ e ‘elevado *status* social’, questionando em que medida o *elevado status social* implica ou não a ideia de *respeitabilidade*]”. Refere-se Mannheim, em primeiro lugar, à circunstância de Sutherland ter circunscrito o conceito de “colarinho branco” aos crimes praticados pelas sociedades

⁵¹⁷ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios para um Direito Mundial*. Trad. F. H. Choukr. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 107.

(*corporations*); e, em segundo lugar, ao facto de, um tanto contra a lógica, ter incluído nele crimes cometidos por pessoas individuais, que de forma alguma poderiam ser classificadas como de ‘elevado *status* social’. Acrescenta que

“ninguém nos poderá, com fundamento, considerar suspeitos de subvalorizar a importância das sociedades na vida contemporânea, (...), nem cremos, aliás, que se possa duvidar seriamente que, em matéria de crimes de colarinhos brancos, e a aceitar-se que ele deve realmente concentrar-se no ‘peixe graúdo’, o problema prático será em boa medida um problema atinente às sociedades. Isto não constitui, porém, nenhuma razão válida para esquecer os delinquentes de colarinhos brancos, mesmo que hipoteticamente raros, que conduzem seus negócios individualmente ou que, prosseguindo-os através de uma sociedade, cometem na vida privada algumas infrações estreitamente conexas com tais negócios, v. g., evasão fiscal nas suas declarações de rendimento ou nas do cônjuge”⁵¹⁸.

Em que pese consagrada no jargão jornalístico, hoje em dia, nos trabalhos científicos já não mais se utiliza a expressão de Sutherland para designar crimes cometidos no âmbito das corporações, eis que se passou a cogitar de outras categorias criminológicas de mais espectro, abrangendo gama maior de condutas praticadas no exercício de atividades econômicas. Daí constituir-se na doutrina uma ideia mais ampla de crimes de natureza socioeconômica, que se inserem numa classificação mais larga de criminalidade dos poderosos, entre os quais se colocariam não apenas aqueles cometidos no âmbito dos mercados financeiro e de capitais, mas até mesmo na esfera da administração pública.

Seguindo esta ordem de ideias, para a doutrina os crimes socioeconômicos podem ser considerados de modo *estrito* ou *amplo*. Serão *estritamente* socioeconômicos aqueles delitos que atentarem contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia, englobando as infrações que vulnerarem as condições essenciais de funcionamento do sistema econômico, formando propriamente uma categoria homogênea, dotada de alguma autonomia frente aos demais grupamentos delituosos. Desta forma, pode-se definir delito socioeconômico em *sentido estrito*, nas palavras de Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo, como sendo “a infração jurídico penal que lesiona ou põe em perigo a ordem econômica entendida como a regulação jurídica do intervencionismo estatal

⁵¹⁸ MANNHEIM, Hermann. *Criminologia Comparada*. Trad. J. F. Faria Costa e M. da C. Andrade. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenian, vol. II, 1985, p. 726-727.

na economia”⁵¹⁹.

Delitos socioeconômicos em sentido *amplo*, de acordo com os mesmos autores, serão aqueles que violam “a ordem econômica entendida como a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens e serviços”. São aquelas violações que, ainda que não afetem diretamente a regulação jurídica do intervencionismo estatal na economia, atingem interesses gerais de amplos setores ou grupos de pessoas, configurando-se naquele tipo de infração que, “afetando um bem jurídico patrimonial individual, lesiona ou põe em perigo, em segundo plano, a regulação jurídica da produção, distribuição e consumo de bens ou serviços”⁵²⁰.

Tiedemann, citado por Linares Estrella, conceitua “delitos econômicos como aquelas condutas que contradizem um comportamento consentâneo com a imagem de um *correto comerciante* e que, por sua execução e efeitos, além de lesionar interesses individuais, podem colocar em perigo a vida econômica ou a ordem que a rege”⁵²¹.

No que tange à expressão *correto comerciante*, não será excessivo aludir que em nosso ordenamento jurídico o ideal de figura de *correto comerciante*, ou, no jargão corporativo, o *CEO (chief executive officer)*, é aquela prevista no artigo 153 da Lei nº. 6.404/76 (Lei das S/A), que estabelece que “o administrador da companhia deve empregar, no exercício de suas funções, o cuidado e diligência que todo *homem ativo e probo* costuma empregar na administração dos seus próprios negócios”. Deste modo, pressupõe-se que este *correto comerciante* represente alguém que, mais que tudo, além de *ativo e probo*, seja dotado da *expertise* necessária à administração da companhia.

A contraface desse estereótipo legal é descrita por Mergen (*O Psicograma de Mergen*), que formula um tipo de autor das infrações socioeconômicas merecedor de transcrição neste trabalho, haja vista a virulência cáustica e a mordacidade do seu conteúdo, capazes de ruborizar Lombroso ou Garofalo, e que poderia representar uma versão pós-moderna daquele *escroque* espirituosamente descrito por Honoré de Balzac em seu saboroso *Código dos Homens Honestos*, datado da primeira metade do século XIX. Veja-se,

⁵¹⁹ BAJO, Miguel e BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001, p. 11-15

⁵²⁰ BAJO, Miguel e BACIGALUPO, Silvina. *Op. e p. cit.*

⁵²¹ LINARES ESTRELLA, Ángel. *Un problema...* cit. p. 40.

primeiramente, a descrição de Balzac⁵²²:

“Os *escroques* são as pessoas sob medida para o mundo dos ladrões de salão; não causam repulsa ao olhar; adotam a maneira de vestir do homem honrado, têm boas maneiras, um linguajar estudado. Costumam introduzir-se nas casas de várias formas, estão sempre nos cafés, tem um apartamento e raramente usam os dez dedos a mão a não ser para assinar. Há alguns que se aposentam e se transformam em pessoas honestas, quando ficam ricos”.

Veja-se agora o que anota Mergen⁵²³:

“*Materialismo*. O delinquente de colarinho branco só dá valor aos bens materiais apreciando os valores ideais, intelectuais ou morais unicamente pelo seu preço e como meio para enriquecer. O principal sintoma deste sujeito é a avidez na busca incontrolável de proveito material. Trata-se de um comportamento automaticamente maníaco. Igual ao do toxicômano que necessita aumentar sem cessar a dose da droga, o maníaco do lucro necessita enfrentar empreendimentos cada vez mais difíceis. Sua tensão patológica se libera com a ganância, sendo sua psicologia, neste sentido, similar à do jogador. *Egocentrismo e narcisismo*. Sua personalidade não passa do estágio primário do egocentrismo, sem desenvolvimento da sua afetividade e sem abertura à vida racional. A fixação na atitude afetivo-emocional egocêntrica os impossibilita do contato, sofrendo de fria solidão que compensa mostrando-se generosos, pródigos, mecenas das ciências e das artes e caridosos. Seu narcisismo o faz sentir-se soberano e insensível a críticas, traduzindo na sua roupa ou em símbolos modernos da situação social; o automóvel, a casa de campo, as joias. *Dinamismo e audácia*. Estão presos a um extremo dinamismo próprio de seu caráter primário e de seu otimismo egocêntrico que os impede de mensurar os riscos. Esta vitalidade os concede facilidade de persuasão. *Inteligência*. São refinados, quiçá também inteligentes, mas muito raramente cultos. Sua inteligência é dirigida ao êxito imediato. Têm mais faculdades para a combinação que para a abstração. Não é violento, mas usa sua inteligência para conseguir o que precisa sem inibição alguma. *Perigosidade*. Apesar de que o observador superficial veja neles honrados cidadãos favorecidos pelo destino, o certo é que a combinação de uma forte potencialidade criminal e uma grande capacidade de adaptação social os fazem criminosos os mais perigosos. Sua perigosidade se acentua ao ignorar todo limite ético. *Hipocrisia*. Sua frivolidade e imoralidade contrastam com seu papel social de mecenas e homem defensor de grandes causas. Mergen demonstra esta atitude hipócrita analisando com grande virulência as memórias de conhecidos grandes homens de negócios como Carnígie, Rockefeller e Krupp. A mania do lucro provoca deficiências graves de afetividade que permite encontrar numerosos neuróticos com dificuldade de comunicação humana e com um característico comportamento sexual de impotência *coeundi* e geralmente *amoris*. *Consciência da culpabilidade*. Comparado com um delito comum, o delito econômico que não provoca nem efeito de choque (afetividade) nem fantasia, não se considera um delito. Isto explica que o autor careça de consciência da

⁵²² BALZAC, Honoré de. *Código dos Homens Honestos ou a arte de não se deixar enganar pelos ladrões*. Trad. L. Novaes. Rio de Janeiro: Nova Fronteira, 1995, p. 55.

⁵²³ MERGEN (*La personnalité du 'criminel á col blanc*. RICPT, 1970), apud BAJO-BACIGALUPO, *op. cit.* p. 33.

culpabilidade”.

Note-se que não se cogita aqui do *criminoso* (simplesmente) *econômico*, ou seja, aquele delinquente que irá organizar sua produção criminal agindo como um *empresário*, isto é, reunindo todos os fatores disponíveis para avaliar o êxito de sua empreitada e assumindo os riscos inerentes à sua atividade ilícita, com vistas a auferir lucro ou amargar prejuízo, tal como fazem os empresários ao realizarem seus negócios. Este é o criminoso que pratica delitos *lucrativos*, que atentam contra a propriedade (furto, roubo, extorsão, estelionato etc.). Tais delitos se distinguem dos *não lucrativos*, cometidos por delinquentes que não visam ganhos patrimoniais, posto que suas práticas ilícitas atentem contra bens jurídicos que não aumentarão o patrimônio do criminoso, tais como contra a pessoa em sentido amplo, como a vida, a integridade corporal, a dignidade sexual (homicídio, lesões corporais, estupro etc.)⁵²⁴.

Nos delitos socioeconômicos o delinquente sempre deseja o lucro. Às vezes age por impulso, por outras estuda e planeja sua ação criminosa e, por vezes ainda, acredita que está agindo em conformidade com a lei.

6.2.2

critério processual

O critério de ordem processual que distingue os delitos *econômicos* poderia se resumir à necessidade de obtenção da prova em matéria de ilícitos penais dessa natureza, tarefa que, segundo grande parte da doutrina, é dificultosa, haja vista a necessidade de conhecimentos específicos na área da economia, notadamente no tocante ao funcionamento dos mercados financeiro e de capitais, assim como às regras de contabilidade, da administração de grandes conglomerados empresariais e, até mesmo, de gestão governamental.

Tendo em vista o âmbito de incidência das práticas criminais relacionadas à atividade econômica, considera-se que para concretização e efetividade da persecução desta classe de delitos deve haver especialização dos

⁵²⁴ BOTTINO DO AMARAL, Thiago e SHIKIDA, Pery Francisco Assis. *Análise Econômica do Crime*. Direito e Economia no Brasil (TIMM, Luciano Benetti – org). São Paulo: Atlas, 2012, p. p. 297.

órgãos executivos de investigação, dos órgãos de acusação e também dos órgãos julgadores (no caso da Seção Judiciária da Justiça Federal no Rio de Janeiro há Varas Criminais Federais especializadas em processar e julgar *crimes praticados por organizações criminosas* e outras para processar *contra o sistema financeiro nacional e de 'lavagem' ou ocultação de bens, direitos e valores*⁵²⁵).

Em virtude da complexidade intrínseca dessa matéria, alguns autores defendem a tese de que, além da especialização dos órgãos de execução e julgamento, também deveria existir um arcabouço normativo específico capaz de assegurar o êxito das apurações⁵²⁶. Ao argumento de que são infrações de difícil apuração, sustenta-se que as regras para obtenção de prova, para serem eficazes quanto ao seu objetivo de identificar a autoria e demonstrar a materialidade do delito, devem ultrapassar barreiras que o complexo de garantias individuais do cidadão veda e se sobrepõem aos preceitos fundamentais previstos na Constituição e nas Convenções internacionais sobre Direitos Humanos. Tudo em nome do êxito na apuração de determinados delitos, cuja prática, reitera-se, pressupõe conhecimentos especializados que somente parte da população tem acesso, posto que ministrados em universidades e cursos de pós-graduação ou adquiridos depois de muitos anos de experiência profissional no âmbito do direito societário, corporativo ou de mercado.

Agregam Miguel Bajo e Silvina Bacigalupo que para realização efetiva da persecução a delitos dessa natureza há necessidade até mesmo de que o juiz disponha de grupo auxiliar especializado na matéria e que seja “capaz de examinar a contabilidade, analisar balancetes, compreender a gestão empresarial, a informática, o funcionamento da bolsa, do comércio exterior, etc.”. Ponderam

⁵²⁵ A título exemplificativo, na 2ª Região da Justiça Federal, que engloba os Estados do Rio de Janeiro e Espírito Santo, os órgãos judiciários que por lei é a competente para julgar crimes contra o Sistema Financeiro Nacional (cf. artigo 26, da Lei nº 7.492/86) mantém a seguinte especialização dos seus órgãos julgadores de primeira instância, nos termos da Resolução nº. 42, de 23/08/2011, baixada pela Presidência do Tribunal Regional Federal da 2ª Região: Art. 20. As 1ª, 4ª, 6ª, 8ª e 10ª Varas Criminais da sede da Seção Judiciária detêm competência para processar e julgar *crimes praticados por organizações criminosas*. (...). § 2º. Para efeito da competência especializada referida no caput desse artigo, deverão ser adotados os conceitos previstos na Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, promulgada pelo Decreto nº 5.015, de 12 de março de 2004, e os que eventualmente venham a ser incorporados ao ordenamento jurídico brasileiro. (...). Art. 21. As 2ª, 3ª, 5ª e 7ª Varas Criminais da sede da Seção Judiciária detêm competência para processar e julgar *crimes contra o sistema financeiro nacional e de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores*.

⁵²⁶ Veja-se CASTELLAR, J. C. *Insider...* cit. p. 19.

estes autores que sem este apoio o juiz não pode seguir com os atos de instrução do processo nem entender o valor de determinadas provas ou indícios que somente peritos qualificados poderiam “revelar como decisivas”⁵²⁷.

Outros autores, como Linares Estrella, consideram que o critério diferenciador processual se mostra insustentável. Nesse sentido, argui que “é absolutamente inquestionável que no Direito penal econômico existem bens jurídicos coletivos ou supra individuais que determinam particulares soluções dogmáticas, por exemplo, no âmbito do consentimento (*v. gr.* a renúncia de um sócio a ser informado sobre um determinado extremo da sociedade pode ser irrelevante se o interesse tutelado através do dever de informação ao sócio é supra individual) ou do estado de necessidade (*v. gr.* sem que isso signifique que o interesse coletivo deva prevalecer sempre sobre o individual – máxime se se trata de bens jurídicos elementares do indivíduo – haveria que reconhecer que o interesse em impedir a subida dos preços de determinados artigos deve prevalecer sobre o interesse individual na conservação a todo custo da empresa e seus postos de trabalho)”⁵²⁸.

Ainda sob a ótica diferenciadora do critério processual, defende-se a especialização à justificativa de que é através de engenhosas operações financeiras que ativos de origem criminosa são pulverizados e transferidos de um país para outro e aí ocultados ou dissimulados, considerando-se que esta mobilidade dificulta enormemente a sua recuperação. Verificou-se, então, a necessidade de estabelecer figuras típicas que incriminassem determinadas condutas em plano internacional, padronizando a redação da norma penal; verificou-se, também, a necessidade de construir um corpo normativo especializando os meios de investigação com alcance internacional, facilitando a colaboração entre países nessa matéria.

Assim, mediante provocação de seus membros, a ONU promoveu a elaboração de inúmeros tratados contendo normas inspiradoras de profundas alterações em ordenamentos jurídicos nacionais dos vários países que integram este órgão, podendo-se exemplificar com a Convenção de Viena de 1988, que deu vestimenta internacional ao crime de *lavagem* de capitais; com a Convenção de

⁵²⁷ BAJO, Miguel & BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal...* cit. p. 54

⁵²⁸ LINARES ESTRELLA, Ángel. *Un problema...* cit. p. 40-41.

Nova Iorque de 2004, sobre o crime organizado; com a Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção; e, âmbito do Continente Americano, com a Convenção Interamericana sobre assistência mútua internacional; além de inúmeros acordos bilaterais de cooperação judicial em matéria penal.

Por meio desse aparelhamento legal recepcionado no ordenamento jurídico de cada país, os órgãos de persecução penal vêm sendo gradativamente instrumentalizados para desenvolver investigações destinadas à apuração dos mais intrincados casos envolvendo a criminalidade sócio-econômico-financeira, bem como aptos a recuperar ativos provenientes desses ilícitos, sendo este um dos mais perseguidos objetivos desse aparato normativo.

Ocorre que todo este instrumental legal não se restringe à investigação de delitos enquadráveis na classificação criminalidade *empresarial* ou *econômica*, por maior que seja a amplitude que se possa emprestar a esta categoria criminológica. Em razão disso, o que se tem visto com desconcertante frequência, no dizer de Heloisa Estellita, “é a identificação automática da *criminalidade de empresa* com a *empresa ilícita*, e com a imputação automática do crime de quadrilha ou bando sempre que se denunciem mais de três responsáveis (sócios, diretores, gerentes, administradores etc.) pela prática de crimes no âmbito de atuação empresarial (*criminalidade de empresa*)”⁵²⁹.

Deveras, as mais sofisticadas e as mais invasivas técnicas de obtenção de prova, bem como os meios legais investigativos que mais excepcionam o regramento processual penal ordinário são facultados à Polícia e ao Ministério Público e estendem a distintas categorias criminais, sem que uma exclua a outra, servindo tanto à investigação da *criminalidade dos poderosos*, seja ela classificada com a especificação de *criminalidade de empresa*, ou *macro criminalidade*, ou, até mesmo, ao *terrorismo internacional*, como se tudo fizesse parte de um amplo conceito de *criminalidade organizada*.

A necessidade de controle de ativos financeiros para virtual e futura

⁵²⁹ ESTELLITA, Heloisa. *Criminalidade de Empresa, Quadrilha e Organização Criminosa*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2009, p. 25-26. Esta autora, citando vários outros estudiosos, estabelece quatro categoria distintas: a) criminalidade *na* empresa [praticada por colaboradores de uma empresa contra ela própria]; b) criminalidade *de* empresa [inserção de condutas ilícitas no contexto de uma atividade e de uma política de empresa no restante lícita]; c) criminalidade *de* empresa a partir de um conceito de *delitos econômicos*; d) empresa ilícita [aquela heterodirigida por uma estrutura criminal e a ela submetida].

investigação de práticas ilícitas e de identificação seus autores é, portanto, o principal meio de obtenção de prova nas hipóteses de incidência não apenas de crimes econômicos propriamente ditos, mas também de outras categorias criminais que se caracterizam pela internacionalidade, como são as acima mencionadas. Deste modo, *lavagem* de capitais e criminalidade organizada, posto que intermediam ou exaurem os lucros realizados através de quaisquer outros ilícitos cuja consumação implique na transposição de fronteiras, inclusive chamado *terrorismo* são as palavras-chave para que se excepcionem garantias, indiscriminadamente.

