

INTRODUÇÃO

Durante a Idade contemporânea, especialmente a partir do século XX, o desenvolvimento do Direito foi marcado, nos planos histórico, filosófico sociológico e jurídico, por dois grandes movimentos: um no plano internacional (a internacionalização do Direito) e um no plano interno (a constitucionalização do Direito).

No plano internacional, a afirmação do Direito internacional, impulsionada pelos fenômenos da globalização econômica (cultural, social, jurídica, política etc.) e da integração regional, permitiu a superação de antiga controvérsia sobre a sua existência. Hodiernamente, o Direito internacional é uma realidade, e representa um novo horizonte de possibilidades o qual vem sendo amplamente explorado, e a sua influência sobre os diversos sistemas do Direito é notada, inclusive, no Direito penal, como a moderna formulação do Direito penal internacional e do desenvolvimento do Direito penal econômico (âmbito no qual se insere o Direito penal bancário), mediante o estudo do Direito internacional, comunitário e comparado.

A globalização econômica e a integração regional vêm promovendo um incrível incremento dos meios de transporte e de comunicação, bem como o acentuado desenvolvimento e acúmulo dos recursos econômicos e financeiros. A consequência da promoção da mobilidade das pessoas é a progressiva internacionalização do crime – objeto de estudo do Direito penal internacional – e a incrementação das formas criminosas, com destaque aos crimes econômicos – objeto de estudo do Direito penal econômico –, impulsionado pelo desenvolvimento das novas tecnologias, surtindo reflexos na formulação teórica do Direito penal. Estes aspectos são ampla e profundamente estudados pela doutrina em âmbito nacional, internacional, comunitário e comparado.

Um outro viés da globalização econômica e da integração regional é a profunda dependência dos indivíduos e dos Estados à economia. O crédito e o banco, objeto de extenso estudo pelo Direito privado, não recebem a mesma atenção pelo Direito público, especialmente pelo Direito penal, seara no qual é ignorado por completo: são raros os estudos estrangeiros e inexistentes os estudos nacionais sobre o Direito penal bancário.

Apesar disso, a sociedade contemporânea, globalizada e regionalizada, é cada vez mais dependente do crédito para a satisfação de suas necessidades diárias, desde as mais simples as mais complexas, figurando como papel fundamental no crescimento econômico. Ademais, o banco funciona como o principal instrumento de captação e concessão de crédito,

tanto para os indivíduos como para os Estados. Esta relação exige do Estado e dos organismos internacionais esforços de monitoramento e tutela do setor (abrindo campo operacional à concorrência, flutuando os valores dos depósitos compulsórios, taxas de juros, subministrando os subsídios da política financeira macroeconômica, etc.) para evitar as crises sistêmicas, tal qual a recentemente observada no ano de 2008, de extensão mundial, e crises regionais como atualmente vem se desenvolvendo em países europeus, com destaque da Grécia.

Diante de tais acontecimentos, surgem alguns questionamentos: o crédito pode ser considerado um bem jurídico-penal? O banco pode figurar como sujeito ativo de um crime bancário? Seria possível sustentar a existência de uma subárea denominada Direito penal bancário?

Diante este desafio, e motivado pela busca de respostas sobre a necessidade ou não do delineamento da tutela penal do banco e do crédito é que este estudo foi desenvolvido, o qual se desdobra em cinco capítulos, seguidos de uma conclusão. Para tanto, o primeiro capítulo se propõe ao estudo da economia como bem jurídico-penal pela análise da teoria do constitucionalismo, dos direitos fundamentais e das normas constitucionais, com ênfase no Sistema Financeiro Nacional e na normativa bancária, a fim de identificar a fundamentação constitucional do Direito penal econômico e a legitimidade da tutela penal da econômica para, no capítulo terceiro, desenvolver a possibilidade de o crédito figurar como bem jurídico-penal.

No capítulo seguinte, são desenvolvidas as premissas necessárias ao estudo sobre o Direito bancário e o Direito penal econômico, e sua interação, com destaque para a sua origem, desenvolvimento, relevância, bem como identificação de suas características e princípios. Este estudo se revela importante para o estudo da necessidade do desenvolvimento da subárea denominada Direito penal bancário, dotada ou não de autonomia didático-científica.

Feito isso, desenvolve-se um capítulo específico objetivando compreender o crédito como bem jurídico-penal pela identificação de sua valoração constitucional, em especial a partir da idéia de liberdade de empresa e do desenvolvimento da personalidade. Após tais considerações, será possível afirmar ou não a legitimidade constitucional da tutela penal do crédito.

No capítulo quarto objetiva-se discutir a responsabilidade penal dos bancos, notadamente em razão do debate teórico sobre a capacidade de conduta e de culpabilidade das pessoas jurídicas, tem extremamente polêmico e controvertido. Para tanto foi realizado extensa pesquisa do Direito comparado e da legislação estrangeira, especialmente da européia.

Em seguida, pretende-se, no último capítulo, delinear o que se poderia considerar como Direito penal bancário por intermédio do estudo da doutrina estrangeira (alemã, espanhola, francesa e portuguesa), com a identificação de seu de sua origem e desenvolvimento, de seu objeto material e sujeitos, bem como identificação dos principais crimes bancários.

Cabe observar, por fim, que as fontes específicas sobre o tema são praticamente inexistentes, razão pela qual o desenvolvimento do estudo exigiu pesquisas sobre Direito bancário e penal econômico, especialmente da legislação comparada, com destaque para as normas jurídicas da Alemanha, Espanha, França e Itália. Convém destacar, ainda, que os sistemas bancários estrangeiros possuem estruturas e definições diversas, razão pela qual as pesquisas se limitaram ao conteúdo de interesse do estudo. Por fim, insta salientar que se privilegiou a citação direta no idioma originário, de forma que foram realizadas traduções apenas daquelas indispensáveis à compreensão do estudo.

1 CONSTITUIÇÃO, BEM JURÍDICO-PENAL E ECONOMIA

1.1 A constitucionalização do Direito penal e os direitos fundamentais

A importância da constitucionalização do Direito já foi observada em diversas áreas, “Con todo, dicho fenómeno há sido aún escasamente estudiado y su cabal comprensión seguramente requerirá todavía algunos años.”¹, notadamente com o Direito penal.²

São duas as fases do constitucionalismo³: a fase pré-jurídica e a fase jurídica. A pré-jurídica se desenvolveu nas Idades antiga (antiguidade), média e moderna e compreendeu o período do legicentrismo (influência filosófica do jusnaturalismo), no qual a idéia de Constituição revelava apenas um conteúdo político e sem qualquer força normativa. As revoluções liberais (francesa e americana) marcam o início da Idade contemporânea (pós-modernidade) a qual guarda identidade com a fase jurídica do constitucionalismo⁴, e se divide em dois períodos: o período do constitucionalismo clássico (influência filosófica do positivismo) e o período do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo (influência filosófica do pós-positivismo).