Atente-se que o ponto de interseção das modalidades criminais antes mencionadas é o sistema financeiro internacional, pois, de uma forma ou de outra, num momento ou em outro, os protagonistas destes ilícitos tidos como de extrema gravidade, ou os participantes das organizações necessitarão dele para movimentar e *lavar* os ativos obtidos com suas práticas heterodoxas ou para a mera manutenção das organizações, sejam elas criminosas propriamente ditas ou terroristas. Caso contrário esses lucros não se reintegrarão ao circuito lícito e não poderão ser aproveitados.

É por isso que, segundo esta linha de pensamento, se mostra premente o estabelecimento de maior colaboração entre Estados em matéria penal econômica. É preciso que regulações internas de cada país adotem procedimentos padronizados para a persecução penal e para a criminalização das condutas, construindo-se tipos que possam ser definidos de modo semelhante tanto nos sistemas continentais como nos de origem anglo-saxônica, seja para o fim de que a extradição de réus e suspeitos possa se dar sem impedimentos pela legislação local ou para que se estabeleça, num futuro que cada vez mais se aproxima, um direito penal de aplicação internacional, como, aliás, já ocorre no âmbito de competência do Tribunal Penal Internacional. Daí a formidável sucessão de tratados internacionais que nos últimos vinte ou trinta anos vêm sendo firmados entre as Nações, todos envolvendo questões criminais⁵³⁰.

⁵³⁰ Segundo estudo de Pinto Garcia, que se vale de pesquisa desenvolvida pela professora norte-americana Edith Weiss (WEISS, Edith Brown. "The rise or the fall of international law?". *Fordhan Law Review*, vol. 69, pp. 345-372, p.351, 2000/2001), desde abril de 1998 foram concluídos e registrados nas Nações Unidas 34 mil tratados internacionais. O número torna-se ainda mais espantoso se for levada em conta a informação de que entre 1918 e 1941 apenas 61 tratados multilaterais foram registrados. No tocante ao quadro brasileiro, analisando dados obtidos

Mas esta forma de realização de políticas criminais nacionais acarreta como consequência a diminuição da soberania. Como anota Pinto Garcia, “a globalização relativizou ainda mais a noção que tínhamos de soberania no ambiente interno, mas, também, no domínio externo”. Para este autor, o “Estado moderno não é mais o centro único e autônomo de poder, sujeito exclusivo da política, único protagonista da cena internacional”. Antes disso, “o novo caráter dado às relações internacionais, em que se verifica crescente interdependência entre seus diferentes atores, torna cada vez mais visível o enfraquecimento da noção de soberania”⁵³¹⁻⁵³². Deste modo, *flexibilizada* a soberania nacional, muitos países inseriram em seus respectivos ordenamentos regras procedimentais incompatíveis com suas normas constitucionais e criminalizaram condutas cuja incidência em seus territórios é ínfima, como é o caso do Brasil na questão do terrorismo, elemento normativo que já figura em inúmeros dispositivos legais sem sequer estar definida sua configuração legal como delito autônomo.

Demais disso, em conformidade com Delmas-Marty, esta profusão de normas internacionais pode ocasionar desordem no plano internacional, eis que “pode produzir uma impressão quantitativa, o efeito de massa, o sentimento de estar preso sob uma avalanche de normas sem precedentes na história”, disso podendo resultar anarquia, “vez que cada sistema parece engendrar incertezas, deixando florescer o paradoxo ao produzir, às vezes, um fenômeno e aquilo que lhe é contrário”⁵³³.

na Divisão de Atos Internacionais do Ministério das Relações Exteriores, verificou este autor que em razão da presença crescente do Brasil no cenário internacional e a conseqüente intensificação dos contatos, houve aumento significativo de atos internacionais negociados e concluídos pelo Brasil últimos anos (as informações foram colhidas em 2000). A título exemplificativo, menciona que durante o Império, o Brasil concluiu 183 atos internacionais; na Primeira República, 200 atos; nos quatro primeiros anos da administração do Presidente Fernando Henrique Cardoso foram celebrados 392 atos bilaterais e 143 multilaterais” (BRASIL: Ministério das Relações Exteriores. Prática diplomática brasileira. Disponível em: <http://www.mer.gov.br/Dai3.htm>, acesso em 31/03/2000. *Apud*: GARCIA, Márcio Pereira Pinto. *A terminação do tratado e o Poder Legislativo à vista do Direito Internacional, do Direito Comparado e do Direito Constitucional Internacional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2011, p. 103-104

⁵³¹ *Idem*, p. 113.

⁵³² Sobre a conceituação e os limites da soberania, veja-se item 1.1.2.1 deste trabalho.

⁵³³ DELMAS-MARTY, Mireille. *Três Desafios*. Cit. p. 72.

6.2.2.1

Lavagem de dinheiro

Realizada em Viena no ano de 1988, e por isso conhecida como Convenção de Viena, pretextava esta normativa internacional preocupação com o tráfico ilícito de entorpecentes, admitindo, por outro lado, que as medidas de política criminal adotadas pelas Convenções anteriores – todas marcadamente repressivas e entoando discurso eminentemente “bélico”⁵³⁴ – não haviam atingido o êxito esperado na erradicação dessa modalidade criminosa.

Tal como registrado em seu preâmbulo, esta Convenção, alterando o tom das anteriores, passou a considerar que a existência de estreitos vínculos entre o tráfico de drogas e outras atividades criminosas organizadas seria capaz de *minar* “as economias lícitas” e de ameaçar “a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados”. A normativa faz também alusão ao fato de que o tráfico ilícito “gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às organizações criminosas transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis”.

A Convenção, como se vê, confere enorme poder a quadrilhas de criminosos, pois as considera aptas a derrubar os sistemas econômicos de grandes potências, estabelecendo, de modo a garantir-se a integridade dos mercados e a segurança física e econômica das nações e seus habitantes, que somente legislação especialmente severa e *flexibilizadora* de garantias individuais (direito à privacidade e intimidades, liberdade de ir e vir, direito de propriedade, inviolabilidade do domicílio, entre outras) poderia dar cobro da disseminação dessa perversa atividade criminosa.

Este poderio atribuível às quadrilhas de delinquentes se constitui, contudo, em argumento meramente retórico. A endossar esta afirmativa é de se observar que a última grande crise financeira, comparável, segundo economistas, ao *crash* de 1929, não foi provocada por quadrilhas de traficantes de drogas, de

⁵³⁴ Veja-se BATISTA, Nilo. *Política Criminal com Derramamento de Sangue*: Revista Discursos Sediciosos, ano 3, nº 5/6, Rio de Janeiro, Editora Freitas Bastos, 1998; veja-se também: CASTELLAR, João Carlos: *Origens Históricas da Política Criminal para Drogas e a Garantia dos Direitos Humanos*. Cadernos de Direito – FESO – Repensando o Ensino Jurídico. Rio de Janeiro: Publiti Soluções Editoriais, ano VI, nº. 8, 2006.

armas, de pessoas ou por terroristas de qualquer coloração.

A primeira grande crise econômico-financeira que atingiu as mais poderosas nações do mundo pós-moderno foi a chamada “crise dos *subprimes*”, produto da implantação pelos Estados Unidos da América de uma política neoliberal de desregulação dos mercados. Com a oferta desmedida de crédito, favorecendo notadamente investidores considerados de risco, estes, valendo-se das baixas taxas de juros, compraram imóveis que, todavia, começaram a valorizar. Esta grande oferta de crédito deu azo a uma “bolha imobiliária”, vez que a elevada procura por imóveis fez disparar seus preços, que chegaram a patamares irrealistas. Quando a taxa de juros começou a subir por causa da redução do crédito, adveio a redução da procura pelos imóveis e a conseqüente diminuição dos seus preços. Teve início, então, a inadimplência aos bancos, pois aqueles consumidores sem lastro econômico não tinham condições de continuar pagando as caras hipotecas relativas a bens que cada vez valiam menos. Daí, os títulos derivados destas operações – por isso chamados *derivativos*⁵³⁵ – passaram a nada mais valer⁵³⁶.

⁵³⁵ *Derivativos* são títulos cujos valores dependem dos valores de outras variáveis mais básicas. Os derivativos financeiros [caso das *sub-primes*] estão relacionados principalmente com taxas de juros, moedas e índices de Bolsa. Os principais agentes econômicos que operam com derivativos são: o *hedger* (com o objetivo de se proteger contra riscos de preços); o especulador (busca realizar lucro com a compra e venda de derivativos segundo sua crença de alta ou baixa dos preços); e o arbitrador (aquele que monta uma operação na qual obtém ganho sem risco, a partir da constatação de uma distorção no preço do derivativo). Os derivativos financeiros mais negociados no mercado brasileiro são: futuros (compromissos de compra ou venda de determinado ativo, em uma data futura a um preço certo); opções (pode ser de compra ou de venda: consiste em comprar ou vender um ativo em determinada data por preço certo); *swap* (contrato no qual as partes trocam indexadores de operações ativas e passivas, sem trocar o principal); e, termo (muito parecido com o contrato futuro, diferenciando-se na liquidação financeira: os contratos a termo não são ajustados diariamente). In: FIGUEIREDO, Antonio Carlos. *Introdução aos Derivativos*. São Paulo: Pioneira Thompson Learning, 2002, p. 2-3.

⁵³⁶ Segundo Bresser-Pereira, “a causa desse enorme baque foi uma crise de confiança decorrente de uma cadeia de empréstimos originalmente imobiliários baseados em devedores insolventes que, ao levar os agentes econômicos a preferirem a liquidez e assim liquidar seus créditos, levou bancos e outras empresas financeiras à situação de quebra mesmo que elas próprias estivessem solventes. A causa primeira da crise foi a concessão de empréstimos hipotecários de forma irresponsável, para credores que não tinham capacidade de pagar ou que não a teriam a partir do momento em que a taxa de juros começasse a subir como de fato aconteceu. E sabemos também que esse fato não teria sido tão grave se os agentes financeiros não houvessem recorrido a irresponsáveis “inovações financeiras” para securitizar os títulos podres transformando-os em títulos AAA por obra e graça não do Espírito Santo, mas de agências de risco interessadas em agradar seus clientes. Sabe-se também que tudo isto pode ter ocorrido porque os sistemas financeiros nacionais foram sistematicamente desregulados desde que, em meados dos anos 1970, começou a se formar a onda ideológica neoliberal ou fundamentalista de mercado. Para ela os mercados são sempre eficientes, ou, pelo menos, mais eficientes do que qualquer intervenção corretiva do Estado, e, portanto, podem perfeitamente ser auto-regulados. Para esta ideologia que, desde o governo Reagan, se transformou no instrumento do *soft power* americano, este era o sistema econômico mais eficiente – o único caminho para os demais países – dado que as alternativas seriam formas de “socialismo

Fica claro, desse modo, que boa parte dos considerandos da Convenção de Viena não tem fundamento, pois não são as organizações criminosas que colocam em risco os mercados e causam danos aos sistemas econômico-financeiros das nações. Aliás, estes são bastante sólidos, pois mesmo depois da *debacle* os mercados continuam vivos, apesar de alguns países estarem atravessando importantes crises recessivas.

De toda forma, a Convenção de Viena, ancorada naquelas conclusões a que chegaram seus signatários e na convicção de que com as providências nela enumeradas se eliminaria “o principal incentivo” do tráfico de drogas, propõe a normativa, como solução para a contenção dessa modalidade criminal, o estabelecimento de meios de prova e instrumentos legais destinados à privação aos traficantes do “produto de suas atividades criminosas”.

Com esta certeza, para dar efetividade às medidas político-criminais nela alvitadas, a Convenção recomenda que os países subscritores criminalizem com severidade o ato “ocultação ou o encobrimento, da natureza, origem, localização, destino, movimentação ou propriedade verdadeira dos bens, sabendo que procedem de algum ou alguns dos delitos” nela mencionados, que compõem

social democrata” europeu, de “populismo” no Terceiro Mundo, e de “estatismo disfarçado” na Rússia e na China que seriam muito inferiores. Sabe-se, também, que esta ideologia ultraliberal era legitimada nos Estados Unidos pela teoria econômica neoclássica – uma escola de pensamento que foi dominante entre 1870 e 1930, que entrou em crise e foi substituída pela teoria macroeconômica keynesiana, que se tornou dominante nas universidades até meados dos anos 1970, e voltou à condição dominante desde então por razões essencialmente ideológicas. Economistas como Milton Friedman, James Buchanam, Mancur Olson, Robert Lucas, Kydland e Prescott apontaram suas armas contra o Estado e se encarregaram de demonstrar matematicamente, “cientificamente”, com o auxílio dos pressupostos do *homo economicus*, das “expectativas racionais” e da “escolha racional” que o credo neoliberal era correto. Sabe-se de igual modo que esse tipo de teoria econômica não foi utilizado tanto pelos formuladores de política econômica nos governos quanto pelos analistas macroeconômicos nas empresas e nos jornais e publicações especializadas. Não foram utilizados porque a pressuposição neoclássica de mercados eficientes dispensa qualquer política econômica a não ser a de ajuste fiscal; o resto deve ser liberalizado, desregulado, já que os mercados seriam auto-regulados. Como os governos e os analistas precisavam orientar sua política monetária, continuaram a usar o instrumental keynesiano de forma pragmática. Os experimentos macroeconômicos neoclássicos foram reservados para os países em desenvolvimento. Como, entretanto, os países ricos liderados pelos Estados Unidos não escaparam da prescrição desreguladora, agiram como o “escorpião que morde sua própria cauda”. Por fim, vê-se, agora, o Estado surgir em cada país como a única tábua de salvação, como o único possível porto seguro, fica evidente o absurdo da oposição entre mercado e Estado proposta pelos neoliberais e neoclássicos. Um liberal pode opor coordenação do mercado à do Estado, mas não pode se colocar, como os liberais se colocaram, contra o Estado, buscando diminuí-lo e enfraquecê-lo. O Estado é muito maior do que o mercado. Ele é o sistema constitucional-legal e a organização que a garante; é o instrumento por excelência de ação coletiva da nação. Cabe ao Estado regular e garantir o mercado e, como vemos agora, servir de prestador de última instância”. BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. *Crise e recuperação da confiança*. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/rep/v29n1/08.pdf>, acesso em 17/05/2012.

uma extensa lista de condutas relacionadas com o plantio e a comercialização de substâncias consideradas entorpecentes ou psicotrópicas, bem como a organização de pessoas para operacionalizar estas condutas, gerencia-las ou financiá-las.

O efeito dissuasório – ou preventivo geral positivo – esperado com esta criminalização evitaria que as fortunas obtidas com a comercialização de drogas pudessem ser depositadas em bancos ou instituições financeiras ou, sobretudo quando dissimuladas com valores de origem lícita, viessem a ser empregadas em outras atividades legítimas. Para ampliar a eficiência dessa criminalização a Convenção prevê que os países signatários devem adotar medidas para autorizar o *confisco* de bens que constituam produto dos delitos nela relacionados.

Surge assim, a nível global, a onda criminalizante da *lavagem* de capitais, que trouxe para os ordenamentos jurídicos dos países signatários diversos dispositivos processuais que até então não eram usuais na persecução penal. Foram então estabelecidos e normatizados em matéria penal os conceitos de *know your bussines* (conheça seu negócio) e *know your costumer* (conheça seu cliente), que obrigam inúmeras pessoas, tanto físicas e jurídicas, mas especialmente os bancos e as instituições financeiras em geral, a assumirem posição de garantidoras, atribuindo-lhes o dever legal de comunicar aos órgãos de fiscalização governamentais (Bancos Centrais e Comissões de Valores Mobiliários) quaisquer movimentações financeiras que não obedeçam a exigentes critérios de formalidade, indicativos da limpidez e pureza da sua origem.

Vale anotar, com Alvarez Pastor e Equidazu Palacios, que “o impulso de internacionalização das medidas de prevenção da *lavagem* através de sua incorporação aos ordenamentos jurídicos nacionais tem sua origem nos Estados Unidos, que trata de impor aos países europeus [de resto a todos os demais que subscrevem a Convenção] seu próprio sistema, consistente na comunicação pelas entidades bancárias às administrações públicas de todas aquelas operações financeiras superiores a uma determinada quantidade, sistema este que é conhecido pelo nome de ‘*reporting*’ sistemático”⁵³⁷.

Para atender aos mandamentos da Convenção, e logo após a entrada

⁵³⁷ ALVAREZ PASTOR, Daniel e EQUIDAZU PALACIOS, Fernando. *La prevención del Blanqueo de Capitales*. Pamplona: Aranzadi Editorial, 1998, p. 45 (tradução livre).

em vigor da Lei nº. 9.613/98 (*lavagem* de capitais), o Banco Central do Brasil baixou a Carta-Circular nº. 2828, de 4 de dezembro de 1998, (posteriormente revogada pela Carta-Circular 3542 de 12 de março de 2012), divulgando “a relação de operações e situações que *podem configurar indício* de ocorrência dos crimes previstos na Lei nº. 9.613, de 03 de março de 1998, passíveis de comunicação ao Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF)”⁵³⁸. São dezenas de condutas reputadas suspeitas, todas capazes de ensejar ao cliente da instituição financeira, ou a esta própria, graves consequências penais ou administrativas⁵³⁹. Tenha-se ainda que muitas destas medidas administrativas decorrem de recomendações oriundas do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI ou *FATF – Financial Action Task Force*)⁵⁴⁰, às quais o País se vê na contingência de inserir entre suas normas internas.

Em suma, a originária razão para a criminalização da *lavagem* de

⁵³⁸ Além do Banco Central do Brasil, também a Comissão de Valores Mobiliários (CVM) baixou norma administrativa dispondo sobre “a identificação, o cadastro, o registro, as operações, a comunicação, os limites e a responsabilidade administrativa de que tratam os incisos I e II do art. 10, I e II do art. 11, e os arts. 12 e 13, da Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, referente aos crimes de ‘lavagem’ ou ocultação de bens, direitos e valores”

⁵³⁹ Em outro trabalho, anotou-se o seguinte acerca da normativa então em vigor que, no ponto, não alterou a que hoje está vigendo: “... inusitadamente, ao lado dos indícios da prova do crime, [a norma administrativa] criou o novo instituto da *possibilidade de indício*. Se levarmos em conta que o Código de Processo Penal, em seu artigo 239, define indício como sendo “a circunstância conhecida e provada, que, tendo relação com o fato, autorize, por indução, concluir-se a existência de outra ou outras circunstâncias”, somos forçados a reconhecer que a autoridade administrativa se superou na sua competência regulamentadora, pois em conformidade com estas regras, *lavagem* de dinheiro será aquilo que o chefe do Departamento de Normas do Sistema Financeiro do Banco Central do Brasil entender que é, chegando-se assim ao extremo da administrativização do Direito Penal, não sendo exagero afirmar que estamos defronte de “uma forma de perigo abstrato do perigo abstrato; melhor, a um estado perigoso sem delito...de um estado perigoso sem delito, algo que nem o mais incorrigível positivista teria podido conceber”. O absurdo é tamanho que as *possibilidades de indício* constantes das alíneas ‘j’ e ‘m’, do inciso I, da mencionada Carta Circular n. 2.826/98, por exemplo, podem atingir qualquer correntista que, por distração ou outro motivo qualquer, dispensar a “faculdade de *utilização de prerrogativas como recebimento de crédito*, de altos juros remuneratórios para grandes saldos ou, ainda, de outros serviços bancários especiais que, em circunstâncias normais, seriam valiosas para qualquer cliente” ou que efetue o “pagamento inusitado de *empréstimo problemático* sem que haja explicação aparente para a origem dos recursos”.