Nesta ordem de idéias, contemporaneamente, o constitucionalismo pode ser compreendido como o movimento histórico, filosófico e jurídico que desenvolveu a idéia de que todo Estado deveria possuir um documento fundamental (Constituição formal)⁵ com a

¹ CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. In *Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta: Madrid, 2007. p. 9.

² Eduardo Ribeiro Moreira questiona: “Que mudanças o neoconstitucionalismo causou e ainda está por causar no direito penal, o qual parece condicionado, inescapavelmente, à legalidade estrita?” MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 161. Luís Roberto Barroso responde: “A repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada. BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 337. Conforme se percebe, embora se trate de temática ampla e inexplorada, no âmbito deste estudo serão desenvolvidas apenas as premissas necessárias ao tema, despidas de qualquer ineditismo, em especial sobre o bem jurídico-penal constitucional.

³ Conforme conceitua Luigi Ferrajoli, o constitucionalismo pode ser definido como um “sistema de vínculos substanciais”. FERRAJOLI, Luigi. *Sobre dos derechos fundamentales*. In *Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta: Madrid, 2007, p. 71

⁴ REYES, Manuel Aragón. *La Constitución como paradigma*. In *Teorías del neoconstitucionalismo*. Trotta: Madrid, 2007, p. 30.

⁵ “El término ‘Constitución’ es usado en lenguaje jurídico (y político) con una multiplicidad de significados...” (GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de Constitución*. In *Teorías del neoconstitucionalismo*. Trotta: Madrid, 2007, p. 15), mas não é possível e não é indicado realizar um estudo completo, cabendo adiantar que se adota a Constituição como a norma jurídica suprema da ordem jurídica (sentido jurídico) e como limite ao poder político (sentido filosófico). No mesmo sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e*

disciplina sobre a estrutura fundamental do Estado, consubstanciada na organização do Estado e na limitação do poder estatal pela tutela de direitos e garantias fundamentais (Constituição material)⁶. Dada a sua densidade principiológica, este período revela algumas características que influenciarão decisivamente: (i) a natureza jurídica da Constituição por não mais representar um mero instrumento político (período do legicentrismo) ou um simples instrumento formalmente normativo (período do constitucionalismo clássico), mas um instrumento formal e materialmente normativo, o que lhe confere supremacia formal e material sobre as demais normas jurídicas, inclusive, de cunho internacional⁷; (ii) o processo de descodificação⁸ e a criação de microssistemas normativos (“fattispecie”, na Itália, ou “tatbestand”, na Alemanha) os quais não apenas fortalecem da idéia de força normativa da Constituição, mas também afirmam a posição da Constituição como a norma jurídica central⁹ e (iii) o fortalecimento da interpretação constitucional, âmbito no qual é desenvolvida uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, a ponderação, a argumentação e o discurso.¹⁰

O constitucionalismo revela a proposta e o compromisso de construção de uma sociedade justa e de um Estado democrático, cujo sucesso se deu por força de sua legitimidade (soberania popular) e por incorporar à Constituição material as conquistas sociais, políticas e éticas acumuladas no patrimônio da humanidade, mas, de suma importância para o Direito penal ao revelar os valores fundamentais da sociedade a permitir a identificação dos bens jurídicos legítimos da tutela penal.

Ao lado do desenvolvimento do constitucionalismo, ganha importância a teoria dos direitos fundamentais os quais podem ser concebidos como o conjunto institucionalizado de direitos subjetivos e garantias fundamentais do ser humano para a sua proteção contra o arbítrio do poder estatal (direito de defesa, ligados à primeira geração dos direitos

Teoria da Constituição. 2.^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1272-1273. A propósito, a Corte Constitucional italiana decidiu que: “La Corte costituzionale ha infatti affermato che la Costituzione ha sì posto ‘il principio della più stretta riserva di legge in materia penale’, ma ‘in nessun modo’ ha vincolato ‘il legislatore al perseguimento di specifici interessi’: come ha sottolineato lo stesso massimo sostenitore della teoria in esame, la Corte si è sempre astenuta dal sindacare, salvo il limite della incompatibilità, l’oggetto prescelto di tutela”.

Corte Constitucional, 5 de junho de 1978, n. 71, Giur. Cost., 1978, p. 602. *Apud* MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. 2.^a ed. Milano: Giuffrè Editore, 1999. vol. 1, p. 353.

⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Universidade Católica Portuguesa: Porto, 1995, p. 143; CARBONELL, Miguel. *Op cit.*, p. 11.

⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op cit.* p. 19; GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.* p. 17-20.

⁸ Riccardo Guastini refere à expressão “código” constitucional, porém, também afirma que o termo não expressa e seu significado usual, especialmente porque nem todas as normas serão materialmente constitucionais. GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.* p. 19.

⁹ REYES, Manuel Aragón. *Op. cit.*, p. 36-39.

¹⁰ COMANDUCCI, Paolo. *Modelos e interpretación de la Constitución*. In *Teorias del neoconstitucionalismo*. Trotta: Madrid, 2007, p. 41-67.

fundamentais) e por tal razão afirma-se que os direitos fundamentais revelam um núcleo essencial (âmbito ou núcleo de proteção, “schutzbereich” ou limite dos limites), o qual é revelado pelo princípio da dignidade da pessoa humana; este núcleo impõe uma vinculação constitucional ampla, inclusive, no campo da interpretação, impondo a adoção da técnica de interpretação restritiva a fim de preservar, ao máximo, a substância do direito fundamental, revelando fundamental importância dentro do Direito penal como forma de limitar a intervenção do Estado nas liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidas –, e estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana como forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (direitos a prestações, vinculados à segunda geração dos direitos fundamentais) –, prisma este que possui importância na identificação dos valores constitucionais os quais irão legitimar a criminalização de condutas¹¹ e justificar a tutela penal do crédito.

Com efeito, são duas as conseqüências da influência do constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais ao Direito penal: (i) desempenharem um papel central de legitimidade da normatividade constitucional, não apenas pelo seu catálogo formal, mas, sobretudo, por sua realização material – criminalização de condutas – e (ii) operam como limite negativo da tutela penal. Desta forma, ao que interessa ao Direito penal, a consagração do constitucionalismo, notadamente o princípio da supremacia da Constituição¹², e a afirmação dos direitos fundamentais, precipuamente seu prisma de defesa do indivíduo e de legitimação da ordem constitucional, informa que a Constituição funcionará como a matriz penal no Estado Democrático de Direito, tanto para legitimar a criminalização de condutas como para limitar a intervenção do Estado pela da tutela penal nas liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidas. Tal perspectiva é observada pela doutrina na Alemanha¹³, Portugal¹⁴, Espanha¹⁵ e Itália¹⁶.

¹¹ BRICOLA, Franco. *Legalità e Crisi: L'Art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione*. In *Rivisitato alla Fine degli Anni '70 Questione Criminale*. 1980, p. 213; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op cit.* p. 140-141. Em sentido semelhante, DIAS, Jorge de Figueiredo. Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro. *Revista da Ordem dos Advogados* n. 43, 1983, p. 13; DIAS, Jorge de Figueiredo. Direito Penal e Estado-de-Direito Material. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, 1982, p. 43.

¹² Daí porque Riccardo Guastini referir-se à Constituição como uma fonte diferenciada. GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.* p. 21.

¹³ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986, p. 33.

¹⁴ ANDRADE, Manuel da Costa. *A dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2º, abr-jun, 1992, p. 5.

¹⁵ ANTÓN, Tomás Salvador Vives. *Estado de Derecho y Derecho penal, Comentarios a la legislación penal, Derecho penal y Constitución*. Cobo del Rosal (Dir.) Bajo Fernández (Coord.). Tomo I. Madrid: Edersa, 1982, p. 22-23.

1.2 O direito fundamental ao desenvolvimento, a Constituição e a tutela da ordem econômica

Demonstrada a importância do constitucionalismo ao Direito penal e a relevância dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, importa afirmar que o direito fundamental ao desenvolvimento é consagrado desde as origens da Organização das Nações Unidas.¹⁷

Por influência das idéias do Estado liberal¹⁸ e dos direitos fundamentais de primeira geração, até a década de 1960 os termos desenvolvimento e crescimento econômico eram considerados sinônimos. A partir de então, com o desenvolvimento do Estado social e dos direitos fundamentais de segunda geração, passa-se a observar uma sensível modificação em seu conteúdo: leva-se em consideração não apenas os direitos das liberdades, mas também os direitos das igualdades (direitos sociais)¹⁹ por força das conseqüências negativas do processo de industrialização como a concentração de rendas. Nas décadas seguintes o conceito de desenvolvimento continua a se desenvolver, agora influenciado pela idéia de direitos fundamentais de terceira geração, aliando-se a necessidade de crescimento econômico à de desenvolvimento cultural e social no plano nacional e internacional, baseado na idéia da solidariedade. Seguindo esta linha evolutiva, percebe-se que o termo desenvolvimento adquire na normativa internacional um novo significado: o desenvolvimento não deve ser apenas econômico, mas também social.²⁰

¹⁶ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: Parte generale*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1989, p. 3; FIANDACA, Giovanni. *Il "Bene Giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 25, n. 21, gen./mar., 1982, p. 50.

¹⁷ Por exemplo, nas Carta de São Francisco e Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948.

¹⁸ “De facto, é natural que as soluções penais tenham de estar necessariamente condicionadas por uma mudança no tipo de Estado”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op cit.* p. 131. Cabe ressaltar que o marco do Estado e do constitucionalismo liberal advém do artigo 16, da Declaração de Direito dos Homens e dos Cidadãos, de 1789. GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.* p. 16. No mesmo sentido, REYES, Manuel Aragón. *Op. cit.*, p. 31.

¹⁹ Por exemplo, o 1º Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, de 1961; o Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; a Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento no Campo Social, de 1969.

²⁰ MOISÉS, Cláudia Perrone. *Direitos Humanos e Desenvolvimento: a contribuição das Nações*. In AMARAL JR., Alberto; *et alli*. *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp, 1999, p. 179-196.

Diante deste contexto evolutivo do direito fundamental ao desenvolvimento, a intervenção do Estado na ordem econômica foi densificada²¹ no Brasil com a CRFB/88, em seus artigos 3º, inciso II, e 174, § 1º, revelando a fundamentalidade do direito ao desenvolvimento econômico e social²² o qual, nesta ótica constitucional, será atingido a partir do princípio distributivo da intervenção do Estado na ordem econômica na produção da riqueza. Busca-se, desta forma, neutralizar ou reduzir as tensões inerentes entre democracia e capitalismo, promovendo o equilíbrio na distribuição de renda e de condições de vida mais saudáveis com o aumento da riqueza produzida.²³

Esta idéia sobre o desenvolvimento só é possível pela interpretação constitucional, em especial a partir de seu princípio da unidade, concluindo-se que o artigo 174, da CRFB/88 constitui um direito fundamental ao desenvolvimento nacional planejado e impõe um dever do Estado em promover o desenvolvimento econômico nacional, com qualidade de vida para os cidadãos, o que é realizado pelas políticas públicas. Com efeito, o termo desenvolvimento nacional não é uma sugestão, e sim uma determinação constitucional.²⁴

No âmbito das políticas públicas, ganha destaque a noção de política econômica, a qual se origina após a Primeira Guerra Mundial e se desenvolve a partir da crise de 1929 nos Estados Unidos²⁵, resultado da grande concentração de empresas e relacionamento de massas das pessoas “a exigir a interferência de um intermediário a influir no direcionamento e condução da economia”.²⁶ A partir de então foram desenvolvidas medidas de política econômica adotada pelos Estados e, conseqüentemente, disciplinadas pela ordem jurídica: surge o Direito econômico.

Na atualidade e na visão de constitucionalização do Direito, incluído o econômico, suas premissas decorrem da CRFB/88, especialmente dos princípios constitucionais previstos

²¹ Afirma-se que foi densificada porque prevista nas Constituições passadas: a Constituição de 1.934, em seu artigo 117, estabelecia proibição a usura, com punição na forma da lei; a Constituição de 1.937, ao versar sobre direitos fundamentais e garantias individuais, em seu artigo 122, inciso XVII, fazia referência aos crimes contra a segurança, integridade do Estado, guarda, economia popular, etc. O mesmo diploma constitucional, em seu artigo 141, em capítulo destinado a Ordem Econômica, equiparou crimes contra a economia popular aos crimes contra o Estado. O artigo 142, determinou punição para a usura; a Constituição de 1.946, em seu artigo 148, estabeleceu reprimenda ao abuso do poder econômico. E, em lei ordinária federal (Lei 4.137/62) de 1.962, em seu artigo 2º, deu-se repressão ao abuso do poder econômico, dispositivo que foi amparado pela Constituição de 1.967, assim como a EC 1/69, em seu artigo 160.