⁵⁴⁰ Este Grupo foi criado pelos Chefes de Estado e de Governo do Grupo dos Sete (composto por Estados Unidos, Japão, Alemanha, França, Reino Unido, Itália e Canadá), na reunião de cúpula celebrada em Paris em julho de 1989, com a missão específica de estudar e promover as medidas destinadas a combater a *lavagem* de dinheiro procedente fundamentalmente do tráfico de entorpecentes, ampliando, posteriormente, ao estudo de medida para o enfrentamento de qualquer forma de delinquência grave, incluindo as organizações criminosas e o terrorismo. Sobre as Recomendações do GAFI, veja-se: RODRIGUEZ VILLAR, Pacífico y GERMÁN BERMEJO, Mateo. *Prevención del Lavado de Dinero en el Sector Financiero*. Buenos Aires: Ad Hoc, 2001. Veja-se também: ABEL SOUTO, Miguel. *El blanqueo de dinero en la normativa internacional*. Santiago de Compostela: Universidad, Servicio de Publicacións e Intercambio Científico, 2002.

capitais – impedir o proveito dos lucros decorrentes do tráfico de drogas – fez com que se considerasse suspeita qualquer movimentação financeira que, a critério de autoridades administrativas (nacionais e internacionais), não se encaixasse no perfil padrão traçado por esta própria autoridade, que, por seu turno, reproduz acriticamente o que vem determinado pelo GAFI e pelo seu mais influente membro – os EUA – permitindo-se, a partir daí, a adoção de uma série de medidas investigativas por parte de órgãos especializados, que reduzem sobretudo a eficácia de garantias constitucionais relativamente às pessoas investigadas.

Por outro lado, note-se que a normativa internacional destaca o comando do seu artigo 7º para regular a assistência jurídica recíproca entre os países signatários, suprimindo sensivelmente os entraves burocráticos antes existentes, seja para inquirição de testemunhas, apresentação de documentos, realização de buscas, bem como para o “congelamento” de ativos financeiros. Prevê, ainda, outras formas de colaboração, tudo com vistas ao intercâmbio de informações e obtenção de dados pessoais de investigados, assim como de rotas e técnicas utilizadas na importação e exportação de substâncias entorpecentes etc..

Como se viu linhas acima, a criminalização em referência relacionava-se, mesmo que apenas num primeiro momento, exclusivamente com a conduta ocultar bens obtidos com o tráfico de drogas. Mas logo se verificou que muitas outras modalidades criminais poderiam ser igualmente abrangidas pelas medidas excepcionais de obtenção de prova e de instrumentalização legal, engrossando-se, então, em muitos países, o rol de delitos antecedentes. Foi o que ocorreu no ordenamento brasileiro, em que a Lei nº. 9.613/98 estabelece um elenco de oito crimes prévios, todos severamente apenados, cujo produto, se ocultado ou dissimulado, pode configurar *lavagem* de dinheiro. É uma lei considerada da “segunda geração”, haja vista ter sido editada dez anos após a realização da Convenção de Viena.

A tendência, porém, segundo os segmentos doutrinários partidários do endurecimento penal e defensores de políticas criminais abrangidas pelo conceito de “Tolerância Zero”, é a de que se amplie este rol de crimes antecedentes. Estes movimentos já chegaram ao Brasil e muito provavelmente ingressarão em seu ordenamento positivo, vez que estão em trâmite no Congresso Nacional projetos de lei que passam a considerar que a ocultação de bens obtidos através de toda e

qualquer prática delituosa será suficiente para a configuração do crime de *lavagem* de ativos. Segundo estes desenhos de lei, até mesmo dissimulação de valores obtidos através de delitos de menor potencial ofensivo ou meras contravenções penais configuraria *lavagem* de capitais e ensejaria a adoção das medidas investigativas derogatórias de garantias constitucionais, que em sua gênese destinavam-se exclusivamente à apuração do tráfico de drogas e das quadrilhas (organizações criminosas) constituídas internacionalmente para sua execução, crimes estes considerados de extrema gravidade e de difícil apuração⁵⁴¹.

As expectativas de que seria aprovada legislação ampliando a relação de crimes antecedentes se concretizaram antes que se encerrasse este trabalho. Com a edição da Lei nº. 12.683, de 09/07/2012, foi alterado o artigo 1º. da Lei nº 9613/98, para revogar todos os seus incisos que indicavam os crimes antecedentes e inserir a expressão “proveniente, direta ou indiretamente de *infração penal*”, significando dizer que o produto obtido com a prática até mesmo de contravenções penais ou delitos de menor potencial ofensivo podem desencadear instauração de investigação ou ação penal para apurar o crime de *lavagem*, permitindo-se a utilização de técnicas investigativas excepcionais, o que soa paradoxal.

A lei nova prevê ainda a “alienação antecipada” de bens suspeitos de serem oriundos de infração penal e passa a sujeitar as “pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contadoria, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações” (art. 9º, inc. XIV) às obrigações de comunicar às autoridades competentes, policiais e administrativas, a ocorrência de possíveis indícios do crime de *lavagem*, independentemente das obrigações de manutenção do sigilo que ordinariamente pautava suas atividades. Esta última medida atinge advogados, contadores e outros profissionais da área de assessoramento na: a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza; b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos; c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários; d) de criação, exploração ou gestão de

⁵⁴¹ Veja-se Projeto de Lei do Senado nº. 476/2003 (PL nº 6.577/2009) e Projeto de Lei do Senado nº. 209/2003 (PL nº 3.443/2008), que visam, conforme as justificações apresentadas, a reformulação do conceito de *lavagem* de dinheiro para facilitar cerco aos infratores, abolindo o rol de crimes antecedentes e acrescentando lista de pessoas sujeitas às obrigações impostas pelos arts. 10 e 11 da Lei 9.613, de 03 de março de 1.998.

sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas; e) financeiras, societárias ou imobiliárias; e f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais; e também, no inciso XV, as pessoas físicas ou jurídicas que atuem na promoção, intermediação, comercialização, agenciamento ou negociação de direitos de transferência de atletas, artistas ou feiras, exposições ou eventos similares⁵⁴².

A nova lei alterou também os prazos para a comunicação das atividades suspeitas e aumentou o valor das multas no caso de desatendimento, chegando a estabelecê-las em vinte milhões de reais.

6.2.2.2

criminalidade organizada

Já há algum tempo que as Convenções Internacionais destinadas a internacionalizar a criminalização e a persecução do tráfico de drogas vêm trazendo para os ordenamentos jurídicos dos países signatários dilatação no tocante aos conceitos doutrinários de participação e coautoria. O CP de 1940 já trazia inequívocos reflexos dessa tendência no *caput* do seu artigo 281, redigido com fidelidade aos termos com que foi lavrada a Convenção de Genebra de 1936, promulgada através do Decreto n. 2.994, de 17/08/1938, a qual, de resto, não apenas inaugurou o fenômeno da proliferação dos verbos, como passou a prever a criminalização específica para o crime de constituição de “sociedades ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados”⁵⁴³.

⁵⁴² Sobre as recentes alterações advindas com a Lei 12.683/2012, veja-se: BADARÓ, Gustavo Henrique & BOTTINI, Pierpaolo Cruz. *Lavagem de Dinheiro – aspectos penais e processuais – comentários à Lei 9.613/98, com as alterações da Lei nº 12.683/12*. São Paulo: RT, 2012.

⁵⁴³ A Convenção de Genebra para a repressão do tráfico ilícito de drogas foi assinada pelo Brasil em 26/06/1936, sendo promulgada através do Decreto n. 2.994, de 17/08/1938. Merece destaque seu artigo 2º, alíneas *a* e *c*:

Artigo 2º. Cada uma das Altas Partes Contratantes se comprometem a baixar as disposições legislativas necessárias para punir *severamente*, e sobretudo com pena de prisão ou outras penas privativas de liberdade, os seguintes atos:

a) fabricação, transformação, extração, preparação, detenção, oferta, exposição à venda, distribuição, compra, venda, cessão sob qualquer título, corretagem, remessa, expedição em trânsito, transporte, importação e exportação dos estupefacientes, contrárias às estipulações das referidas Convenções; (...); c) sociedade ou entendimento para a realização de um dos atos acima enumerados.

Será, contudo, a partir dos anos 1960/70 que acontecerá radical recrudescimento em nossa legislação no tocante à disciplina da co-participação, pois é neste momento que a associação de pessoas para a prática de delitos especificamente relacionados a drogas começa a receber reprimenda muitíssimo maior⁵⁴⁴. Seguindo este modelo internacionalista, ao incriminar, através edição da Lei n. 5.762, de 29.10.1971, a associação para o tráfico inserindo um § 5º no artigo 281 do CP de 1940⁵⁴⁵, inexistente no texto original, o legislador estava seguindo a determinação contida no artigo 36 (disposições gerais), item 2, alínea a, I, da Convenção Única sobre Entorpecentes, assinada em Nova Iorque, em 30/03/1961, que previa a criminalização da *participação deliberada* e mesmo a *confabulação* destinada a práticas relacionadas ao tráfico de drogas e inclusive os *atos preparatórios*⁵⁴⁶.

Criou-se aí, pela primeira vez, um crime de quadrilha em que a conduta proibida teria a finalidade específica de cometer crimes relacionados ao tráfico ou ao consumo de substâncias entorpecentes. Vale ressaltar que a pena mínima atribuída a este crime foi aumentada de mais um ano e a máxima de mais dois, tomando-se como referência o artigo 288 daquele mesmo Código. Além disso, em verdadeira afronta à nossa centenária tradição, foi diminuído para apenas dois o número mínimo de participantes da quadrilha, que antes era de pelo menos quatro.

Os estatutos legais que se seguiram à Lei n. 5.762/71⁵⁴⁷ já não mais alteraram o Código Penal, mas integraram o ordenamento como leis especiais, revogando-se o artigo 281, sendo que no tocante ao concurso de agentes seguiram

⁵⁴⁴ Veja-se CASTELLAR, João Carlos. *A recepção no Direito Penal brasileiro do conceito de crime organizado*. Revista Digital do Instituto dos Advogados Brasileiros, ano III, nº.1, abril/junho 2011, p. 17 e seguintes. In: <http://www.iabnacional.org.br/article.php3?d>, acesso em 18/05/2012.

⁵⁴⁵ Artigo 281, § 5º. Associarem-se duas ou mais pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer qualquer dos crimes previstos neste artigo e seus parágrafos.

Pena – reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa de 20 (vinte) a 50 (cinquenta) vezes o maior salário mínimo vigente no País.

⁵⁴⁶ A Convenção de Nova Iorque foi promulgada através do Decreto n. 54.216, de 27/08/64. Em seu artigo 36 (Disposições Penais), alínea a, inciso II, estabelece: “serão considerados delitos puníveis, na forma estabelecida no parágrafo 1, a *participação deliberada*, a *confabulação* destinada à consumação de qualquer dos referidos crimes, bem como a tentativa de consumá-los, os atos preparatórios e as operações financeiras em conexão com os mesmos”.

⁵⁴⁷ Lei n. 6.368, de 21 de outubro de 1976 e Lei n. 11.343, de 23 de agosto de 2006 (em meio a estas duas leis vigorou a Lei n. 10.409, de 11 de janeiro de 2002, mas a parte referente aos crimes e às penas foram vetadas pelo Presidente da República, sendo aplicável, nesta parte, a lei anterior, isto é, a Lei 6368/76).

o mesmo fio condutor indicado nos documentos internacionais, estabelecendo, a partir de então, tipos autônomos para a incriminação da associação para o tráfico.

Nesse embalo foi editada a Lei n. 6.368, de 21/10/1976 (que vigorou por 20 anos), que em seu artigo 14 previa o crime de associação para o tráfico, bastando para sua configuração existência de apenas dois participantes, sendo a conduta punida, porém, com severidade bem mais acentuada do que a existente no modelo anterior, ou seja, a pena é aumentada para *três a dez* anos de reclusão⁵⁴⁸. A redação do artigo 35 da vigente Lei n. 11.343/06 é praticamente idêntica, inclusive estabelecendo a mesma pena, variando apenas a de multa, que nesta última é ainda mais onerosa.

Como se vê, diferentemente do tipo do artigo 288 do CP, que para sua caracterização prevê o concurso de pelo menos quatro participantes e exige que estes se reúnam de forma estável ou permanente, para o fim da perpetração de uma série de crimes, a criminalização para a conduta de associarem-se pessoas para o fim específico de cometer o crime de tráfico de drogas e condutas afins (plantar, colher etc.) é punida com severidade muito maior.

Realmente, a estabilidade e a permanência da quadrilha ou bando, que historicamente se constituíam em elementos objetivos desse tipo legal, não mais o integram quando a associação, agora até mesmo eventual, tem por finalidade o tráfico de drogas. Esta alteração se verifica com a inclusão no tipo da expressão “reiteradamente ou não”, implicando dizer que qualquer modalidade de coautoria, inclusive a simples participação de menor importância, ainda que acidental ou pontual, é suficiente à sua configuração.

Todavia, no período indicado (1960/70) não foi unicamente para as hipóteses de prática de tráfico de drogas que a reunião de pessoas para seu cometimento passou a merecer sanção mais gravosa. Se esta associação se destinasse ao cometimento de crimes contra a chamada Segurança Nacional as penalidades também eram severíssimas. Para demonstrar o afirmado, observe-se o que dispõem os artigos 12, 14 e 43 do Decreto-lei n. 898, de 29.09.1969 (Lei de

⁵⁴⁸ Artigo 14. Associarem-se 2 (duas) ou mais pessoas para o fim de praticar, reiteradamente ou não, qualquer dos crimes previstos nos artigos 12 ou 13 desta lei.

Pena – reclusão, de 3 (três) a 10 (dez) anos, e pagamento de 50 (cinquenta) a 360 (trezentos e sessenta) dias multa.

Segurança Nacional)⁵⁴⁹.

Estes dispositivos, tais quais aqueles relativos a drogas, puniam como delito autônomo a simples coautoria, criminalizando o ato de associar-se a entidades consideradas “prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional” ou de “reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob nome falso ou forma simulada, partido político ou associação dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional ou faze-lo funcionar nas mesmas condições, quando legalmente suspenso”⁵⁵⁰. Veja-se que as penas atribuídas a estas condutas – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) – são bem mais graves do que as estabelecidas para o crime de quadrilha previsto no artigo 288, do CP.

Com efeito, tem início neste momento histórico a adoção de medidas político-criminais preventivo-geral-positivas, de caráter marcadamente retributivistas, sendo de notar que a legislação passou a promover inusitada aproximação entre o tráfico de drogas e os atos de inconformismo com o Regime Militar que governava o País, equiparando-se em gravidade a conduta de fazer oposição à ordem política estabelecida com a de comercializar substâncias entorpecentes proibidas (em alguns casos, até o mero uso), tal como vimos em tópico próprio deste trabalho

A política criminal para drogas dessa época adotava perfil indisfarçavelmente *militar*, não sendo de espantar que “a produção jurídico-penal

⁵⁴⁹ Artigo 12. Concertarem-se mais de 2 (duas) pessoas para a prática de qualquer dos crimes previstos nos artigos anteriores.

Pena – reclusão, de 1 a 5 anos.

Artigo 14. Formar, filiar-se ou manter associação de qualquer título, comitê, entidade de classe ou agrupamento que, sob a orientação ou com auxílio de governo estrangeiro ou organização internacional, exerça atividades prejudiciais ou perigosas à Segurança Nacional.

Pena – reclusão, de 2 a 5 anos, para os organizadores ou mantenedores, e de 6 meses a 2 anos, para os demais.

Artigo 43. Reorganizar ou tentar reorganizar de fato ou de direito, ainda que sob nome falso ou forma simulada, partido político ou associação dissolvidos por força de disposição legal ou de decisão judicial, ou que exerça atividades prejudiciais ou perigosas à segurança nacional ou faze-lo funcionar nas mesmas condições, quando legalmente suspenso”.

Pena – reclusão, de 2 a 5 anos.

⁵⁵⁰ A Lei de Segurança Nacional em vigor, Lei n. 7.170, de 14/12/1983, criminaliza, em seu artigo 16, mas punido com pena mais branda, a conduta de “integrar ou manter associação, partido, comitê, entidade de classe ou grupamento que tenha por objetivo a mudança do regime vigente ou do Estado de Direito, por meios violentos ou com emprego de grave ameaça. Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos”.

daquela conjuntura absorve[sse] a ideia de que a generalização do contato de jovens com drogas devia ser compreendida, no quadro de guerra fria, como uma estratégia do bloco comunista para solapar as bases morais da civilização cristã ocidental, e que o enfrentamento da questão devia valer-se de métodos e dispositivos militares”⁵⁵¹⁻⁵⁵²

Forjada num mundo bi-polarizado e indisfarçavelmente dirigida aos países subdesenvolvidos produtores de drogas e governados por ditaduras militares, esta política criminal é reafirmada no Brasil quando o País assina a Convenção de Viena em 21/02/71, promulgada através do Decreto n. 79.388, de 14/03/1977. Este documento, em seu artigo 22, parágrafo 2º, alínea a, II, obriga aos signatários a tratar como delito “passível de sanção adequada, particularmente de prisão ou outra penalidade privativa de liberdade”, a “participação internacional, a *conspiração* ou as tentativas de cometer tais delitos, bem como atos preparatórios e operações financeiras relacionadas com os delitos mencionados neste artigo (...)”.

Este modelo persiste até que, em 20/12/1988, realiza-se a já mencionada Convenção de Viena, promulgada através do Decreto n. 154, de 26/06/1991, que traz a obrigação aos países signatários da criminalização da *lavagem* de capitais e insere no contexto mundial as expressões “criminalidade organizada” e “organização criminosa”, sem, contudo, defini-las.

No preâmbulo desta última Convenção, não custa repetir, se reconhece a existência de vínculos “entre o tráfico ilícito e outras *atividades criminosas organizadas*, a ele relacionadas, que minam a economia lícita e ameaçam a estabilidade, a segurança e a soberania dos Estados”, na medida em que “gera consideráveis rendimentos financeiros e grandes fortunas que permitem às *organizações criminosas* transnacionais invadir, contaminar e corromper as estruturas da administração pública, as atividades comerciais e financeiras lícitas e a sociedade em todos os seus níveis”.