²² Cabe destacar que a CRFB/88 inovou significativamente ao dispor num título próprio a ordem econômica, contudo, conforme observado, desde 1934, seguindo a evolução histórica experimentada mundialmente, as Constituições brasileiras trataram da ordem econômica, atribuindo em maior ou menor grau de relevância estatal no planejamento econômico nacional e sua implementação.

²³ SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004, p. 62-66.

²⁴ *Ibid.*, p. 66-67.

²⁵ SILVA, Marcos Josegredi da. O Direito Penal Econômico e o artigo 17 da Lei nº 7.492/86: Análise de suas elementares, circunstâncias e conseqüências jurídico-penais. Curitiba: PUC/PR, 2006 (Dissertação), p. 17.

²⁶ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24.

na ordem econômica.²⁷ Resta, portanto, que o direito fundamental ao desenvolvimento econômico e social foi consagrado pela Constituição, no âmbito da tutela da ordem econômica e, no que interessa ao Direito bancário e penal bancário, as atividades de crédito e as operações bancárias constituem instrumentos fundamentais a efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento.

1.3 Hermenêutica constitucional garantista-penal

Percebida a importância da constitucionalização do Direito penal, bem como a relevância do direito fundamental ao desenvolvimento, mister observar que a democratização da sociedade engloba a idéia de proteção dos direitos e garantias constitucionais, razão pela qual alguns intérpretes estão voltados à concretização do Direito constitucional e outros somente à pretensão do Direito constitucional.²⁸

As significações da interpretação constitucional devem ser levadas em consideração quatro projeções: (i) do modelo de Constituição aplicado; (ii) dos sujeitos que produzem e interpretam a Constituição; (iii) das técnicas de interpretação que se empregam e (iv) dos problemas de interpretação. No que concerne ao primeiro, cabe destacar que a CRFB/88 é escrita, analítica e tem como característica marcante se bipartir em duas matérias já destacadas: organização do Estado e disciplina dos direitos e garantias fundamentais. Já o segundo elemento pode ser levado como matiz a existência de uma sociedade aberta de intérpretes os quais oxigenarão a jurisprudência constitucional com a participação popular no processo hermenêutico da Constituição, com atuação decisiva das cortes constitucionais. No terceiro prisma, as técnicas de interpretação devem levar sempre em consideração o elemento teleológico *pro homine*. E por último os problemas interpretativos.²⁹

²⁷ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.

²⁸ “A relevância dessa concepção e da correspondente atuação do indivíduo ou de grupos, mas também a dos órgãos estatais configuram uma excelente e produtiva forma de vinculação da interpretação constitucional em sentido lato ou em sentido estrito. Tal concepção converte-se num ‘elemento objetivo dos direitos fundamentais’ (*grundrechtliches Sachelement*). Assume idêntico relevo o papel co-interpretativo do técnico ou *expert* no âmbito do processo legislativo ou judicial. Essa complexa participação do intérprete em sentido estrito realiza-se não apenas onde ela já está institucionalizada (...)” HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997, p. 17.

²⁹ COMANDUCCI, Paolo. Op. cit., p. 53-54.

No que interessa à criminalidade econômica que é, por excelência, a criminalidade dos poderosos (crimes cometidos por pessoas que detêm não apenas o poder econômico, mas também o poder político e controle do processo legislativo)³⁰, deve-se atentar que a atuação do Direito penal como regra afeta todos os prismas acima descritos ao imputar aos empresários, políticos e banqueiros o rótulo de inimigos mediante o impedimento de seu acesso aos seus direitos e garantias fundamentais³¹, como a utilização das prisões cautelares como antecipação da tutela penal, o que é vedado justamente pela invasão constitucional nas áreas do Direito.³² Com efeito, a Constituição confere legitimação material das normas infraconstitucionais e excluir determinados grupos de pessoas do círculo discursivo da sociedade e de proteção, tornando-se objeto-fonte de perigo e não destinatário de direitos e garantias fundamentais³³ representa interpretação destoante deste novo modelo, e se aproximando verdadeiramente do terrorismo³⁴ estatal.³⁵

³⁰ Neste sentido, CRESPO, Eduardo Demetrio. *Del “derecho penal liberal al “derecho penal Del enemigo”*. Rev. de Derecho Penal y Criminología, n. 14, 2004, p. 114. Em sentido contrário, Eduardo Correia afirma que “Haveria, com efeito, condutas desviantes das regras da ordem econômica levadas a cabo por <<homens de colarinho branco>> que não constituiriam crimes. Por outro lado, também, muitas ações violadoras da ordem econômica seriam praticadas por homens de <<colarinho azul>>, ou seja, de inferior extração social>>”. CORREIA, Eduardo. *Notas críticas à penalização de actividades económicas*. In *Direito penal económico e europeu: textos doutrinários*. v. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1998, p. 369.

³¹ Conforme observa Thiago Bottino do Amaral, não é porque o Poder Judiciário não observa diferenciações, por exemplo, entre crime grave ou não, que os postulados garantistas devem ser flexibilizados. AMARAL, Thiago Bottino do. *Ponderação de normas penais em matéria penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 89.

³² MOREIRA, Eduardo Ribeiro. Op. cit., p. 161-171.

³³ “Quanto as redes policiais de segurança (alternativa D-Pol), o desvio aparece como risco para a coletividade, exigindo que se coloque o desviante fora do estado de prejudicar, sem tratamento *corretivo*. A rede funciona de forma praticamente autônoma, quer se trate de operações gerais, de verificações de identidade ou de problemas particulares do controle dos estrangeiros. Certamente, um olhar da autoridade judiciária se desenvolveu, principalmente na França, durante os últimos anos. Ocorre que as verificações e controles de identidade permitem à polícia praticar a retenção, por uma duração que pode atingir quatro horas, de qualquer pessoa que não justificar sua identidade local. É uma retenção baseada não apenas na desconfiância de uma infração, mas também no caso – evocando simples desvios – em que a *segurança das pessoas e dos bens estiverem ameaçada*. DELMASMARTY, Mireille. *A Imprecisão do Direito: Do Código Penal dos Direitos Humanos*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Bauru: São Paulo, 2005, p. 136-137.

³⁴ “Terrorismo (do latim *terror*= que inspira pavor, seguido do sufixo *ismo*, que remete à doutrina ou ao sistema), constitui uma forma particular de violência utilizada com visos a criar um clima de medo e insegurança, dele retirando efeitos desproporcionais aos meios empregados para sua realização”. CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2009, p. 157.

³⁵ “Sin embargo, la totalidad de estas normas y reformas solamente tiene importancia verdadera en la medida que el Derecho penal económico se imponga realmente en la práctica a través de una persecución penal especializada; es decir, en la medida que las normas no solamente existan en el papel.” TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley., 2007, p. 4. Além disso, conforme observa o autor, “Así, pese a una persecución intensa de los delitos contra la libre competencia en Alemania durante tres decenios, se sigue produciendo la reincidencia de las empresas constructoras en materia de fijación de precios, a la vez que las asociaciones de empresas enfatizan, una y otra vez, en comunicados públicos que tales ilícitos solamente constituirían contravenciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*) y que las sanciones impuestas en su contra solamente serían multas no criminales.” Op. cit., p. 93. No mesmo sentido, VILLAREJO, Carlo Jiménez. Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica, in *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, ed. CGPJ, núm. 61, Madrid, 2005, p. 152 e ss.

1.4 Direito econômico e Sistema Financeiro Nacional

1.4.1 Direito econômico e sua delimitação

Revelada a origem do Direito econômico e a sua fundamentação constitucional, cabe observar que de acordo com Fábio Konder Comparato esta área do Direito pode ser entendida como “o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica”.³⁶ Por tal razão, numa definição mais completa e restrita, pode-se concebê-lo como sendo a área do Direito que dispõe sobre as normas jurídicas que disciplinam as medidas de política econômica do Estado, em especial pela intervenção estatal na ordem econômica.

1.4.2 Sistema Financeiro Nacional: a organização dos bancos e a gestão do crédito³⁷

Dentre as políticas econômicas mais importantes dos Estados contemporâneos estão aquelas afetas às suas finanças, âmbito de estudo do Direito financeiro. Por tal razão e na visão constitucional do Direito adotada no estudo, o ponto de partida de seu estudo esta no Sistema Financeiro Nacional o qual, nas palavras de Eduardo Fortuna

... é composto por dois principais grupos institucionais: as autoridades monetárias, que são responsáveis pelo funcionamento do sistema, fiscalizando-o e regulando sua atuação através de normas de interesse da Economia Nacional, e as instituições financeiras, que são responsáveis pela intermediação entre os que poupam e investem, operando no sistema em conformidade com as orientações traçadas pelas autoridades monetárias. A Lei n.º 4.595, de 31.12.64, estruturou o atual Sistema Financeiro, delimitando áreas de atuação das

³⁶ COMPARATO, Fábio Konder. O Indispensável Direito Econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 54, v.353, mar.1965, p.22.

³⁷ O Sistema Financeiro Nacional é regulado pela Lei 4.595, de 31 dezembro de 1964, recepcionada pela Constituição de 1988. O artigo 1º da Lei preceitua que: O Sistema Financeiro nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído: I – do Conselho Monetário Nacional, II – do Banco Central do Brasil, III – do Banco do Brasil S.A, IV – do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, V – das demais instituições financeiras públicas e privadas. Além disso, compreende-se inserido no Sistema Financeiro Nacional, consoante o artigo 17, da Lei, as instituições financeiras, as sociedades e fundos de investimento preceituada nos artigos 49 e 50, da Lei 4.728/65 e, também, as outras empresas, as quais dependem de autorização do Banco Central para funcionar (artigo 49, incisos I e II, da Lei 4.728/65). Acrescente-se ao rol a Comissão de Valores Mobiliários, conforme artigos 8º e 9º, da Lei 6.385/76.

instituições componentes do Sistema Financeiro, limitando-o quanto à captação e aplicação de recursos específicos, de modo que umas não interfiram nas operações das outras.³⁸

Percebe-se, portanto, que estudo do Sistema Financeiro Nacional é amplo, razão pela qual será desenvolvida a parte relacionada às instituições financeiras e, especificamente, aos bancos a fim de alcançar-se as delimitações do Direito bancário.

No que se refere à organização do Sistema Financeiro Nacional, os bancos se sujeitam a um regime de controle estatal. Sendo este controle uma de intervenção na atividade privada, portanto, medida constitucionalmente excepcional, deve ser disciplinado pelo ordenamento jurídico.

A intervenção estatal no setor bancário tem como marco o Decreto 14.728, de 16 de março de 1928. Após, advém o Decreto-lei 7.923/45 o qual criou a Superintendência da Moeda e do Crédito (SUMOC), alterado posteriormente pelo Decreto-lei 9.140/46 até chegar-se à atual Lei 4.595/64 que “dispõe sobre a Política e as Instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o Conselho Monetário Nacional”. Esta lei transformou a antiga Superintendência da Moeda e do Crédito em autarquia federal, sob a denominação de Banco Central do Brasil. Além disso, regula o Sistema Financeiro Nacional formado basicamente pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil, Banco do Brasil, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social e das demais instituições financeiras públicas e privadas.

O Conselho Monetário Nacional é um órgão com atribuição para “formular a política da moeda e do crédito (...) objetivando o progresso econômico e social País” (artigo 2º da Lei 4.595/64) a qual consiste em: adaptar o volume dos meios de pagamento às reais necessidades da economia nacional e em processo de desenvolvimento, regular o valor o e o externo da moeda e o equilíbrio do balanço de pagamentos do País, tendo em vista a melhor utilização dos recursos em moeda – estrangeira, orientar a aplicação dos recursos das instituições financeiras, públicas ou privadas, propiciar o aperfeiçoamento das instituições e dos instrumentos financeiros, zelar pela liquidez e solvência das instituições financeiras e coordenar as políticas monetária, creditícia, orçamentária, fiscal e da dívida pública, interna e externa (artigo 3º). É, portanto, o órgão máximo do Sistema Financeiro Nacional, competindo-lhe traçar normas de política monetária e fixar as diretrizes de política monetária, creditícia e cambial, não lhe cabendo qualquer função executiva.

³⁸ FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: Produtos e Serviços*, 10.ed., Rio de Janeiro: Qualitymark Editora Ltda., 1997, p. 13.

O Banco Central do Brasil, por sua vez, é uma autarquia federal e, de um modo geral, cabe a ele cumprir as prescrições legais e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional no que diz respeito à política financeira.