Note-se que na Convenção de 1971 (Viena) foi incluído termo *conspiração*, jamais empregado em qualquer dispositivo penal brasileiro, mas que tem significado político-criminal específico, e que na Convenção de 1988 (Viena)

⁵⁵¹ BATISTA, Nilo. *Política criminal...* cit. p.

⁵⁵² *Op. cit.* p. 87.

já se cogita de “crime organizado” e “criminalidade organizada”, conceitos igualmente desconhecidos no Brasil, que, aliás, nunca registrara em sua crônica policial quadrilhas de delinquentes que adotassem modelo organizacional efetivo, sendo estas geridas, invariavelmente, de maneira tosca e improvisada.

É neste caldo de cultura que germinam a Lei de Crimes Hediondos (Lei n. 8.072, de 25.07.1990), que em seu artigo 8º altera a pena do artigo 288 do CP que passa a ser de três a seis anos “quando se tratar de crimes hediondos, prática da tortura, tráfico ilícito de drogas e terrorismo” e a Lei n. 9.034, de 03/05/1995, a qual “define e regula meios de produção de prova e procedimentos investigatórios que versem sobre ilícitos decorrentes de ações praticadas por quadrilha ou bando ou organizações ou associações criminosas de qualquer tipo”, alterada pela recente Lei nº. 12.694, de 24/07/2012, que criou a figura dos “Juízes sem Rosto”. Além, é claro, da Lei n. 9.613, de 03/03/1998, também alterada pela Lei nº. 12.683, de 09/07/2012, que dispõe sobre a *lavagem* de capitais.

Malgrado não definisse o que fosse uma “organização ou associação criminosa”, o que somente ocorre, no âmbito da legislação ordinária, com a entrada em vigor da Lei nº 12.694, de 24/07/2012, a Lei nº a Lei n. 9.034/95 introduziu no ordenamento meios de persecução penal antes inexistentes no processo penal brasileiro, entre os quais a “ação controlada”, que “consiste em retardar a interdição policial do que se supõe ação praticada por organizações criminosas ou a ela vinculado, desde que mantida sob observação e acompanhamento para que a medida legal se concretize no momento mais eficaz do ponto de vista da formação de provas e fornecimento de informações”; a “captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial”; e também a “infiltração de agentes de polícia ou de inteligência, em tarefas de investigação, constituída pelos órgãos especializados, mediante circunstanciada autorização judicial”⁵⁵³.

O advento desta lei trouxe para a atividade policial brasileira meios investigatórios tipicamente norte-americanos, país onde “as principais técnicas e métodos frequentemente utilizados no combate ao crime organizado são três: a operação *undercover* (infiltração, legal e legítima, de agentes do governo nas

⁵⁵³ Lei n. 9.034/95, artigo 2º, incisos II e V.

organizações criminosas), o uso de informantes e a vigilância eletrônica”⁵⁵⁴.

Ocorre que a jurisprudência predominante na Suprema Corte dos Estados Unidos da América, segundo estudo de João Gualberto Garcez Ramos, se orienta no sentido de que, embora o agente atue “encoberto por uma identidade falsa, bem como externe propósitos falsos aos suspeitos que investiga, é sempre e sempre uma autoridade pública. A falsidade de sua identidade e se de seus propósitos não o legitima a mais falsidades ou a ilegalidades. Não pode, por exemplo, torturar um membro da organização criminosa. As declarações que colher dos suspeitos, nesse contexto, não funcionam como confissão, porque os suspeitos decidiram-se pelas declarações sob falsa representação”⁵⁵⁵.

Demais disso, há ainda a IV Emenda, que “garante ao povo em geral em face das autoridades públicas – e não apenas um indiciado em particular – contra buscas e apreensões desarrazoadas e limita a expedição de mandados de busca ao requisito da causa provável”⁵⁵⁶⁻⁵⁵⁷. Trata-se, como salta aos olhos, de regramento bastante diferente do processo penal brasileiro, que permite seja desconsiderada a garantia da inviolabilidade do domicílio em hipóteses bem menos criteriosas, conferindo ampla discricionariedade ao juiz no ato de autorizá-la⁵⁵⁸.

A citada Lei nº. 12.694, de 24/07/2012 inovou, trazendo, em seu artigo segundo, a definição de organização criminosa⁵⁵⁹. Contudo, a novidade maior, não estava aí. Veio com a inserção dos chamados “Juízes sem Rosto”. Nos termos desta Lei, nas hipóteses de procedimentos que tenham por objeto crimes praticados por organizações criminosas, o juiz da causa poderá “decidir para a

⁵⁵⁴ QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi de. *Crime organizado no Brasil*. São Paulo: Iglu, 1998, p. 20.

⁵⁵⁵ RAMOS, João Gualberto Garcez. *Curso de Processo Penal norte-americano*. São Paulo: RT, 2006, p. 180.

⁵⁵⁶ RAMOS. *Op. cit.* p. 179.

⁵⁵⁷ EMENDA IV: O direito do povo estar seguro em suas pessoas, casas, papéis, e demais pertences contra desarrazoadas buscas e apreensões, não poderá ser violado, nem mandados poderão ser expedidos, senão baseados em causa provável, suportada por juramento ou afirmação, e particular descrição do local a ser buscado e das pessoas e coisas a serem apreendidas.

⁵⁵⁸ Veja-se artigos 240 e seguintes do Código de Processo Penal.

⁵⁵⁹ “Art. 2º. Para os efeitos desta Lei, considera-se organização criminosa a associação, de 3 (três) ou mais pessoas, estruturalmente ordenada e caracterizada pela divisão de tarefas, ainda que informalmente, com o objetivo de obter, direta ou indiretamente, vantagem de qualquer natureza, mediante a prática de crimes cuja pena máxima seja igual ou superior a 4 (quatro) anos ou que sejam de caráter transnacional

formação de um colegiado para a prática de qualquer ato processual”, entre os quais a decretação da prisão preventiva, a sentença ou mesmo a transferência do preso para estabelecimento penal em que se lhe aplique o regime disciplinar diferenciado. O colegiado será formado por dois outros magistrados escolhidos por sorteio eletrônico, sendo que as reuniões do grupo poderão ser sigilosas e as decisões serão assinadas pelos três juízes, de modo que não se identifique qual deles a redigiu ou fundamentou.

A Colômbia foi um dos países pioneiros na criação da figura dos “Juízes sem Rosto”, instituindo esta figura em seu ordenamento através da *Ley 2 de 1984: Crea los jueces especializados y se establece un procedimiento especial para la investigación y juzgamiento de los delitos de secuestro extorsivo, extorsión y terrorismo*. Estas disposições seriam de natureza temporária, por um período de seis anos, mas em 1990, mas o governo - através do Decreto 2626 – prolongou sua aplicação “por um período idêntico ao correspondente à declaração de estado de sítio em todo o território da República”. Por atentar seriamente às normativas internacionais, a criação deste grupo de magistrados e membros do Ministério Público gerou uma série de protestos internacionais⁵⁶⁰.

⁵⁶⁰ Vale registrar, na dicção de Claude Katz e Luiz Carlos Nieto Garcia, em texto intitulado *Jueces Anónimos; Justicia Cega*, “em 1985, após os trágicos acontecimentos do Palácio da Justiça, foi criado um Tribunal de Instrução Criminal declarado constitucional pelo Tribunal Supremo de Justiça. Posteriormente, e tendo em conta o recrudescimento de diferentes manifestações de violência – em particular o assassinato de líderes políticos e personalidades democráticas -, o Governo criou um tribunal especial de Instrução composto por três Magistrados eleito pelo Tribunal Supremo de Justiça e competente em todo o território. Este Tribunal teria como objetivo investigar os crimes de agressão à vida humana, a integridade da pessoa e provocaram um estado de comoção social. Esta jurisdição foi declarada inconstitucional pelo Tribunal Supremo. Posteriormente, o governo elaborou um "Estatuto para a Defesa da Democracia" que estabelece as bases da jurisdição de exceção da ordem pública, agora chamada de "Justiça Regional". O Tribunal Supremo de Justiça declarou, em apoio ao projeto do governo, que "a jurisdição especial feita pelo Tribunal de Ordem Pública e os juízes especializados respondia à estratégia do Estado que tem como objetivo tornar a luta eficaz contra o terrorismo e outros crimes que gerem uma profunda comoção social". Neste contexto, vários decretos promulgados instaurando jurisdições de caráter excepcional: O Decreto 1.631 de 1987, criou 90 cargos de juízes vinculados à Jurisdição de ordem pública, que aplicam uma legislação penal, tanto durante a investigação e como em juízo, contido nos artigos 13 e seguintes da Lei 2 a), de 1984. O Decreto 180, de 1988 introduzirá uma extensão da incriminação de diferentes textos do Código Penal para crimes cometidos em particular contra a segurança e a tranquilidade públicas, incluindo o terrorismo e, mais geralmente, os atentados ao patrimônio económicos e aqueles dirigidos contra funcionários públicos. A competência para investigar e julgar crimes de terrorismo e delitos conexos – segundo menção do Decreto 1980, de 1988 - será atribuído a Juiz de política pública, o que gera inúmeros conflitos de competência deste tipo de jurisdição especializada com relação aos tribunais comuns. As principais disposições policial judicial será objeto do Decreto 474 de 1988, que define a estrutura básica da Jurisdição Execução Especial de ordem pública que, três anos mais tarde, foi chamado de "justiça regional". In Informe N 229/2 elaborado en Diciembre de 1996 por la Federación Internacional de las Ligas

6.2.2.2.1

organizações criminosas e sociedades empresariais

Segundo Zuñiga Rodrigues, a criminalidade desenvolvida ao amparo de sociedades empresariais é vasta e está dotada de potencial criminógeno nunca antes visto. Para esta autora,

“Se estima que seu desenvolvimento tão espetacular nos últimos tempos se deve precisamente à irresponsabilidade penal das sociedades, pois muitas dessas organizações utilizam empresas fictícias, empresas de “fachada”, corrompem a classe política para perpetrar seus ilícitos. As atividades da criminalidade organizada, a delinquência econômica, e a rede de interesses financeiros e políticos das sociedades modernas se entrecruzam, propiciando, inclusive, a corrupção política”⁵⁶¹

Ainda de acordo com esta professora, será o processo de unificação dos mercados – a *globalização* – que explicará o desenvolvimento transnacional da *criminalidade organizada* nos últimos 20 anos e seu espetacular salto que se verifica com a criminalidade dos poderosos e também com a chamada macrocriminalidade ⁵⁶² e a grande danosidade dos últimos tempos. Há, pois, em conformidade com essa corrente doutrinária, a crescente necessidade de se coordenarem esforços de modo a encontrar soluções uniformes aos problemas jurídico-penais que transcendem as fronteiras nacionais⁵⁶³.

de los Derechos Humanos (FIDH) (fundada en 1922) - 17 Passage de la Main d'Or - 75011 - París. Francia <http://www.derechos.org/nizkor/colombia/doc/jueces.html> (acesso em: 16/11/2012)

⁵⁶¹ ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. *Criminalidad de empresa, criminalidad organizada y modelos de imputación penal*. Delincuencia Organizada – aspectos penales, procesales y criminológicos. Huelva: Universidad de Huelva Publicaciones/Fundación El Monte. FERRÉ OLIVE, Juan Carlos y ANARTE BORRALO, Enrique (Eds.), 1999, p. 202-203.

⁵⁶² Debita-se esta nomenclatura de Herbert Jäger (1989). Propõe este autor, em pioneiro estudo, um câmbio no interesse cognoscitivo do estudo de determinados tipos de criminalidade, até então focalizado na criminalidade constitutiva de um desvio individual, para passar a atender à denominada “criminalidade de grupo”, chamando a atenção sobre a ‘dimensão coletiva do delito’ e sobre o potencial criminógeno que possui uma organização criminosa em uma sociedade coletivizada como a que vivemos. Para este autor, o foco de análise criminológico da macrocriminalidade descansa nas graves formas de ‘violência coletiva’, cujas consequências destrutivas são particularmente perigosas: delitos cometidos na guerra, destruição em massa e de populações inteiras, destruições nucleares, conflitos de religiões e de culturas, luta guerrilheira, movimentos revolucionários e contra-revolucionários e agudas crises políticas de massa, e, em geral, à dimensão coletiva do delito (tradução livre). *Apud* ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. *Criminalidad organizada y sistema de derecho penal – contribución a la determinación del injusto penal de organización criminal*. Granada: Editorial Colmares, 2009, p. 61 (tradução livre).

⁵⁶³ ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. *Idem. Ibidem*.

Como as Convenções internacionais antes mencionadas silenciasssem no que consistiria exatamente uma organização criminosa, construíram este conceito a doutrina e a jurisprudência. Ferré Olivé, socorrendo-se dos ensinamentos de Bottke, afirma que *organización criminal* “significa a criminalidade de vários membros da sociedade, que mais do que para um fato concreto, se associam geralmente por tempo indeterminado e organizam sua atividade criminal como se fossa um projeto *empresarial*. A criminalidade que produz benefícios é a criminalidade organizada ‘*industrial*’”⁵⁶⁴.

Trata-se de definição de alguma forma útil, pois permite, ao menos aproximadamente, identificar o que venha a ser a criminalidade organizada e entende-la como uma aquela que funciona nos moldes de uma genuína empresa comercial, supondo organização hierarquizada, administração profissional e disponibilidade de meios materiais e humanos para a execução de tarefas distintas e escalonadas, não se podendo, contudo, esquecer que a característica que lhe é mais peculiar é a sua (em maior ou menor grau) clandestinidade.

No campo da jurisprudência, vale aqui reproduzir julgado do Tribunal Supremo da Espanha, prolatado em janeiro de 1995, que considera que se está diante de uma organização criminosa quando:

*“(...) los autores hayan actuado dentro de una estructura caracterizada por un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazos que asegura la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas integrantes de la organización y que dificulten de manera extraordinaria la persecución de los delitos cometidos, aumentado, al mismo tiempo el daño posible causado. La existencia de la organización no depende del número de las personas que la integren aunque ello estará condicionado naturalmente, por las características del plan delictivo. Lo decisivo es precisamente esta posibilidad de desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas individuales, pues ello es lo que permite hablar de una ‘empresa criminal’”*⁵⁶⁵.

Tornando-se exigência universal uma definição legal do que venha a ser uma “organização criminosa”, será na Convenção de Nova Iorque de 15/11/2000, promulgada no Brasil por meio do Decreto n. 5.015, de 12/03/2004,

⁵⁶⁴ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. *Blanqueo de Capitales y Criminalidad Organizada*, em *Delincuencia Organizada - aspectos penales, procesales y criminológicos* (vários autores). Huelva: Publicaciones Universidad de Huelva, 1999, p. 88 (tradução livre).

⁵⁶⁵ FERRÉ OLIVÉ, Juan Carlos. Ob. e p. cit.

que se chegará a algum consenso a esse respeito.

Este documento internacional estabelece que “grupo criminoso organizado” será aquele “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”. Define este documento, ademais, que “grupo estruturado” será o “formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada”.

Estabelecidas estas definições a Convenção, em seu artigo 5º, obriga os signatários à adoção de medidas legislativas visando criminalizar:

a) um dos atos seguintes, ou ambos, enquanto infrações penais distintas das que impliquem a tentativa ou a consumação da atividade criminosa:

i) o entendimento com uma ou mais pessoas para a prática de uma infração grave, com uma intenção direta ou indiretamente relacionada com a obtenção de um benefício econômico ou outro benefício material e, quando assim prescrever o direito interno, envolvendo um ato praticado por um dos participantes para concretizar o que foi acordado ou envolvendo a participação de um grupo criminoso organizado;

ii) a conduta de qualquer pessoa que, conhecendo a finalidade e a atividade criminosa geral de um grupo criminoso organizado, ou a sua intenção de cometer as infrações em questão, participe ativamente em:

a. atividades ilícitas do grupo criminoso organizado;

b. outras atividades do grupo criminoso organizado, sabendo que a sua participação contribuirá para a finalidade criminosa acima referida.

b) o ato de organizar, dirigir, ajudar, incitar, facilitar ou aconselhar a prática de uma infração grave que envolva a participação de um grupo criminoso organizado.

A interpretação literal dos termos em que está lavrada esta Convenção leva à conclusão de que qualquer reunião de delinquentes minimamente estruturada deverá considerada pelo ordenamento jurídico interno dos países signatários como uma *organização criminosa*, por mais rudimentar que seja sua composição. Assim, duas pessoas que se dediquem ocasionalmente ao furto de automóveis – mesmo que por uma única vez – se incluirão na categoria de participantes do temível *crime organizado*, recaindo sobre eles o peso das

excepcionais regras processuais relativas à persecução penal, derogatórias de garantias individuais de índole constitucional e previstas em outros documentos internacionais.

É verdade, como salienta Zuñiga Rodrigues, que “em cada sociedade o imaginário coletivo representa distintos fenômenos frente às palavras *criminalidade organizada*: assim, enquanto para a Itália é a máfia, para a Espanha é o terrorismo, e para os organismos internacionais, fundamentalmente o narcotráfico”⁵⁶⁶.

Mas não se pode esquecer que os efeitos magniloquentes que a figura produz vão bem ao gosto da mídia ideologicamente interessada. O bordão da *criminalidade organizada* simplifica o trabalho de agentes de polícia que preferem trilhar os mais fáceis caminhos investigativos e atende às necessidades midiáticas do Ministério Público que veiculam formulações visando quebras de garantias à justificativa de que a apuração deste crime deve sobrepujar cautelas e desencorajar o equilíbrio do julgador. Afinal, como aponta João Ricardo Dornelles, “o efficientismo penal aplicado no Brasil torna a incompetência policial um atributo, uma virtude travestida de bravura”⁵⁶⁷.

Cirino dos Santos faz acurada crítica desta nomenclatura, anotando que, “na verdade, existem dois discursos sobre *crime organizado* estruturados nos polos americano e europeu do sistema capitalista globalizado: o discurso americano sobre o *organized crime*, definido como *conspiração nacional* de etnias estrangeiras, e o discurso italiano sobre *crime organizzato*, que tem por objeto de estudo original a *Máfia* siciliana”.

Segundo este autor,

“o conceito americano de *organized crime* realiza funções políticas específicas: legitima a repressão interna de minorias étnicas nos Estados

⁵⁶⁶ ZUÑIGA RODRIGUES, Laura. *Criminalidad organizada...* cit. p. 27.

⁵⁶⁷ Segundo este autor, “os métodos desenvolvidos pelo Exército, com a lógica militar do confronto direto e a eliminação do inimigo, são os fundamentos determinantes da formação das polícias militares brasileiras, principalmente das equipes organizadas para operações especiais. É a doutrina que passou a servir de referência para o policiamento, principalmente a partir do regime militar e da doutrina de segurança nacional. A política do confronto identifica o suspeito ou o criminoso como um inimigo. Dentro desta lógica militar, todos aqueles que se relacionam com o inimigo são também considerados inimigos. Os parentes passam a ser suspeitos e inimigos, o advogado é um suspeito e inimigo, o assistente social é um suspeito e inimigo”. DORNELLES, João Ricardo Wanderley. *Conflitos e Segurança – entre pombos e falcões*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003, p. 85-86.