Privativamente, compete-lhe emitir papel-moeda e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional, executar os serviços do meio circulante, determinar o recolhimento de até 100% do total dos depósitos à vista e de até 60% de outros títulos contábeis das instituições financeiras, seja na forma de subscrição de letras ou obrigações do Tesouro Nacional ou compra de títulos da dívida pública federal, seja pelo recolhimento em espécie, em ambos os casos entregues ao Banco Central do Brasil, a forma e condições por ele determinadas, podendo adotar porcentagens diferentes em função das regiões geoeconômicas, das prioridades que atribuir às aplicações ou da natureza das instituições financeiras e determinar percentuais que não serão recolhidos, desde que tenham sido reaplicados em financiamentos à agricultura, sob favorecidos e outras condições por ele fixadas, receber os recolhimentos compulsórios dos depósitos à vista e de outros títulos contábeis e, ainda, os depósitos voluntários à vista das instituições financeiras (Lei 7.730/89), realizar operações de redesconto e empréstimo a instituições financeiras bancárias, exercer o controle de crédito sob todas as suas formas, efetuar o controle dos capitais estrangeiros, na forma da lei, ser depositário das reservas oficiais de ouro, de moeda estrangeira e de direitos especiais de saque e fazer com estas todas e quaisquer operações previstas no Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Nacional, exercer a fiscalização das instituições financeiras e as penalidades previstas em lei, conceder autorização às instituições financeiras para que possam funcionar no País, instalar ou em suas sedes, ou dependências, inclusive para o exterior, ser transformadas, fundidas ou incorporadas, praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública, ações, debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito, ter prorrogados prazos de seu funcionamento, alterar seus estatutos e alienar por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário, estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, assim para o exercício de quaisquer funções em órgãos consultivos, e semelhantes, segundo normas que forem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional e determinar que as matrizes das instituições financeiras registrem os cadastros das firmas que operam em suas agências há mais de um ano (artigo 10, da Lei 4.595/64).

Em caráter não privativo (outras instituições públicas também poderão fazê-lo), cabe ao Banco Central do Brasil: entender-se, em nome do Governo, com as instituições financeiras estrangeiras e internacionais, ver, como agente do Governo Federal, a colocação

de empréstimos internos ou externos, atuar no sentido de funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio equilíbrio do balanço de pagamento, efetuar a venda de títulos das sociedades de economia mista e empresas do Estado, emitir títulos de responsabilidade própria, de acordo com as condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis e exercer permanentemente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem (artigo 11).

Nas palavras de Eduardo Fortuna

É por meio do Banco Central que o Estado intervém diretamente no Sistema Financeiro e, indiretamente, na economia. Em países como Alemanha, Japão e Estados Unidos, o Banco Central é independente, ou seja, seus diretores são designados pelo Congresso, eleitos com um mandato fixo de oito a quatorze anos. Não há subordinação ao Tesouro. Ele atua como um verdadeiro guardião da moeda nacional, garantindo a pujança e o equilíbrio do mercado financeiro e da economia, protegendo seu valor, impedindo que os gastos do governo sejam bancados pela emissão de dinheiro, fator de desvalorização da moeda. É um quarto poder, além do Executivo, Legislativo e Judiciário. Os tesouros desses governos emitem títulos federais para se endividarem, enquanto os Bancos Centrais lançam papéis para garantir a liquidez do sistema. Se a inflação sobe, o Banco Central local vende mais papéis, aumentando a taxa de juros para recolher dinheiro do mercado e controlar a demanda da população, reduzindo o ritmo de alta dos preços.³⁹

Como administrador e principal gestor da política implementada no setor bancário, cumpre ao Banco Central do Brasil um papel de suma importância, com independência e visão integrada de mercado. No que interessa ao Direito penal, funcionará como um instrumento fundamental e necessário para a persecução penal, especialmente em razão do caráter especializado e técnico do Direito bancário.

1.4.2.1 As instituições financeiras públicas

As instituições financeiras públicas são os bancos públicos, mantidos pelos Governos federal ou estaduais, encarregados da execução da política creditícia dos respectivos Governos, se bem que os não federais ficam sujeitos às disposições relativas às instituições financeiras privadas, além de se dedicarem às operações dos bancos comerciais comuns⁴⁰. A prática da atividade bancária pelas instituições financeiras públicas é a manifestação mais

³⁹ Ibid., p. 13-18.

⁴⁰ Ibid., p. 50.

concreta do intervencionismo estatal no setor. No atual estágio, o elemento público cede espaço à parceria com o aspecto privado, e ambos conjugadamente realizam as tarefas em melhoria do desempenho e alcance de objetivos delineados.

A lei que implantou o Sistema Financeiro Nacional introduziu importantes modificações na estrutura e na atuação do Banco do Brasil. A função precípua que lhe é cometida é a de agente financeiro do Tesouro Nacional, competindo-lhe, neste caráter: receber, a crédito do Tesouro Nacional, as importâncias provenientes de arrecadação de tributos ou rendas federais e o produto das operações de crédito da União por antecipação da receita orçamentária ou a qualquer outro título; realizar os pagamentos e suprimentos necessários à execução do orçamento geral da União e leis complementares que lhe forem transmitidas pelo Ministério da Fazenda; conceder aval, fiança e outras garantias, consoante expressa autorização legal; adquirir e financiar estoques de produção exportável; ser agente pagador e recebedor fora do País e executar o serviço da dívida pública consolidada (artigo 19, inciso I, da Lei 4.595/64).

Cabe-lhe, também, como principal executor dos serviços bancários de interesse do Governo Federal, inclusive suas autarquias, receber em depósito, com exclusividade, as disponibilidades de quaisquer entidades federais, compreendendo as repartições de todos os ministérios civis e militares, instituições de previdência e outras autarquias, comissões, departamentos, entidades em regime especial de administração e quaisquer pessoas físicas e jurídicas responsáveis por adiantamentos, os quais podem, entretanto, ser depositados na Caixa Econômica Federal, nos limites e condições fixados pelo Conselho Monetário Nacional. Incluem-se, ainda, entre suas atribuições: arrecadar os depósitos voluntários das instituições financeiras; executar os serviços de compensações de cheques e de outros papéis (destes ainda não usuais entre nós); receber, com exclusividade, os depósitos relativos às entradas de 10% das ações subscritas em dinheiro nas sociedades anônimas (artigo 80, inciso III, da Lei 6.404/76); realizar, por conta própria, operações de compra e venda de moeda estrangeira e, por conta do Banco Central, nas condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional; realizar recebimentos ou pagamentos e outros serviços de interesse do Banco Central, mediante contratação; dar execução à política do comércio exterior; financiar a aquisição e instalação da pequena e média propriedade rural; financiar as atividades industriais e rurais a juros subsidiados; difundir e lar o crédito, inclusive as atividades comerciais, suplementando a ação da rede bancária: no financiamento das atividades econômicas, atendendo às necessidades creditícias das diferentes regiões do País, financiamento das exportações e importações (artigo 19, inciso II a XI, Lei 4.595/64).

Conquanto sociedade de economia mista, sujeita ao controle da União, o Banco do Brasil tem pulverizado seu capital no mercado de valores mobiliários, permitindo com isso o acesso de investidores nacional e estrangeiro, para redução do endividamento e maior número de recursos destinados aos serviços prestados. Neste sentido, o Banco do Brasil poderá figurar no âmbito da criminalidade bancária.

Por fim, cabe destacar que as caixas econômicas têm por origem os bancos populares ingleses (“saving banks”)⁴¹ e, atualmente, constituem-se sob a forma de empresas públicas. No Brasil, existe a caixa econômica federal vinculada ao Ministério da Fazenda, conforme o Decreto-lei 66.303/70, e as estaduais. Podem ser definidas como empresas bancárias destinadas especialmente a recolher e movimentar a poupança popular. Em geral, possuem uma função social na destinação de seus recursos financeiros, principalmente no que concerne aos órgãos oficiais, emprestando-lhes dinheiro a juros subsidiados para a realização de obras de interesse da sociedade.

Pelo que se percebe, as caixas econômicas realizam operações de banco e atividade de crédito, de forma que também poderão figurar dentro do âmbito da criminalidade bancária.

1.4.2.2 As instituições financeiras privadas

Finalmente, compõem o Sistema Financeiro Nacional, implantado pela Lei 4.595/64, as instituições financeiras privadas, destacando-se, entre elas, os bancos comerciais em geral, constituídos obrigatoriamente sob a forma de sociedades anônimas. As instituições financeiras privadas têm uma dinâmica mais adequada ao momento da economia, mas não estão livres das tempestades que afetam seu gerenciamento, afastando o princípio no sentido de que somente as organizações públicas estavam sob o regime de insolvência, afigurando-se inúmeros casos, a partir do Banco Nacional, Econômico e Bamerindus, fazendo com que o governo criasse um programa para capitalização e incremento, ao lado das fusões e incorporações, para que não houvesse colapso generalizado e se expusesse toda a política de contenção da inflação sem retomo conhecido.

⁴¹ Ibid., p. 35.

1.4.2.2.1 Os bancos

Vivante leciona que “o banco é o estabelecimento comercial que recolhe os capitais para distribuí-los sistematicamente com operações de crédito”⁴². Percebe-se uma imprecisão técnica neste conceito, extraído da lei italiana, quando se adota a expressão estabelecimento de crédito com referência ao banco, a qual não “... tem um significado técnico, para indicar uma determinada categoria de empresas bancárias que perseguem a coleta da poupança a curto prazo”.⁴³ Na terminologia do Direito empresarial os bancos são empresa (organização harmônica de capital e trabalho para o exercício de uma atividade econômica de produção ou de troca de bens ou serviços), e não mero estabelecimento (complexo de bens, materiais e imateriais, de que dispõe o empresário para o exercício de sua atividade).

Endossando a crítica, Fran Martins entende que a função dos bancos supera a de simples intermediários de crédito: “Chamados de intermediários do crédito, na realidade os bancos são mobilizadores do crédito, agindo sempre como sujeito das operações e dos contratos que realizam”, assim sendo, conceitua-os como

... empresas comerciais que têm por finalidade realizar a mobilização do crédito, principalmente mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias, em seu próprio nome, aos que necessitam de capital.⁴⁴

No Brasil, o banco é espécie do gênero instituição financeira, sendo esta, por definição legal, a pessoa jurídica pública ou privada que tenha “como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros” (artigo 17, da Lei 4.595/64).⁴⁵ Além disso, a intervenção estatal neste setor da economia impõe, por determinação legal (artigo 17, Lei 4.595/64), que as operações bancárias sejam reservadas apenas às pessoas jurídicas, públicas ou privadas, as quais, se nacionais, necessitam de autorização do Banco Central do Brasil para funcionar; se estrangeiras, de decreto autorizativo do Poder Executivo (artigo 18, da Lei 4.595/64).

⁴² VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. 5 ed 3. ristampa. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1935, v.1, p. 92.

⁴³ MOLLE, Giacomo. *I Contratti Bancari*. Milão: Giuffrè, 1973, p. 9.

⁴⁴ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 497.

⁴⁵ Como se vê, o dispositivo legal brasileiro equipara o gênero à espécie, não prescrevendo qualquer diferença entre instituição financeira e banco e, embora não seja o objetivo deste estudo debatê-la, é um equívoco.

Diante tais delineamentos os bancos são empresas autorizadas pelo Estado a praticar operações bancárias, sendo a principal delas o recebimento e a concentração de capitais para, sistematicamente, distribuí-los por meio de atividades de crédito. Daí resultam suas características: (i) é uma organização empresária, (ii) utiliza recursos monetários próprios, ou de terceiros e (iii) desempenha atividade de crédito como seu objeto principal.

No âmbito de sua classificação, de acordo com o critério operação bancária praticada, pode-se estabelecer a seguintes espécies de bancos: (i) de emissão; (ii) comerciais ou de depósitos; (iii) de investimento; (iv) de crédito real; (v) agrícolas e (vi) de crédito industrial.

Os bancos de emissão, também denominados de “bancos dos bancos”⁴⁶, além das operações bancárias que desempenham exclusivamente com as instituições financeiras públicas e privadas (artigo 12, da Lei 4.595/64), a lei lhes atribui a atribuição privativa de emitir moeda-papel e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional (artigo 10, inciso I, da Lei 4.595/64). No Brasil, trata-se de competência exclusiva da União (artigo 21, inciso VII, da CRFB/88) e atribuição exclusiva do Banco Central do Brasil (artigo 164, da CRFB/88), por intermédio da Casa da Moeda do Brasil.

Já os bancos comerciais ou de depósitos são os mais comuns. Na França a sua definição se extrai da Lei francesa de 2 de dezembro de 1945, modificada pelo Decreto de 25 de janeiro de 1.966, cujo artigo 52, inciso I, define-os como aqueles “cuja atividade principal consiste em efetuar operações de crédito, em receber do público depósitos de fundos à vista e a termo”. Portanto, as operações de crédito são a sua atividade principal (saques, descontos, antecipações, investimentos de curto prazo, etc.), além dos serviços auxiliares de cobranças, transferência de fundos, custódia de títulos e valores, locação de cofres de segurança, câmbio manual, etc.

Os bancos de investimento, por sua vez, são empresas especializadas em financiamentos a médio e longo prazos, empregando capitais próprios ou de terceiros, ou, na conceituação oficial,

... são instituições financeiras privadas, especializadas em operações de participação ou de financiamento, a prazos médio e longo, para suprimento de capital fixo ou de movimento, mediante aplicação de recursos próprios e coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiros.⁴⁷

⁴⁶ ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 12 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

⁴⁷ Item II da Resolução 18/66, do BACEN, na forma de deliberação do Conselho Monetário Nacional.