Unidos e, eventualmente, justifica restrições externas a soberania das nações independentes, com o objetivo de impor diretrizes de política criminal para resolver problemas sociais internos determinados pela ‘irracionalidade’ da política americana anti-drogas”,

enquanto que as

“organizações de tipo mafioso italianas, originalmente dirigidas à repressão de camponeses em luta contra o latifúndio, teriam evoluído para empreendimentos urbanos, com controle da construção civil, do contrabando e da extorsão sobre o comércio e a indústria. Nas últimas décadas, a Máfia teria assumido características financeiro-empresariais, com empresas no mercado legal e a inserção no circuito financeiro internacional para a lavagem de dinheiro do tráfico de drogas. Assim, as organizações de tipo mafioso seriam estruturas de poder informal constituídas para proteger a realização de objetivos de lucro mediante intermediação parasitária das relações de capital e trabalho, entre produção e consumo, ou entre Estado e cidadão”⁵⁶⁸.

Na mesma linha de pensamento, ao se cogitar da criminalização desta categoria criminal, poder-se-ia dizer, com Bustos Ramírez, que “se vem destinando enormes esforços e que se tem aplicado grande quantidade de recursos a uma atividade que fundamentalmente está referida a um problema originado no exterior e que não está em conexão com a própria realidade” dos países periféricos, que aviltam suas tradições jurídicas para absorver conceitos que não lhes dizem respeito⁵⁶⁹.

Há de se verificar, portanto, se o conceito de “organização criminosa” e de “crime organizado” alcançado pela Convenção de Nova Iorque (2000), produto do refinamento doutrinário, jurisprudencial e legislativo obtido com a interpretação de uma longa sequência de anteriores Convenções – todas destinadas à repressão do tráfico de drogas e da *lavagem* ativos – está em consonância com as tradições jurídicas brasileiras; e se sua recepção no nosso Direito Penal positivo guarda alguma relação com a definição típica do crime quadrilha ou bando, que frequenta nossos Códigos Penais há quase duas centenas de anos.

Para que se possa chegar a algum tipo aproximação de conceitos, não se pode esquecer as palavras de Bernard Audit, ao recordar que “estamos

⁵⁶⁸ CIRINO DOS SANTOS, Juarez. *Crime Organizado*: in <http://www.cirino.com.br/artigos-crime.htm>, acesso em 23/10/02).

⁵⁶⁹ BUSTOS RAMÍREZ, Juan. *Coca-cocaína: entre el derecho y la guerra*. 2ª ed. Bogotá: Editorial Temis S/A, 1996, p. 107 (tradução livre).

envolvidos em um movimento chamado de mundialização, cuja iniciativa deve-se principalmente aos EUA. O aspecto principal deste movimento é a liberalização do mercado; mas em razão do peso econômico dos EUA, ele é acompanhado de uma forte influência cultural, no sentido mais amplo da palavra. No que diz respeito ao direito, isto se traduz principal e diretamente por uma implantação de práticas americanas”⁵⁷⁰.

Antes de prosseguir, cabe lembrar que por “sistema jurídico” deve-se entender o “conjunto de regras e instituições de direito positivo pelas quais se rege uma determinada sociedade”, as quais devem ser “suficientemente completas e importantes para os homens aos quais se aplicam permaneçam ligados entre si por uma comunidade de direitos”⁵⁷¹. Assim sendo, a recepção pelo Direito Penal brasileiro do conceito de “crime organizado” e de “organização criminosa”, isto é, da “introdução em nosso sistema jurídico de regras, noções ou institutos pertencentes a outro sistema”⁵⁷², deveria merecer acurada atenção no ato da elaboração *legislativa subsequente*.

Não há dúvida de que as fontes que inspiraram a legislação brasileira no tocante à inserção em nosso ordenamento dos conceitos de “organização criminosa” e de “crime organizado” se encontram na legislação norte-americana, país considerado como exportador de direitos. Afinal, trata-se de uma nação econômica, política e militarmente mais desenvolvida do que a nossa, sendo capaz de exercer, como de fato exerce decidida influência na Organização das Nações Unidas.

Muito embora não se possa afirmar que a recepção dos conceitos em apreço tenha sido decorrência de atos impositivos de uma potência colonizadora, mas sim de ato voluntário do Governo brasileiro, que vem assinando e promulgando as normativas internacionais que evocam a necessidade de se criminalizar com severidade cada vez maior a participação em “organizações criminosas”; não obstante, ademais, que a justificativa para tal se encontre, ao

⁵⁷⁰ AUDIT, Bernard. *L'américanisation du droit. Introduction*. Paris: Dalloz, 2001, p. 7 (tradução livre por José Guilherme Bermman).

⁵⁷¹ CASTÁN TOBEÑAS, José; CASTÁN TOBEÑAS, José María, LÓPEZ CABANA, Roberto M. *Sistemas Jurídicos Contemporâneos*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2000, p. 15.

⁵⁷² LYRA TAVARES, Ana Lúcia de. *Estudo das Recepções de Direito*. Estudos Jurídicos em Homenagem ao Prof. Haroldo Valladão. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 1983, p. 46.

menos em caráter oficial, na necessidade de adaptação da nossa legislação penal e processual penal aos institutos estrangeiros de modo a que o País não fique isolado no contexto político-criminal internacional, não se tem notícia de que estudos doutrinários desenvolvidos no exercício da docência tenham sido realizados com a finalidade de verificar a conveniência da importação destes institutos para o aperfeiçoamento da ordem jurídica nacional.

Para se examinar as vantagens que possam advir com a recepção de algum instituto – e não será diferente no caso do conceito de “organização criminosa” ou de “crime organizado” – deve-se fazê-lo, segundo lição de Lyra Tavares, primordialmente sob duas óticas: a sócio-jurídica e a comparativa. Em conformidade com esta autora, “para os sociólogos do direito a recepção apresenta-se como uma manifestação anormal, patológica, uma vez que contraria a tese de que o direito é produto de um determinado contexto social”⁵⁷³.

No caso da recepção pelo Brasil do conceito de “organização criminosa”, é de se ponderar que nossa sociedade prescinde da criminalização desta conduta, posto que, como se disse alhures, não se registra em nossa crônica policial nada parecido com aquelas organizações que se formaram nos Estados Unidos à época da edição naquele país da XVIII Emenda à Constituição, em 1919, que proibiu “a produção, venda, e o transporte de bebidas alcoólicas nocivas”⁵⁷⁴, na esteira da qual se editou rigorosa legislação federal consubstanciada no *Volstead Act*, de 1920 – a “Lei Seca”.

Afinal, esta legislação repressiva norte-americana, como assinala Tigre Maia, “enquanto esteve em vigor, possibilitou não só a criação e o desenvolvimento de incontáveis organizações criminosas, como propiciou a geração de um mercado de fornecimento de produtos e serviços ilegais que

⁵⁷³ LYRA TAVARES. *Op. cit.*, p. 53.

⁵⁷⁴ Emenda XVIII: Seção 1. No prazo de um ano seguinte à ratificação desta Emenda, a produção, venda e o transporte de bebidas alcoólicas nocivas estão proibidos no território dos Estados Unidos, da mesma forma que qualquer importação ou exportação das referidas bebidas com destino ou provenientes dos Estados Unidos e de qualquer território submetido aos efeitos de sua jurisdição.

Seção 2. O Congresso e os diferentes Estados terão conjuntamente o poder de assegurar a execução desta Emenda, por meio de legislação específica;

Seção 3. Este artigo apenas entrará em vigor após ser ratificado, como Emenda à Constituição, pelas legislaturas dos diferentes Estados, conforme as disposições da Constituição, num prazo de sete anos a contar da data em que o Congresso o submeter aos Estados.

movimentava milhões de dólares”⁵⁷⁵. Além disso, foi para fazer valer os princípios que nortearam aquela XVIII Emenda que os Estados Unidos exerceram forte pressão na comunidade internacional no início do Século XX, dando início toda uma série de normativas tendentes a reprimir militarmente o tráfico de qualquer tipo de drogas e também as quadrilhas que o realizavam e *lavavam* seus lucros, valendo-se da enorme velocidade que o mundo globalizado possibilita a movimentação financeira internacional.

Poder-se-ia dizer, que ao recepcionar os conceitos em estudo nosso legislador o fizera obnubilado por um exagerado mimetismo, defluente da “segurança que infunde um sistema já em funcionamento”, ou que agira “por preguiça, por pressa, por razões políticas etc.”, ou talvez simplesmente seduzido por um bem lançado “apelo publicitário”, que chamara sua atenção para um produto pronto e acabado, mas que não permitiria se lesse as letras miúdas constantes ao pé do rótulo, que advertiriam que sua recepção poderia ocasionar “o sacrifício de valores tradicionais” do direito pátrio⁵⁷⁶.

No entanto, para que se possa proceder ao estudo das recepções de direito, necessário se faz percuciente análise comparativa, tanto estrutural quanto funcional das instituições objeto da pesquisa, procedendo-se, a partir daí, a uma múltipla leitura a seu respeito. Nesse diapasão, deve-se considerar a colocação do instituto dentro do sistema a que pertence, bem como a função que este lhe atribui e o modo pelo qual cumpre esta função.

Lyra Tavares, invocando Marc Ancel, relaciona os métodos de direito comparado com que se deve orientar o pesquisador comparatista para realizar sua tarefa: i) conhecer as raízes históricas, socioeconômicas e jurídicas do instituto ou sistema importado e de seu funcionamento no contexto original; ii) o estudo das causas que levaram à sua recepção e das condições gerais do sistema receptor; iii) a análise do processo de aclimatação ou de aculturação do instituto ou sistema importado, visando distinguir não só as transformações nele ocorridas, como aquelas sofridas pelo próprio meio receptor; iv) a aplicação dos mesmos procedimentos na análise de outro(s) caso(s) de recepção; v) o estabelecimento de

⁵⁷⁵ TIGRE MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. *Lavagem de Dinheiro (lavagem de ativos provenientes de crime) – anotações às disposições da Lei n. 9.613/98*. São Paulo: Malheiros, 1999, p. 26.

⁵⁷⁶ LYRA TAVARES. *Op. cit.* p. 55-6.

correlações entre eles, com a identificação das dessemelhanças e a indicação dos motivos que as justifiquem”⁵⁷⁷

No tocante a uma aproximação entre o sistema continental – codificado – e o de *Common Law* – consuetudinário – não pode haver dúvida de que determinadas instituições que funcionam perfeitamente em um podem não ser operacionais em outro, resultando em insuperáveis disfunções, anotando Piña Rochefort que “estas diferenças se verificam não só nos que já constituem lugares comuns da análise comparada”, como é o caso da contraposição entre o “utilitarismo anglo-americano e a argumentação sobre a base de princípios de a sistemática continental”, ou a “tolerância de uma duplicidade de fontes de normas penais por um e a sujeição estrita à legalidade pelo outro, senão também em muitos conceitos de menor abstração e não necessariamente informados por estes diversos princípios”. É o caso, por exemplo, “da exigência ou não de uma conduta por parte do autor para poder afirmar sua responsabilidade, os diferentes parâmetros que se utilizam para determinar se se têm infringido deveres de cuidado, a relevância ou irrelevância de certos erros etc.”⁵⁷⁸.

Daí ocorrerem graves distorções, tanto mais no tocante à criminalidade de *empresa*, pois “a introdução da expressão *organização criminosa* em nosso direito positivo criou mais uma esfera de confusão entre a criminalidade de *empresa* e a criminalidade *organizada*”⁵⁷⁹, já que a definição desta última é edificada no sentido de que seria aquela constituída exclusivamente para fins ilícitos, mas que operaria nos mesmos moldes de uma empresa lícita e seguindo “os mesmos princípios de mercado que governam as sociedades empresariais”, com a diferença de que fornecem bens ou prestam serviços ilícitos⁵⁸⁰.

Esta interpretação, produto genuíno da recepção de um instituto que não tem tradição em nosso Direito, tem levado os órgãos de persecução penal a considerarem que delitos cometidos no âmbito de empresas lícitas (tais como sonegação fiscal, fraude em licitações etc.) legitimam a classificação do fato como

⁵⁷⁷ LYRA TAVARES. *Op. cit.* p. 62.

⁵⁷⁸ PIÑA ROCHEFORT. *Op. cit.* p. 5.

⁵⁷⁹ ESTELLITA, Heloísa. *Criminalidade de empresa...* cit. p. 43.

⁵⁸⁰ PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. *Organização criminosa: nova perspectiva do tipo legal*. Tese de Doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007. *Apud* ESTELLITA, Heloísa. *Criminalidade de empresa...* cit. p. 43.

sendo cometido sob a égide de uma *organização criminosa*, bem como justificam o emprego de técnicas investigativas (infiltração de agentes, interceptações telefônicas, quebra de sigilo bancário e de dados, escuta ambiental etc.) e outras providências processuais excepcionais (busca e apreensão, prisão preventiva, oferecimento de delação premiada etc.), como se se tratasse daquela classe de delitos de difícil apuração, cometidos por um grupo estruturado exclusivamente para o cometimento de crimes de exponencial gravidade.

Também no tocante à persecução penal da criminalidade *convencional* o conceito de *organização criminosa* vem operando injustificados excessos, pois se tem considerado, que a reunião de pessoas, mesmo que eventual e espontânea, autoriza o emprego das já mencionadas técnicas investigativas excepcionais, não raro baseadas em temerárias denúncias anônimas formuladas através dos serviços (privados) que captam este tipo de informação por via telefônica – os *disque-denúncias*.

6.2.2.3 terrorismo

Em janeiro de 2010, os jornais escritos e eletrônicos de todo o mundo noticiaram inusitado fato. Um cidadão eslovaco, Stefen Gonda, passou por todos os controles alfandegários da Europa e desembarcou no Reino Unido (Irlanda) sem ser incomodado, não obstante carregasse em sua bagagem a substância RDX que, quando misturada a outros produtos químicos, transforma-se num poderoso explosivo, muito utilizado em atentados terroristas. Ele de nada sabia: estava apenas sendo usado e vigiado por autoridades de seu país natal. Tratava-se de um desastrado teste de controle de segurança realizado pelo Ministério da Justiça da Eslováquia, governo que logo se desculpou formalmente perante a comunidade europeia pelo fiasco de sua operação. Segundo veicularam os jornais, que para tanto consultaram especialistas em controle de fronteiras, o “*imbroglio* comprovou a ineficácia dos sistemas de raio-x, e pôs em risco desnecessário tripulantes e passageiros, além de abrir brechas para a violação de bagagens e até roubos”⁵⁸¹.

Pouco mais de dois anos depois dessa bizarra notícia, em maio de

⁵⁸¹ Jornal O GLOBO, 07/01/2010, p 26.

2012, veiculou-se outra nota incomum para os brasileiros: “agências estatais de inteligência dos Estados Unidos e de governos europeus enviaram um alerta a vários países latino-americanos informando sobre a possibilidade de um atentado terrorista *no continente*”. O informe recorda que, já em 2011, “membros do Congresso americano alertaram sobre ações do grupo [Hezbollah] na Tríplice Fronteira entre Brasil, Argentina e Paraguai”, informando, ainda, que, para “o deputado republicano Patrick Meehan, chefe da Subcomissão de Segurança Nacional, o Hezbollah ‘tem uma ampla rede na região’ e isso significa um risco para a *segurança americana*”⁵⁸².

Não obstante a gravidade da notícia, seu conteúdo não excitou a mídia local nem provocou nenhum alarma na população do País, não tendo a opinião pública se sensibilizado ao tomar conhecimento do relevante assunto. A matéria, aliás, sequer mereceu chamada de primeira página nos principais veículos noticiosos, cuja manchete do dia estampava mais importância à designação de data próxima para o julgamento perante o Supremo Tribunal Federal de políticos supostamente envolvidos em momentoso caso de corrupção (“Mensalão”).

Para os brasileiros, mesmo que tomada isoladamente, esta já seria razão bastante para pressupor que a difusão do medo de atentados terroristas tem mais serventia para alimentar preconceitos e legitimar adoção de políticas criminais intolerantes sob o ponto de vista da preservação das garantias individuais, do que para dar efetiva proteção a bens jurídico-penais valiosos para a população do País. Além disso, desde os anos 80 que o terrorismo não é uma prática política comum em território brasileiro⁵⁸³, constituindo-se esta numa outra boa razão para não se punir este tipo de conduta por aqui.

⁵⁸² Jornal O GLOBO, 19/05/2012, p. 36.

⁵⁸³ Os últimos registros de atentados terroristas no Brasil se deram a partir do final dos anos 70 e início dos anos 80, quando militares, policiais e civis ligados aos órgãos repressivos do governo militar, mas dissidentes relativamente ao programa de abertura política que se então se iniciava, promoveram uma série de atentados terroristas com o emprego de bombas, cartas-bomba e também sequestros. A lista é longa, mas podem-se destacar, a título de ilustração, os seguintes atentados terroristas perpetrados por este grupo: 19/08/76 – Associação Brasileira de Imprensa (Centro – bomba); 22/09/76 – sequestro de D. Adriano Hipólito (Bispo de Nova Iguaçu); 22/09/76 – residência do jornalista Roberto Marinho (Cosme Velho – bomba); 04/10/79 – Tribuna da Imprensa (bomba e incêndio); 27/08/80 – Jornal Tribuna da Luta Operária (Centro – carta-bomba); 27/08/80 – Conselho Federal da Ordem dos Advogados do Brasil (Centro – carta-bomba); 27/08/80 – Gabinete do Vereador Antônio Carlos de Carvalho (Centro – carta-bomba); 30/03/81 – Rio Centro (bomba). In: ARGOLLO, José A., RIBEIRO, Kátia, FORTUNATO, Luiz Alberto. *A Direita Explosiva no Brasil – a história do Grupo Secreto que aterrorizou o País com suas ações, atentados e conspirações*. Rio de Janeiro: MAUAD, 1996.

Contudo, desses dois episódios, não muito distantes temporalmente entre si, mas bem distantes do cotidiano brasileiro, pode-se também assentar que o *terrorismo*, como categoria criminológica, representa fenômeno que ultrapassa as fronteiras nacionais, demandando, como reivindicação dos países que mais se ressentem com sua prática, seja internacionalizado seu tratamento jurídico, motivo pelo qual se almeje que também no Brasil se deva criminalizar esta conduta, tão logo a ONU assim convencione.

Com efeito, há cerca de duas décadas está em andamento movimento político no plano internacional, no sentido de que as nações que compõem a ONU prevejam o terrorismo como figura típica e punam seu cometimento nos respectivos ordenamentos internos. Vale anotar que este organismo vem se dedicando à tarefa de definir o que seja *terrorismo* desde 1996, bem antes dos atentados de 11/09/2001 às Torres Gêmeas, ao Pentágono e na Pensilvânia (EUA), tendo se formado, inclusive, um comitê com a finalidade de elaborar ampla convenção internacional sobre o assunto. Ocorre que, dadas as enormes dificuldades em obter consenso acerca da uma definição de terrorismo, isto ainda não aconteceu.

Por este conjunto de razões, não obstante as vicissitudes na obtenção de uma pretendida harmonia conceitual, o esforço mundial para contenção e erradicação do terrorismo vem afetando a legislação brasileira há algum tempo, e o País segue recepcionando as normativas internacionais que tratam da matéria, ressaltando-se, porém, que, por causa das limitações acima referidas, sua adesão se dá quase que com exclusividade no âmbito econômico-financeiro e se expressa positivamente no controle da movimentação de ativos na economia formal.

Isso se dá porque o principal instrumento jurídico regulador do assunto é a Convenção Internacional para Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembleia-Geral das Nações Unidas em 9/12/1999, assinada pelo Brasil em 10/11/2001 e promulgada pelo governo brasileiro através do Decreto nº. 5.540, de 26/12/2005. Recorde-se que no âmbito das Américas também disciplina a matéria a Convenção Interamericana Contra o Terrorismo, de 03/06/2002, em vigor no Brasil através do Decreto nº. 5.639, de 26/12/2005. Nenhum desses dois documentos, todavia, define o que seja *terrorismo* e muito menos sugere uma formulação típica para criminaliza-lo.

Poder-se-ia dizer que a vigência entre nós destas normas não se constitui propriamente numa *recepção* de direitos, mas sim de uma *importação* de direitos, na medida em que a inserção dos meios de realização da persecução penal que estão delineados nessas normativas internacionais provém de sistema jurídico do tronco consuetudinário, que se estrutura de modo bastante diferente do nosso. De toda forma, seja tratando-se de *importação*, *transplante* ou *deslocamento* de direitos, não há dúvida de que a globalização do conceito ou a internacionalização da criminalização do *terrorismo* e dos métodos para sua persecução penal (convergentes com os destinados a crimes como o tráfico de drogas, *lavagem* de capitais e criminalidade organizada) se inclui numa prática recente de recepção de institutos jurídicos sem tradição em nosso sistema.

Eloquente demonstrativo dos compromissos internacionais assumidos pelo Brasil nessa atividade de persecução ao terrorismo está na a Carta-Circular nº. 3246, de 24/10/2006, baixada pelo BACEN. Esta norma administrativa determina que sejam imediatamente comunicados à autoridade monetária central (o próprio BACEN) quaisquer operações financeiras realizadas em território nacional por parte de *Osama bin Laden* e outros membros da *Al-Qaeda*, assim como de *Saddam Hussein*, seus parentes e colaboradores⁵⁸⁴.

À leitura dessa normativa, não se pode deixar de imaginar hipotética cena com bin Laden e seu indefectível turbante, tendo a tiracolo o inseparável fuzil *Kalashnikov*, entrando numa agência bancária da Av. Paulista e se dirigindo ao atendente para abrir uma contracorrente em seu nome. Em que pese num primeiro momento possa emprestar-se à normativa do BACEN inspirações

⁵⁸⁴ Eis os termos da normativa: “Com base nos arts. 2º, parágrafo único, e 4º, caput, da Circular nº 2.852, de 3 de dezembro de 1998, e tendo em vista o disposto no Decreto nº 5.640, de 26 de dezembro de 2005, que promulgou a Convenção Internacional para a Supressão do Financiamento do Terrorismo, adotada pela Assembléia-Geral das Nações Unidas em 9 de dezembro de 1999, devem ser imediatamente comunicadas ao Banco Central do Brasil, por meio da transação PCAF500 do Sistema de Informações Banco Central - Sisbacen, as operações realizadas ou os serviços prestados, ou as propostas para sua realização ou prestação, qualquer que seja o valor, envolvendo as pessoas e entidades abaixo relacionadas, bem como a existência de fundos, outros ativos financeiros ou recursos econômicos pertencentes ou controlados, direta ou indiretamente: I - por *Osama bin Laden*, membros da organização *Al-Qaeda*, membros do *Talibã*, outras pessoas, grupos, empresas ou entidades a eles associadas (...); II - pelo antigo governo do *Iraque* ou de seus entes estatais, empresas ou agências situados fora do *Iraque*, bem como fundos ou outros ativos financeiros ou recursos econômicos que tenham sido retirados do *Iraque* ou adquiridos por *Saddam Hussein* ou por outros altos funcionários do antigo regime iraquiano e pelos membros mais próximos de suas famílias, incluindo entidades de propriedade ou controladas, direta ou indiretamente, por eles ou por pessoas que atuem em seu favor ou sob sua direção”. A Carta-Circular em referência foi revogada pela Carta-Circular 3342, de 26/10/2006, cujo teor, na parte que interessa é idêntico.

anedóticas, está ela perfeitamente afinada com as determinações a que o País se obrigou por conta dos acordos internacionais de que é signatário⁵⁸⁵, e também das orientações contidas nas Resoluções do Conselho de Segurança da ONU.

A propósito, valioso ressaltar que este Conselho, depois dos atentados de 11/09/2001, passou a adotar retórica bastante dura em seus pronunciamentos, tal como se pode verificar pela leitura da Resolução 1368, de 12/09/2001, extraída na reunião realizada no dia seguinte a consumação dos sobreditos atos terroristas. Entre outras assertivas, nela está contida a afirmação de que a autodefesa é “direito inerente a todo indivíduo ou coletividade em conformidade com a Carta [das Nações Unidas]”, intuindo-se com esta nota, sobretudo levando-se em conta as circunstâncias em que foi emitida, que se constituía em estímulo ao *jus ad bellum*⁵⁸⁶, configurando verdadeira “autorização” do Conselho para que os Estados Unidos desencadeassem ataque armado contra o Afeganistão (onde supostamente haviam sido planejados os atentados e onde se esconderia bin Laden), estado de guerra que perdura até os dias de hoje⁵⁸⁷. Não custa recordar

⁵⁸⁵ A Convenção para Supressão do Financiamento do Terrorismo prevê em seu artigo 18, 1, *b*, o seguinte: 1. Os Estados Partes cooperarão na prevenção dos delitos previstos no Artigo 2 por meio da adoção de todas as medidas apropriadas, dentre as quais a adaptação de suas leis nacionais, se necessário, a fim de obstar e neutralizar preparativos, em seus respectivos territórios, para o cometimento daqueles delitos dentro ou fora de seus territórios, inclusive: b) Medidas exigindo que instituições financeiras e outros profissionais envolvidos em transações financeiras adotem as medidas mais eficazes disponíveis, com vistas a identificar seus clientes fixos ou eventuais, bem como clientes em cujo interesse contas sejam abertas, e a prestar especial atenção a transações incomuns ou suspeitas e informar sobre transações presumidamente oriundas de atividades criminosas. Para tanto, os Estados Partes considerarão: i) A adoção de regulamentações que proíbam a abertura de contas cujos titulares ou beneficiários não sejam identificados ou identificáveis, bem como medidas para assegurar que essas instituições confirmem a identidade dos verdadeiros titulares dessas transações; ii) No que se refere à identificação de pessoas jurídicas, exigir que as instituições financeiras, quando necessário, adotem medidas para confirmar a existência jurídica e a estrutura do cliente obtendo, junto a um cartório, ao cliente ou a ambos, comprovação de constituição, inclusive informações no que se refere a nome do cliente, forma jurídica, endereço, diretores e disposições que regulamentam a autoridade para estabelecer obrigações legais para a referida pessoa jurídica; iii) A adoção de regulamentações que imponham às instituições financeiras a obrigação de informar prontamente às autoridades competentes quaisquer transações de grande porte complexas e incomuns, bem como padrões incomuns de transação, sem propósito econômico aparente ou propósito legal óbvio, sem medo de assumir responsabilidade criminal ou civil pela violação de qualquer sigilo no que se refere à revelação de informações, se as suspeitas forem informadas de boa fé.

⁵⁸⁶ Direito à guerra. Segundo Albuquerque Mello, “até o século XX o *jus ad bellum* pertenceu ao Estado. O Direito Internacional regulamentava a guerra entre Estados. Atualmente, com a renúncia à guerra os Estados perderam, teoricamente, o *jus ad bellum*. O uso da força armada está se tornando um monopólio da ONU e o seu emprego por ela não cria propriamente uma guerra, porque é apenas uma ação de polícia internacional. ALBUQUERQUE MELLO, Celso Duvivier. *Curso de Direito Internacional*. Cit. vol. II, p. 838.

⁵⁸⁷ Vejam-se os temas da Resolução 1368 de 12/09/2001: O Conselho de Segurança, *Reafirmando* os princípios e propósitos da Carta das Nações Unidas, *Determinado* a combater de todas as formas as ameaças para a paz e a segurança internacionais causados por atos terroristas,

que a investida militar norte-americana naquela região culminou com uma operação relâmpago realizada pelos *Seals*⁵⁸⁸ da Marinha Norte-Americana no vizinho Paquistão, em 02/05/2011, em meio à qual bin Laden foi morto, sendo seu corpo jogado ao mar. Este ataque foi transmitido para a Casa Branca e assistido em tempo real pela cúpula governamental dos EUA, tendo o Presidente Barack Obama proclamando ao final da transmissão que a “Justiça foi feita”⁵⁸⁹.

O Governo brasileiro, reafirmando a aludida Resolução do Conselho, e as que se lhe seguiram, baixou o Decreto nº. 3976, de 10 de novembro de 2001, que determina o seu cumprimento, bem como as Resoluções de números 1373 (2001) e 1269 (1999), que recomendam devam os Estados signatários:

- a) Prevenir e reprimir o financiamento de atos terroristas;
- b) *Criminalizar o fornecimento ou captação deliberados de fundos* por seus nacionais ou em seus territórios, por quaisquer meios, diretos ou indiretos, com a intenção de serem usados ou com o conhecimento de que serão usados para praticar atos terroristas;
- c) *Congelar, sem demora, fundos e outros ativos financeiros ou recursos econômicos* de pessoas que perpetraram, ou intentam perpetrar, atos terroristas, ou participam em ou facilitam o cometimento desses atos. Devem também ser congelados os ativos de entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por essas pessoas, bem como os ativos de pessoas e entidades

Reconhecendo o direito inerente a todo indivíduo ou coletividade de autodefesa em conformidade com a Carta, 1. *Inequivocamente condena* nos termos mais fortes os terríveis ataques terroristas que ocorreram em 11 de Setembro de 2001 em Nova York, Washington, DC e Pensilvânia e considera tais atos, como qualquer ato de terrorismo internacional, como uma ameaça para a paz e a segurança internacionais; 2. *Manifesta* a sua profunda solidariedade e condolências às vítimas e seus familiares e ao povo e ao Governo dos Estados Unidos da América; 3. *Exorta* todos os Estados a trabalhar urgentemente em conjunto para levar à justiça os autores, organizadores e patrocinadores destes ataques terroristas e sublinha que os responsáveis pela ajuda, apoio ou proteção aos autores, organizadores e patrocinadores destes atos serão responsabilizados; 4. *Convida igualmente* a comunidade internacional a redobrar seus esforços para prevenir e reprimir atos terroristas, inclusive por uma maior cooperação e plena implementação das Convenções internacionais antiterroristas pertinentes e Resoluções do Conselho de Segurança, em particular a resolução 1269 (1999), de 19 de Outubro de 1999; 5. *Manifesta* a sua disponibilidade para tomar todas as medidas necessárias para responder à ataques terroristas de 11 de Setembro de 2001, e para combater todas as formas de terrorismo, em acordo com as suas responsabilidades nos termos da Carta das Nações Unidas; 6. *Decide* continuar a se ocupar da questão (Resolução 1368 (2001). Aprovada pelo Conselho de Segurança na sua 4370ª reunião, em 12 de setembro de 2001)

⁵⁸⁸ Os *Navy Seals* são a principal força de operações especiais da Marinha dos Estados Unidos e parte do Comando Naval de Operações Especiais (NSWC) como também um componente marítimo do Comando de Operações Especiais (USSOCOM). A sigla da unidade é derivada de sua capacidade em operar no mar (*sea*), no ar (*air*) e em terra (*land*). Na *Guerra ao Terror*, os *Seals* foram utilizados quase exclusivamente em operações terrestres, incluindo ação direta, resgate de reféns, antiterrorismo, reconhecimento especial, *guerra não-convencional* e operações de defesa interna. Sem exceção, todos os *Seals* são membros do sexo masculino, seja da Marinha ou da Guarda Costeira. *In*: http://pt.wikipedia.org/wiki/Navy_Seals, acesso em 15/06/2012.

⁵⁸⁹ *In*: <http://g1.globo.com/mundo/noticia/2011/05/obama-confirma-morte-de-osama-bin-laden.html>, acesso em 15/06/2012.

atuando em seu nome ou sob seu comando, inclusive fundos advindos ou gerados por bens pertencentes ou controlados, direta ou indiretamente, por tais pessoas e por seus sócios e entidades;

d) *Proibir seus nacionais ou quaisquer pessoas e entidades em seus territórios de disponibilizar quaisquer fundos*, ativos financeiros ou recursos econômicos ou financeiros ou outros serviços financeiros correlatos, direta ou indiretamente, em benefício de pessoas que perpetraram, ou intentam perpetrar, facilitam ou participam da execução desses atos; em benefício de entidades pertencentes ou controladas, direta ou indiretamente, por tais pessoas; em benefício de pessoas e entidades atuando em seu nome ou sob seu comando.

Como se pode verificar do teor destas normativas, concomitantemente às ações militares empreendidas unilateralmente por alguns países para dar cobro dos chamados grupos terroristas, estabelecendo um particular conceito de legítima defesa que eufemisticamente se qualifica de *preventiva*⁵⁹⁰, têm as Nações Unidas e seu Conselho de Segurança se empenhado em implementar medidas acautelatórias que interferem diretamente no sistema financeiro dos demais membros da organização, obrigando as instituições que o integram ao dever de *conhecer seus clientes* e os *negócios* deles, bem como colocando-as na posição de garantidoras, isto é, obrigando-as a informar condutas suspeitas, ou meramente

⁵⁹⁰ No âmbito do Direito Internacional, a *legítima defesa preventiva* advém de interpretação extensiva do artigo 51 da Carta das Nações, lavrada pelos Governos das Nações Unidas, em 26 de junho de 1945, na cidade de São Francisco (EUA). [Artigo 51. *Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão, de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais*]. Segundo Edgar Torres, “a teoria da *legítima defesa preventiva* levada ao âmbito da Segurança Coletiva Internacional é marcada por sua patente ambiguidade e pelo risco de ser tomada para mascarar o mal em nome do bem comum. Esta teoria, cujas bases possuem um apelo popular inegável, se utilizada de forma irresponsável e unilateral se torna um ótimo instrumento de dominação “legítima” dos Estados mais poderosos do mundo, além de gerar mais terror na suposta “luta contra o terror”. Ainda conforme este autor, “a controvérsia da teoria da legítima defesa preventiva começa pelo entendimento de que ela estaria presente dentro do direito natural, ou inerente, de legítima defesa previsto no texto do aludido art. 51. Em contrapartida, a sua aplicação, do jeito que é feita hoje, se distancia em muito dos requisitos procedimentais exigidos pelo artigo, e também das características de ação necessariamente iminente desta. Trata-se a legítima defesa de uma resposta a um risco grave iminente e atual, onde se combate a agressão armada efetivamente ocorrida, em um período mais breve possível segundo a Doutrina do direito internacional. Já a *legítima defesa preventiva* prega o uso preventivo da força contra uma intenção hostil, ou seja, antes da agressão armada se concretizar”. In: TORRES, Edgard Marcelo Rocha. *O uso da legítima defesa preventiva no pós 11 de setembro de 2001*. Jus Navigandi, Teresina, ano 15, n. 2391, 17 jan.2010 . Disponível em: <<http://jus.com.br/revista/texto/14180>>. Acesso em: 21 maio 2012.

perigosas, ainda que isso se dê em detrimento dos interesses dos seus clientes⁵⁹¹, exatamente como ocorre relativamente às situações suspeitosas atinentes ao tráfico de drogas, à *lavagem* de capitais e às organizações criminosas, categorias para cuja persecução penal, como se disse, são excepcionadas as normas aplicadas à criminalidade convencional, bem como *dessubstancializadas* as garantias individuais previstas na Constituição Federal e nos tratados internacionais que protegem os Direitos Humanos⁵⁹².

O estreitamento cada vez maior da cooperação jurídica entre Estados na área penal, fenômeno igualmente recente nas relações internacionais, vem sendo paulatinamente desprovido dos entraves que ordinariamente cercavam solicitações relativas à obtenção de provas, trocas de informações e outras providências de natureza penal e processual penal, apontando não apenas para novas criminalizações, mas também para novos métodos investigativos. Este movimento de expansão do direito penal não vem desacompanhado do retraimento de regras processuais, com a ressalva de que se tratam de dispositivos que se revestem da marca da “flexibilização” de garantias, seja porque, por um lado, ampliam o conceito de bem jurídico para além de interesses e valores antropocêntricos, com vistas a criminalizar o perigo da afetação desses bens abstratamente considerados, antecipando a tutela penal, ou porque reduzem o exercício pleno das regras do devido processo legal.

Reitere-se que, tal como o terrorismo, o tráfico de drogas, a *lavagem* de capitais e o chamado crime organizado integram classificação que se inclui

⁵⁹¹ Veja-se o artigo Artigo 4, 1, *a*, da Convenção Interamericana Contra o Terrorismo. Medidas para prevenir, combater e erradicar o financiamento do terrorismo. 1.Cada Estado Parte, na medida em que não o tiver feito, deverá estabelecer um regime jurídico e administrativo para prevenir, combater e erradicar o financiamento do terrorismo e lograr uma cooperação internacional eficaz a respeito, a qual deverá incluir: a) Um amplo *regime interno normativo e de supervisão de bancos*, outras instituições financeiras e outras entidades consideradas particularmente suscetíveis de ser utilizadas para financiar atividades terroristas. Este regime destacará os requisitos relativos à *identificação de clientes, conservação de registros e comunicação de transações suspeitas ou incomuns*.

⁵⁹² Em complementação ao que já se expôs relativamente a outros estatutos jurídicos, veja-se, a título informativo, que a Lei Complementar nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, que “dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras” estabelece em seu artigo 1º, § 4º, que a “quebra de sigilo poderá ser decretada quando necessária à apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase da investigação, *especificamente nos seguintes crimes*: I – *terrorismo*; II – *tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins*; III – *de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção*; IV – *extorsão mediante sequestro*; V – *contra o sistema financeiro nacional*; VI – *contra a Administração Pública*; contra a ordem tributária e a previdência social; VIII – *lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores*; IX – *praticado por organização criminosa*”.

numa acepção mais ampla de crime econômico, posto que para seu cometimento, segundo o entendimento da doutrina, é necessário que haja alguma conformidade com os preceitos organizacionais, administrativos e financeiros que regem o funcionamento das grandes empresas capitalistas e, mesmo, no que tange ao exercício do poder jurídico-político-administrativo do próprio Estado, obrigado a recepcionar preceitos legais que produzem efeitos na ordem econômico-financeira.

Assim sendo, acaba-se por se confundirem umas categorias com as outras, resultando na aglutinação de todos estes comportamentos numa só classe delituosa, relativamente à qual, nos termos das normativas internacionais, são excepcionados direitos e garantias individuais, não obstante sejam estas garantias igualmente previstas em tratados e convenções internacionais e também recepcionadas, incorporadas e positivadas no ordenamento jurídico dos países. Disso resulta, por outro lado, constante e permanente entrechoque de princípios: liberdade de ir e vir *versus* prisão cautelar; direito à intimidade *versus* escuta telefônica; quebra de sigilo bancário, de dados etc. *versus* direito à privacidade; inviolabilidade do domicílio *versus* busca e apreensão; tipos abertos e de perigo abstrato *versus* princípio da legalidade; criminalização do perigo *versus* princípio da lesividade; etc.

6.2.2.3.1

em busca de uma definição

Em seu dicionário de política, Norberto Bobbio define *terrorismo político* como a “prática política de quem recorre sistematicamente à violência contra as pessoas ou as coisas provocando o terror”. Adverte o autor, porém, que por *terror* se entende, de fato, “um tipo de regime particular, ou melhor, o instrumento de emergência a que um Governo recorre para manter-se no poder”. Cita como exemplo o período da ditadura jacobina e do Comitê de Salvação Pública durante a Revolução Francesa (outubro a dezembro de 1793)⁵⁹³,

⁵⁹³ O *terror* foi uma arma dirigida contra os inimigos da Revolução, subtraídos ao curso normal da Justiça para serem julgados pelo tribunal revolucionário, que aplicava uma escala de penas fixadas pela Convenção contra os açambarcadores, os insurretos, os aristocratas especialmente. O terror se destinava a terminar fisicamente com os inimigos da Revolução. O terror *judiciário* se apoiou na lei dos suspeitos (27/09/1793) e na rede dos tribunais revolucionários de Paris e das províncias. A

salientando que “o recurso ao terror por parte de quem já detém o poder dentro do Estado não pode se arrolado entre as formas de *terrorismo político*, porque este se qualifica, ao contrário, como o instrumento ao qual recorrem determinados grupos para derrubar um Governo acusado de manter-se por meio do *terror*”⁵⁹⁴.

Destaca Bobbio as diferenças que há entre atos terroristas revolucionários e atos contrarrevolucionários ou de inspiração fascista: “é exatamente o aspecto indiscriminado do ato (a bomba que mata não apenas somente o inimigo de classe, mas qualquer pessoa que, por acaso, se encontre no lugar da explosão) que representa o elemento distintivo”, enfatizando que, “em princípio, a ideia revolucionária aceita o atentado político, mas recusa o terrorismo porque pode atingir além do inimigo também o aliado”. Este “aspecto indiscriminado dos resultados da ação é o elemento determinante para fins de escolha terrorista por parte dos grupos contrarrevolucionários, os quais desejam criar uma tal situação de incerteza e de medo que cheguem a produzir condições para um golpe de estado ‘pacificador’ e libertador”.

Arremata o autor, anotando que o *terrorismo internacional* apresenta-se como fenômeno surgido nas guerras de libertação nacional, servindo de recurso para o enfrentamento às forças de ocupação do inimigo. Nesses casos, pode o terrorismo representar “o instrumento para o despertar da consciência popular e para uma primeira agregação de forças”, chegando, inclusive, a “formas mais orgânicas de luta”, funcionando, de um lado, como “elemento de ligação com as massas e de outro como um potencial dissuasivo em relação ao inimigo”.

Certamente em virtude dessa diversidade de acepções, a definição de *terrorismo* na esfera da diplomacia, como se disse linhas atrás, vem causando sério impasse no âmbito das Nações Unidas. Para que se atinja uma conceituação

colocação fora da lei por uma votação da Convenção suprime qualquer processo e implica a aplicação da pena de morte nas 24 horas seguintes à prisão. Os rebeldes apanhados com armas na mão incorrem na colocação fora da lei. As sociedades populares recebem poderes de vigilância política. O terror *econômico* se baseia nas leis que obrigam os comerciantes e produtores a declarar seus estoques, a se submeter às requisições ordenadas pelas municipalidades e a aplicar o máximo dos preços. As finanças públicas são alimentadas por empréstimos forçados sobre os ricos. Num plano de fundo, destaca-se uma política social de redistribuição das rendas: os ‘ricos’ perdem uma parte de seu excedente de riqueza em benefício dos ‘indigentes’. O Estado utiliza esses créditos para uma política de instrução e assistência. Os agentes de execução desta política são os exércitos revolucionários. PERONET, Michel. *Revolução Francesa em 50 palavras-chaves* Trad. R. Braga. São Paulo: Brasiliense, 1988, p. 261-262. Ver também: SOBOUL, Albert. *História da Revolução Francesa*. Trad. H. Póvoa. 3ª ed. Rio de Janeiro: Zahar, 1981, p. 297 e seguintes.

⁵⁹⁴ BOBBIO, Norberto *et alii*. *Dicionário...* cit. p. 1242 e seguintes.

consensual, a fim de que posteriormente se possa criminalizar a conduta em caráter internacional, será necessário, primeiramente, que se distingam atos de terrorismo e direito de resistência à ocupação estrangeira. Esta, pelo menos, é a exigência da Organização da Conferência Islâmica (OIC), organização intergovernamental com delegação permanente junto às Nações Unidas, reunindo 57 Estados, com população islâmica do Oriente Médio, África, Ásia e Europa⁵⁹⁵.

Para Olivier Stuenkel, este impasse não será resolvido rapidamente, uma vez que “qualquer definição [de terrorismo] está ligada a interesses”. A questão de fundo, segundo este professor, será “como diferenciar o terrorismo dos crimes de guerra”, citando o exemplo da prisão de Guantánamo: “durante uma guerra é possível prender um soldado e só libertá-lo ao final, mas a guerra ao terror não vai acabar nunca”⁵⁹⁶.

Não obstante as dificuldades em se obter uma definição que atenda a universalidade dos membros das Nações Unidas, para tipificar este comportamento, atribuindo pena a quem praticá-la, não foi tarefa muito difícil no âmbito da Comunidade Europeia, que atingiu este desiderato. O Conselho da Europa, através da Decisão-Quadro de 13/06/2002, que trata da “luta contra o terrorismo”, posicionou-se no sentido de que “a definição de *infrações terroristas*, incluindo as infrações relativas aos grupos terroristas, deveria ser aproximada em todos os Estados-Membros”. Estatui a normativa, que devem “ser previstas penas e outras sanções que reflitam a gravidade dessas infrações, a aplicar às pessoas singulares e coletivas que tenham cometido tais infrações ou que por elas sejam responsáveis”, fixando, ademais, que deverão “ser estabelecidas regras jurisdicionais para garantir que a infração terrorista possa ser objeto de uma incriminação eficaz”⁵⁹⁷.

Deixando claro que respeita os direitos fundamentais, “tal como se encontram garantidos pela Convenção Europeia da Salvaguarda dos Direitos do

⁵⁹⁵ A OIC foi criada em 25 de setembro de 1969, em Rabat (Marrocos), por ocasião da primeira reunião dos dirigentes do mundo islâmico. Essa reunião ocorreu logo após incêndio criminoso à Mesquita de Al-Aqsa, em 21 de agosto de 1969, em Jerusalém. In: http://www.oic-oci.org/page_detail.asp?p_id=178, acesso em 14/06/2012.

⁵⁹⁶ Jornal O Globo, 12/09/2011, p. 27

⁵⁹⁷ Jornal Oficial das Comunidades Europeias, 22/06/2002, L 164/3-7, In: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2002:164:0003:0007:PT:PDE>, acesso em 15/06/2012.

Homem e das Liberdades Fundamentais”, a o Conselho de Europa delinea em seu artigo primeiro as diretrizes para a criminalização do terrorismo, nos seguintes termos:

Infracções terroristas e direitos e princípios fundamentais

1. Cada Estado-Membro tomará as medidas necessárias para que sejam considerados infracções terroristas os atos intencionais previstos nas alíneas a) a i), tal como se encontram definidos enquanto infracções pelo direito nacional, que, pela sua natureza ou pelo contexto em que foram cometidos, sejam susceptíveis de afetar gravemente um país ou uma organização internacional, quando o seu autor os pratique com o objetivo de:

- intimidar gravemente uma população, ou
- constranger indevidamente os poderes públicos, ou uma organização internacional, a praticar ou a abster-se de praticar qualquer ato, ou
- desestabilizar gravemente ou destruir as estruturas fundamentais políticas, constitucionais, económicas ou sociais de um país, ou de uma organização internacional:

- a) As ofensas contra a vida de uma pessoa que possam causar a morte;
- b) As ofensas graves à integridade física de uma pessoa;
- c) O rapto ou a tomada de reféns;
- d) O fato de provocar destruições maciças em instalações governamentais ou públicas, nos sistemas de transporte, nas infraestruturas, incluindo os sistemas informáticos, em plataformas fixas situadas na plataforma continental, nos locais públicos ou em propriedades privadas, susceptíveis de pôr em perigo vidas humanas, ou de provocar prejuízos económicos consideráveis;
- e) A captura de aeronaves e de navios ou de outros meios de transporte coletivos de passageiros ou de mercadorias;
- f) O fabrico, a posse, a aquisição, o transporte, o fornecimento ou a utilização de armas de fogo, de explosivos, de armas nucleares, biológicas e químicas, assim como a investigação e o desenvolvimento de armas biológicas e químicas;
- g) A libertação de substâncias perigosas, ou a provocação de incêndios, inundações ou explosões, que tenham por efeito pôr em perigo vidas humanas;
- h) A perturbação ou a interrupção do abastecimento de água, eletricidade ou de qualquer outro recurso natural fundamental, que tenham por efeito pôr em perigo vidas humanas;
- i) A ameaça de praticar um dos comportamentos enumerados nas alíneas a) a h).

2. A presente decisão-quadro não poderá ter por efeito alterar a obrigação de respeitar os direitos fundamentais e os princípios jurídicos fundamentais tal como se encontram consagrados no artigo 6º do Tratado da União Europeia.

Vários países europeus, alguns antes mesmo da edição desta Decisão-

Quadro, já continham em seus ordenamentos jurídicos dispositivos prevendo o crime de terrorismo, como, por exemplo, França⁵⁹⁸, Itália⁵⁹⁹, Portugal⁶⁰⁰, Alemanha⁶⁰¹ e Espanha⁶⁰², todos com redação relativamente assemelhada, tendo

⁵⁹⁸ Art. 421-1 du Code Pénal. *Constituent des actes de terrorisme, lorsqu'elles sont 'intentionnellement' en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par intimidation ou le terreur, les infractions suivantes :* (segue-se longa lista de condutas).

Art. 421-2. *Constitue également un acte de terrorisme, lorsqu'il est 'intentionnellement' en relation avec une entreprise individuelle ou collective ayant pour but de troubler gravement l'ordre public par l'intimidation ou la terreur, le fait d'introduire dans l'atmosphère, sur le sol, dans le sous-sol ou dans les eaux, y compris celles de mer territoriale, une substance de nature à mettre en péril la santé de l'homme ou des animaux ou le milieu naturel.*

Art. 421-2-1. *Constitue également un acte de terrorisme le fait de participer à un groupement formé ou à une entente établie en vue de la préparation, caractérisée par un ou plusieurs faits matériels, d'un des actes de terrorisme mentionnés aux articles précédents.*

Art. 421-2-2. *Constitue également un acte de terrorisme le fait de financer une entreprise terroriste en fournissant, en réunissant ou en gérant des fonds, de valeurs ou des biens quelconques ou en donnant des conseils à cette fin, dans l'intention de voir ces fonds, valeurs ou biens utilisés ou en sachant qu'ils sont destinés à être utilisés, en tout ou partie, en vue de commettre l'un quelconque des actes de terrorisme prévus au présent chapitre, indépendamment de la survenance éventuelle d'un tel acte. (Code Pénal. Annotations de jurisprudence et bibliographie par Yves MAYAUD. Paris: Dalloz, 100^e ed., 2003)*

⁵⁹⁹ Artigo 270-sexies. *Delle Codici Penale. Sono considerate con finalità di terrorismo le condotte che, per loro natura o contesto, possono arrecare grave danno ad un Paese o ad un'organizzazione internazionale e sono compiute allo scopo di intimidire la popolazione o costringere i poteri pubblici o un'organizzazione internazionale a compiere o astenersi dal compiere un qualsiasi atto o destabilizzare o distruggere le strutture politiche fondamentali, costituzionali, economiche e sociali di un Paese o di un'organizzazione internazionale, nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti per l'Italia. (Codice Penale e leggi complementari: a cura di Nicola D'ANGELO. Roma: Maggioli Editore, IV ed. 2008)*

⁶⁰⁰ Artigo 300º do Código Penal. 1. Quem promover ou fundar grupo, organização ou associação terrorista, a eles aderir ou os apoiar, é punido com pena de prisão de 5 a 15 anos. 2. Considera-se grupo, organização ou associação terrorista, todo o agrupamento de duas ou mais pessoas que, actuando concertadamente, visem prejudicar a integridade ou a independência nacionais, impedir, alterar ou subverter a autoridade pública a praticar um acto, a abster-se de o praticar ou a tolerar que se pratique, ou ainda intimidar certas pessoas, grupos de pessoas ou a população em geral, mediante a prática dos seguintes crimes: a) Contra a vida, a integridade física ou a liberdade das pessoas; b) Contra a segurança dos transportes e das comunicações, incluindo as telegráficas, telefónicas, de rádio ou de televisão; c) De produção dolosa de perigo comum, através de incêndio, libertação de substâncias radioactivas ou de gases tóxicos ou asfixiantes, de inundação ou avalanche, desmoronamento de construção, contaminação de alimentos e águas destinadas a consumo humano ou difusão de doença, praga, planta ou animal nocivos; d) De sabotagem; e) Que impliquem o emprego de energia nuclear, armas de fogo, substâncias ou engenhos explosivos, meios incendiários de qualquer natureza, encomendas ou cartas armadilhas. (Código Penal: org. Maria João ANTUNES. Coimbra: Coimbra Editores, 10^a ed., 2002)

⁶⁰¹ § 129 a do StGB. I. *Quien funde una asociación cuyos fines o actividad se dirijan a cometer: 1 muerte, homicidio o genocidio (§§ 211, 212, 220 a), 2. Delitos contra la libertad personal de los casos los §§ 239 a ó 230 b, o 3. Delitos del 305 a o crímenes de peligrosidad general de los casos de los §§ 306 a 308, 310 b, apartado I, del 311, apartado I del 311 a, apartado I, del 312, 315, apartado I, del 316 b, apartado I del 316 c, apartado I, o del 319, o quien participe en una tal asociación como miembro, será castigado con pena privativa de libertad de uno a diez años. II. Cuando el autor pertenezca a los líderes o a los miembros, deberá condenársele a pena privativa de libertad no inferior a tres años. III. Quien apoye una asociación de las señaladas en el apartado I o le haga publicidad será castigado con pena privativa de libertad de seis meses a*

alguns deles, depois da normativa internacional, alterado suas leis para introduzir as modificações nela contidas. Relembre-se ser lugar comum em praticamente todos os ordenamentos que a simples participação em associação para a prática de terrorismo já é punida com extrema severidade, independentemente da posição do agente no organograma da empresa criminal e mesmo que não tenha participado de qualquer ação criminosa.

Aqui no Brasil existem dois projetos de lei em andamento no Congresso Nacional para tipificar o crime de terrorismo⁶⁰³. A tipificação constante destes projetos não difere substancialmente da descrição dos tipos constantes da legislação dos países europeus antes referidos. Assim descrevem os projetos de lei, sem distinção, a conduta incriminada:

“Para fins desta lei, considera-se terrorismo qualquer ato praticado com uso de violência ou ameaça por pessoa ou grupo de pessoas com intuito de causar pânico, através de ações que envolvam explosivos ou armas de fogo, com vistas a desestabilizar instituições estatais”.

Ainda que se chegue a uma descrição típica, para se chegar a uma conceituação jurídico-política de *terrorismo*, deve-se, inicialmente, partir da ideia de que a incriminação da conduta pressupõe a “existência de uma *organização que realiza ações violentas de especial gravidade*, e isso com um significado *político*, que implica precisamente no questionamento do *procedimento* de representação política desenhado pelo ordenamento jurídico, e em suas

cinco años. IV. El tribunal podrá moderar la pena según su justo parecer (§ 49, apartado II) en los casos de los apartados I a III, en el caso de partícipes cuya culpabilidad es leve y cuya colaboración es de importancia inferior. V. Corresponderá aplicar el § 129, apartado VI. VI. Junto a una pena privativa de libertad de, al menos, seis meses, el tribunal podrá privar de la capacidad de desempeñar cargos públicos y de la capacidad de obtener derechos en elecciones públicas (§ 45, apartado II). VII. En lo casos de los apartado II e II, el tribunal podrá disponer vigilancia orientadora (§ 68, apartado I). (CÓDIGO PENAL ALEMÁN (Stgb); CÓDIGO PROCESAL PENAL ALEMÁN (StPO). Emilio Eiranova ENCINAS (coord.). Introducido por Claus ROXIN. Trad. Juan Ortiz de NORIEGA; Cristina Larios SÁNCHEZ; Juan Carlos PEG ROS; Ana Monreal DÍAZ. Barcelona/Madrid: Marcial Pons, 2000).

⁶⁰² Artigo 571 del Código Penal. *Los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con bandas armadas, organizaciones o grupos cuya finalidad se ala de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública, cometan los delitos de estragos o de incendios tipificados en los artículos 346 y 351, respectivamente, serán castigados la pena de prisión de quince a veinte años, sin perjuicio de la pena que les corresponda si se produjera lesión para la vida, integridad física e salud de las personas. (CÓDIGO PENAL. Edición preparada por Enrique GIMBERNAT ORDEIG. 7ª ed. Madrid: Editorial Tecnos, 2001).*

⁶⁰³ São os seguintes os Projetos de Lei: PL 3714/2012, do Dep. Edson Pimenta e PL 7765/2010, do Dep. Nelson Gotten.

coordenadas básicas, na Constituição”. Deste modo, na dicção de Cancio Meliá, o delito de terrorismo seria aquele “que nega o sistema político tal e como é definido como legítimo pelo ordenamento político-jurídico”⁶⁰⁴.

Ocorre que, como reflexo da gravidade dessa conduta, as penas impostas ao terrorismo nos países que já a criminalizaram, bem como a *flexibilização* das regras clássicas de imputação, assim como outras características intrínsecas a esta criminalização, aproximam esta tipificação daquilo que Günther Jakobs chama de Direito Penal do *inimigo*. Afinal, a) a criminalização do terrorismo pressupõe um amplo adiantamento da punibilidade, punindo-se, inclusive, atos preparatórios; b) as penas são desproporcionalmente altas; e, c) as garantias processuais são relativizadas ou até mesmo eliminadas.

Com estas observações, ainda na esteira de Cancio Meliá, no tocante ao crime de terrorismo, estar-se-ia incluindo mais uma via – a terceira – àquelas duas a que faz referência Silva Sánchez⁶⁰⁵: a primeira via seria destinada ao chamado direito penal *convencional*, em que devem ser estritamente mantidos os princípios político-criminais, as funções da pena e as regras processuais do devido processo legal; a segunda via deveria estar direcionada ao direito penal *econômico*, com o escopo de aproximá-lo do direito administrativo sancionador, em que as penas seriam de cunho pecuniário, interdições, suspensões e inabilitações, abrandando-se, por outro lado, o rigor das regras e dos princípios inerentes ao Direito penal *clássico*, entre os quais o da legalidade e o da culpabilidade. Para a terceira via, em que se incluiria o terrorismo, aplica-se o Direito Penal do *inimigo*, excepcionando-se as regras de imputação, os princípios da proporcionalidade e da humanidade, e também o devido processo legal e seus adminículos.

Chega-se com isso, verdadeiramente, ao *estado de exceção* preconizado por Agamben. Afinal, a criminalização do terrorismo não em perfeita conformidade com a norma constitucional que determina obediência a princípios e postulados, cujo atendimento é exigível na formulação de tipos penais, mas não está, tampouco, absolutamente fora de relação com o ordenamento, na medida em

⁶⁰⁴ CANCIO MELIÁ, Manuel. *Los Delitos de Terrorismo: estructura típica e injusto*. Madrid: Editorial Reus S/A, 2010, p. 136-137 (trad. livre).

⁶⁰⁵ SILVA SÁNCHEZ, Jesús-Maria. *A expansão do Direito Penal – aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Trad. 2ª ed. espanhola por L. O. O. Rocha. São Paulo: RT, 2002.

que, mesmo desatendendo a estes mandamentos, obedeceu às formalidades para ingressar no ordenamento jurídico e está em vigor. Assim, determinados comportamentos tidos como atos de terrorismo se constituem numa norma que excepciona os mandamentos constitucionais, bem como os dogmas do Direito penal, devendo ser excluída do ordenamento ordinário, mas nele permanecendo como exceção⁶⁰⁶.

6.2.3

critério dogmático

A pretensão de se delimitar conceitualmente o Direito penal econômico sob o critério dogmático se baseia na ideia de que os tipos penais que formam seu conteúdo têm por finalidade emprestar a tutela penal a um único e comum bem jurídico – a ordem socioeconômica.

Mas para criminalizar condutas potencialmente ofensivas à ordem socioeconômica, grande parte da doutrina se posiciona no sentido de que, em razão da superior carga ofensiva dos atos praticados que a afetariam, poderia o legislador desonerar-se do atendimento a cristalizadas garantias individuais e a princípios que remontam ao iluminismo, tais como o da reserva legal e seus substratos, o da ofensividade e o da culpabilidade.

Pensa-se, para viabilizar esta política criminal, num “Direito Penal de *intervenção*”, situado entre o direito penal e o direito das contravenções ou entre o direito penal e o direito administrativo, dotado de menos garantias, mas com reprimendas menos intensas (Hassemer). Acredita-se, ainda, que se dará cobro de condutas que afetem a ordem socioeconômica estabelecendo *duas velocidades* para o Direito penal: uma, em que se respeitem as garantias, destinada à criminalidade ordinária, convencional ou clássica; e outra, descondicionada dessas garantias, mas com previsão de penas de multa, interdições, inabilitações e suspensão de atividades no caso das pessoas jurídicas (Silva Sánches).

As dificuldades entre os autores para estabelecer um critério dogmático diferenciador para o Direito penal econômico residem na circunstância de que as condutas a serem criminalizadas defluem de tipos administrativos

⁶⁰⁶ AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer...* cit. p. 25.

sancionadores, com estes mantendo estreitos vínculos redacionais. Além disso, o desapego a dogmas na elaboração de figuras típicas é o único caminho possível para estender a tutela penal a interesses difusos e coletivos, que se constituem em bens jurídicos supra-individuais. Assim, resulta este processo na edificação de um Direito penal que, através da técnica da criminalização do perigo abstrato, cede demasiado em garantias.

Esta discussão é efervescente na doutrina contemporânea, sendo incontroverso, malgrado pouco tranquilizador, que ainda falta muito a se debater até que se pacifique esta interessante faceta do Direito Penal da pós-modernidade.

6.2.3.1

bens jurídicos supra-individuais para tutelar interesses difusos e coletivos

O prodigioso desenvolvimento tecnológico verificado dos últimos 30 anos produziu sensível alteração no tocante à teoria do bem jurídico-penal, com especial relevo para esta novel categoria criminal – a criminalidade socioeconômica – surgida da necessidade de se estender a tutela penal a interesses difusos ou da coletividade, com vistas a assegurar-se a proteção de bens jurídicos supra-individuais, ou seja, que não se vinculam, subjetivamente, a uma só pessoa, a um único indivíduo, mas a grupos, categorias ou segmentos sociais.

No item 2.5.2.1 deste estudo anotou-se que o Direito penal econômico, tomado em seu sentido *estrito*, pode ser definido como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica, entendida como regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia e, em sentido *amplo*, como o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem econômica entendida como regulação jurídica da produção distribuição e consumo de bens e serviços.

Bajo Fernandez e Silvina Bacigalupo advertem que a ordem econômica tomada em sentido amplo não deve ser diretamente considerada como um bem jurídico. Só a ordem econômica em sentido estrito aparece “como bem jurídico protegido de maneira direta, ou em sentido técnico, concretizando-se em um determinado interesse da Administração”, como um interesse do Estado

“susceptível de concreção em cada figura delitiva em particular”. Constituir-se-ia, então, a ordem socioeconômica, num bem jurídico *mediato* ou *intermediário* ou ainda *espiritualizado*, construções que surgem na dogmática para serem aplicadas a delitos de *perigo abstracto*⁶⁰⁷, na medida em que, criminalizando violações ao sistema normativo da ação econômica, se punirá tão somente um simples comportamento perigoso e não propriamente uma ofensa ao bem jurídico objeto da tutela penal, eis que os bens jurídicos não podem se afastar da sua característica antropocêntrica.

Para Hormozábal Malarée “a ordem econômica não é um bem jurídico, senão um conceito complexo que simplesmente cumpre uma função sistemática e que está integrado por numerosos fatores que são necessários individualizar para estabelecer em cada caso qual é o bem jurídico macrosocial protegido”⁶⁰⁸, não sendo possível, deste modo, tipificar condutas com base em ideias, tais como o *mercado de capitais* ou o *sistema financeiro*.

Na mesma linha, aduz Kindhäuser que com tais incriminações não se estaria em realidade tutelando bens jurídicos, mas sim a “*funcionalidade de determinados sub-sistemas* da ordem socioeconômica”, tais como a livre concorrência, o sistema de créditos, a transparência dos mercados e a correta formação dos preços, razão pela qual sua proteção deveria estar afeta meramente ao âmbito administrativo e não ao direito penal, porque este deve proteger exclusivamente as condições juridicamente garantidoras das esferas de liberdade de disposição do indivíduo. Além disso, ainda segundo este autor, somente podem ser considerados bens jurídicos aqueles que, de uma forma empiricamente comprovável possam ser afetados e não meras abstrações⁶⁰⁹.

Em nosso ordenamento jurídico a Lei nº. 8.884/1994, que dispõe sobre as infrações contra a ordem econômica, no parágrafo único de seu artigo primeiro, além de estabelecer que a ordem socioeconômica se constitui ela própria num bem

⁶⁰⁷ BAJO FERNANDEZ, M. y BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Cit. p. 18.

⁶⁰⁸ HORMOZÁBAL MALARÉE, Hernán. Los delitos socio-económicos, el bien jurídico, el autor, su hecho y la necesaria reforma del sistema penal español. *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo – jornadas en honor del profesor Klaus Tiedmann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 196.

⁶⁰⁹ KINDHÄUSER, Urs Konrad. Acerca de la Legitimidad de los Delitos de Peligro Abstracto en el Ámbito del Derecho Penal Económico. *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo – jornadas en honor del profesor Klaus Tiedmann*. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 446.

jurídico, estatui que a *coletividade* é sua titular. Também é a norma jurídica que define e diferencia o que são interesses *coletivos* e *difusos*. O parágrafo único do artigo 81 da Lei nº. 8.078/1990 (Código do Consumidor) estabelece que são: i) *difusos*: “os transindividuais, de natureza indivisível, de que sejam titulares pessoas indeterminadas e ligadas a interesses de fato”; e ii) *coletivos*: “os transindividuais de natureza indivisível, de que seja titular grupo ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base”.

Assim, os interesses difusos, que não são interesses individuais, mas também não são interesses que afetam a totalidade das pessoas, constituem-se, verdadeiramente, num interesse de alcance setorial, característico de grupos extraordinariamente amplos de sujeitos, mas carente de um raio ilimitado de expansão, possuindo, ademais, intrínseco sentido dialético, na medida em que pode opor-se a outros grupos sociais. Por outro lado, os interesses coletivos ou gerais se caracterizam “por pertencer à generalidade das pessoas que se integram na sociedade”⁶¹⁰.

Sob outra senda, observa Hassemer que protegendo interesses difusos e coletivos, a legislação penal moderna criminaliza essencialmente delitos de “*vítima diluída*”. Segundo este autor, “isto significa, em primeiro lugar, um empobrecimento dos pressupostos de punibilidade: ao invés de uma vítima visível, ao invés de um dano e da causalidade da conduta para a produção desse dano, depende-se somente da comprovação de um comportamento perigoso”.

Para este autor, “economia, meio ambiente, abuso de drogas, processamento de dados são campos nos quais o legislador penal moderno passa a atuar de modo regulador, lançando mão do instrumento legal do crime de perigo abstrato”. Rarefaz-se, deste modo, o conceito de bem jurídico, que tem reduzida sua função de limitador da criminalização: “a palavra de ordem não é mais a proteção de interesses humanos concretos, mas sim a proteção de instituições sociais ou *unidades funcionais valiosas*”⁶¹¹.

Propõe Hassemer, então, uma *concepção pessoal* de bem jurídico, que

⁶¹⁰ MARTINEZ-BUJAN PÉRES, Carlos. *Derecho Penal Económico...* cit. p. 94-95

⁶¹¹ HASSEMER, Wilfried. *Linhas Gerais de uma Teoria Pessoal do Bem Jurídico*. O Bem Jurídico como Limitação do Poder Estatal de Incriminar. GRECO, Luís e TÓRTIMA, Fernanda Lara (orgs.). Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011, p. 19-21.

“não nega a possibilidade de bens jurídicos da coletividade ou do Estado, mas que ele funcionaliza esses bens a partir da pessoa humana: somente se pode aceitá-los como condição da possibilidade de servir a interesses dos seres humanos”⁶¹².

6.2.3.2

criminalização do perigo abstrato

Em que pesem as críticas quanto a este entendimento, para a corrente doutrinária majoritária o Direito penal econômico se fundamenta na ideia de que a ordem socioeconômica se constitui num bem jurídico merecedor da tutela penal, com vistas à proteção de interesses difusos e coletivos. Consideram os que advogam a tese predominante, que para fundamentar a culpabilidade do autor de um delito não é necessário apenas que ocorra a efetiva lesão ou a privação de um bem. Basta sua mera colocação em perigo, pois isto representa, por si só, um dano *sui generis* a este bem jurídico que, por sua vez, se mostra capaz de ensejar, de modo antecipado, a proteção jurídico-penal.

Nestes termos, sob a ótica de que o mero risco de causação de danos a bens jurídicos seria suficiente e legítima para a criminalização de condutas ou comportamentos perigosos, a utilização da técnica de criminalização do perigo abstrato é justificada. Nesse contexto, conforme Bottini, “o que importa é evitar ou controlar condutas e não reprimir resultados”⁶¹³.

Para que melhor se apresente a crítica este fundamento, é de se ter como assente na ciência penal, primeiramente, que, no tocante ao grau de vulneração ao bem jurídico, os delitos podem ser classificados do seguinte modo: a) de *lesão* ou *resultado*, que se caracterizam por representarem efetivo desprezo pelo bem jurídico objeto da tutela penal, residindo sua lesividade na depreciação do bem em si mesmo considerado; b) de *perigo*, cuja característica é a de consumir-se com o mero risco de vulneração ao bem jurídico ou com a probabilidade de ocorrência de lesão ao bem; c) este *perigo* pode ser: i) *concreto* – quando a ação do sujeito ativo cause um resultado consistente na criação de um concreto perigo de lesão para o bem tutelado, ou seja, quando o agente atua em

⁶¹² *Idem, ibidem.*

⁶¹³ BOTTINI, Pier Paolo. *Crimes de Perigo Abstrato...* cit. p. 118.

condições tais que se possa afirmar que dito bem jurídico esteve numa situação próxima à lesão e, ii) *abstrato* – quando a ação do sujeito ativo representa uma perigosidade geral, independentemente da concreção de algum perigo que denote uma probabilidade imediata ou próxima de lesão ao bem jurídico⁶¹⁴.

Para Kindhäuser, nesta última hipótese – de perigo *abstrato* – “já não se trata da desproteção atual do bem, senão do menoscabo de padrões de segurança tipificados, cuja eficiência é medida essencial do aproveitamento racional dos bens”. A lesividade do perigo abstrato, completa o autor, “reside em que um bem sobre o qual não se pode dispor de forma despreocupada não é racionalmente aproveitável em sua totalidade”⁶¹⁵.

A característica mais marcante de delitos dessa natureza está na observação de que “o perigo posto ao bem jurídico não aparece explicitamente no tipo penal”, que se limita a descrever uma ação perigosa. Em tais criminalizações, entende-se que o surgimento do perigo se deduz da realização de uma *ação com características perigosas*. Segundo Renato Silveira, utilizam-se construções típicas desse matiz em crimes econômicos, por que elas “não teriam espaço na proteção de bens jurídicos individuais, os quais determinam um resultado perigoso, tampouco sobre aqueles bens jurídicos coletivos, posto que, pelas razões alegadas para sua (re)valorização, não podem ser suficientes”⁶¹⁶.

Assim sendo, ainda na esteira de Renato Silveira, em um sentido positivo poder-se-ia afirmar que três seriam as modalidades de perigo abstrato: “os delitos de violação de regras ético-sociais ou ético-religiosas, os delitos de desobediência ou delitos de polícia e, finalmente, os delitos onde é imprescindível um perigo a um bem juridicamente protegido”, ou seja, como se ressalta na doutrina, “crimes de perigo *hipotético*”⁶¹⁷.

Seja como for, mesmo que se entenda – e não sem alguma razão – que a legitimidade do Direito penal econômico está na existência de um sem número de novos perigos advindos com a chamada *sociedade de riscos* – decorrência tão

⁶¹⁴ MARTINEZ-BUJAN PÉREZ. *Derecho penal económico...* cit. p. 107-109.

⁶¹⁵ KINDIHÄUSER, Urs. *Acerca de la Legitimidad de los Delitos de Peligro Abstracto...* cit. p. 448-449.

⁶¹⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Econômico como Direito Penal do Perigo*. São Paulo: RT, 2006, p. 118-119.

⁶¹⁷ *Idem; ibidem*.

incontornável quanto deletéria do mundo globalizado – o abuso de incriminações edificadas com a técnica do perigo abstrato propicia insegurança jurídica, eis que não se pode abrir mão, no ato de criminalizar condutas penalmente relevantes, dos princípios consolidados historicamente através do Direito penal *clássico*, de índole liberal.

Note-se que o postulado da *lex certa*, um dos que subdividem o princípio da reserva legal, estabelece que as leis penais devem ser o mais possível claras e precisas. A construção de tipos penais que não descrevem com precisão qual o comportamento proibido, não permitindo que se saiba exatamente qual a vedação legal ofende-se esta garantia, já que não se pode presumir o intuito do legislador.

Por outro lado, quanto mais precisão contiver o texto legal menos arbítrio terá o julgador no ato de interpretação da norma legal aplicável ao caso concreto. Com isso, preservam-se, ademais, os princípios da isonomia, uma vez que haverá menos possibilidade de decisões díspares, e da divisão de poderes, na medida em que o juiz não se alargará demasiadamente a margem interpretativa do dispositivo.

Poder-se-ia dizer, de novo com Renato Silveira, que também o princípio da lesividade (ofensividade) restaria desatendido em incriminações de perigo abstrato, em virtude da falta de vinculação entre a incriminação e a lesão para o bem jurídico, que nesses casos nem sempre é tão clara: “em não se percebendo uma devida lesão ao um bem jurídico definido materialmente, se perde o referencial da lesividade”⁶¹⁸. O princípio da intervenção mínima, subsidiariedade ou de *ultima ratio*, que estabelece só devem merecer tutela penal os bens jurídicos que outros ramos do Direito não deram conta de proteger, sofre igualmente diminuição, em razão da antecipação da tutela penal que tanto caracteriza os tipos de perigo abstrato. Para este autor, não se pode relativizar ou minimizar os princípios que informam o Direito penal. “Abrir mão de sua inteireza para situações supra-individuais, no caso econômicas, com a justificativa que uma criminalidade dos poderosos a isso possibilitaria, é por demais

⁶¹⁸ *Idem*, p. 162.

temeroso”⁶¹⁹.

“Mesmo se considerando toda uma evolução social e a percepção de novos riscos que devem ser combatidos, isso não pode referendar uma quebra de toda a principiologia liberal do Direito. Em se aceitando a utilização do direito penal nessa seara, isso há de ser feito de modo racional, vale dizer, com respaldo de novas concepções que pretendem limitar o uso prévio da lei criminal. Os antigos e clássicos referenciais quanto aos crimes de perigo podiam, de certa forma, sustentar sua aplicação em uma proteção individual, mas não difusa. No caso do Direito penal econômico, outras medidas se fazem necessárias, sob a contingência de ele vir a ser ineficaz ou extremamente injusto”.

Além dos aspectos acima delineados, também se utiliza a técnica de crimes de perigo abstrato para criminalização de condutas no âmbito do Direito penal econômico para que se facilite a imputação da conduta tida por ilícita ao agente. Ressalta Bottini que “a dificuldade de elucidação ou de previsão de nexos causais derivados da aplicação de novas tecnologias” legitima esta técnica de construção de tipos penais. Registra o autor, que “as transformações das relações interpessoais em relações de massa, em larga escala, desconecta os atores sociais do referente pessoal, que permitia a responsabilização pelos danos causados”, lembrando, ademais, que esta “complexidade para aferir critérios de imputação nítidos importará em uma atuação antecipada do direito penal” de modo a que se “atrele desvalor a condutas muitas vezes inócuas em si, mas que, praticadas em conjunto com outras, ocasionam situações não desejáveis de risco”⁶²⁰.

⁶¹⁹ *Idem*, p. 177.

⁶²⁰ BOTTINI, Pier Paolo. *Crimes de Perigo Abstrato...* cit. p. 120-121.