O banco-padrão desta espécie no Brasil é o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico, empresa pública, segundo a Lei 5.662/71, principal instrumento de execução de política de investimentos do Governo Federal (artigo 23, da Lei 4.595/64) que teve seu nome alterado para Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social pelo Decreto-lei 1.940/82.

Os bancos de crédito real também são chamados de hipotecários por força da operação que constitui sua atividade principal, embora possam praticar as peculiares aos bancos comerciais ou de depósito. Sua principal atividade consiste em conceder empréstimos a longo ou curto prazos, mediante garantia de imóveis. Foram regulamentados pelos Decretos 169-A, de 19 de janeiro de 1.890, e 370, de 2 de maio do mesmo ano. Na atualidade as operações dos bancos de crédito real realizam-se a benefício da lavoura e indústrias conexas, sendo freqüentes para a aquisição da casa própria.

Por outro lado, os bancos agrícolas são os instituídos para conceder crédito para aqueles que exercem atividade no campo (lavoura, pecuária, etc.) com financiamento para a própria atividade em si, para a aquisição de máquinas e instrumentos. São raros porque há coincidência de suas operações com as dos bancos de crédito real, sendo que aquele tem por diferencial a existência de uma garantia.

Por fim, os bancos de crédito industrial são aqueles definidos pelo Decreto 24.575/34 como sendo aqueles que têm por escopo exclusivamente auxiliar a indústria nacional, por meio de empréstimos a prazo longo, com os seus próprios recursos e por emissões de obrigações, colocadas nos mercados nacionais ou estrangeiros, em nome das empresas que a eles recorrem (artigo 12).

1.4.2.2.2 As cooperativas de crédito

De acordo com a Organização das Cooperativas Brasileiras, “Cooperativa é uma associação autônoma de pessoas que se unem, voluntariamente, para satisfazer aspirações e necessidades econômicas, sociais e culturais comuns, por meio de uma empresa de propriedade coletiva e democraticamente gerida”⁴⁸ As cooperativas também contam com seu núcleo de princípios, quais sejam: adesão voluntária e livre; gestão democrática e livre;

⁴⁸ A identidade do cooperativismo. Disponível na internet: <http://www.ocb.org.br>.

participação econômica dos membros; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação e interesse pela comunidade.⁴⁹

O artigo 4º, da Lei 5.746/71 (define a política nacional de cooperativismo), destacou as peculiaridades das sociedades cooperativas, especialmente com relação às sociedades comerciais

As cooperativas são sociedades de pessoas, com forma e natureza jurídica próprias, de natureza civil, não sujeitas a falência, constituídas para prestar serviços aos associados, distinguindo-se das demais sociedades pelas seguintes características:...

Percebe-se, preliminarmente, que as cooperativas perfazem um tipo societário único, claramente distinto dos demais, regulado por normas e princípios próprios, adequados a seus fins e atividades e, conforme artigo 6º, da Lei, o gênero cooperativa se divide primeiramente em três grandes espécies: as cooperativas singulares, constituídas geralmente por pessoas físicas e que se destinam a prestar serviços diretamente a seus associados; as cooperativas centrais e as confederações de cooperativas. A partir dessas espécies, infinitas variações são possíveis, pois “As sociedades cooperativas poderão adotar por objeto qualquer gênero de serviço, operação ou atividade...” (artigo 5º, da Lei 5.746/71).

Dentre estas variantes, destaca-se, por suas particularidades, a cooperativa de crédito, verdadeira instituição financeira formada por uma sociedade de pessoas, com forma e natureza jurídica própria, de natureza civil, sem fins lucrativos e não sujeita à falência. No âmbito das atividades de crédito a sua finalidade consiste em propiciar empréstimos a seus associados numa relação de custo-benefício mais vantajosa do que aquela oferecida pelo sistema bancário, estando subordinadas, na parte normativa, ao Conselho Monetário Nacional e, na parte executiva, ao Banco Central do Brasil (Decreto-lei 59/66, artigo 8º). Com efeito, é vedado às cooperativas de crédito realizar com estranhos operações que sejam peculiares relações entre os cooperados e a sociedade (artigo 26, n. 12, do Decreto 60.597) e, ainda que tendo por escopo as atividades de crédito, não podem usar a denominação “banco” em sua denominação social. Por outro lado, também se subordinam à disciplina da lei que dispõe acerca das instituições creditícias (Lei 4.595/64).

Na atualidade as cooperativas de crédito representam relevante instrumento de alocação de recursos voltados para o setor habitacional cujos programas veiculam aproximação com as classes menos favorecidas da população, no rastreamento de subsídios diretamente supervisionados ou pela própria ação integrada dos interessados, os quais

⁴⁹ Princípios cooperativistas. Ibid.

assumem as responsabilidades na consecução de suas tarefas pelo fato de não objetivarem o lucro. Com efeito, têm uma função importante na captação e execução de sua política interna, sobretudo para facilitar o acesso ao crédito pelos cooperados, estimulando o desenvolvimento das atividades do seu setor.

Resta, portanto, que este método das cooperativas de crédito representa operações de banco e atividade de crédito, razão pela qual também figurarão na cadeia dos crimes bancários.

1.4.3 Sistema de crédito e Constituição

Conforme observado, a necessidade de intervenção do Estado na economia, a fim de corrigir os desequilíbrios mais graves no sistema capitalista, resultou na inclusão gradual nos textos básicos de regras destinadas a regular a atividade ou processo econômico, o que se denominou constitucionalismo econômico. Ao longo do estudo tem-se afirmado a existência de laços estreitos entre as estruturas políticas e do sistema econômico e de crédito, revelando-se necessário o seu estudo.

1.4.3.1 Estados totalitários

Nas formas de Estado não-democráticos em cujos regimes são caracterizados pelo autoritarismo, o sistema de crédito – de estudo mais simples – abrangeu, numa interpretação ampla do termo meios de produção, a propriedade e o seu controle, o que ensejou o mais significativo acontecimento histórico para o tema: a aprovação da fusão de todos os bancos em um banco nacional sobre o qual o controle seria exercido pelo Estado. Com efeito, a propriedade e o planejamento de setores econômicos e, conseqüentemente, também o sistema de crédito, seria exclusivamente estatal.⁵⁰

Portanto, no contexto político-econômico descrito, o Estado realizaria a natureza pública dos interesses representados ou geridos pelo sistema de crédito, com sua estrita

⁵⁰ MARCO, Francisco Ruiz. *La tutela penal del derecho de crédito*. Dilex: Madrid, 2007, p. 59-60.

sujeição aos interesses gerais da economia nacional. Nesta ordem de idéias, surge um sistema de crédito de interesse geral como um instrumento para a satisfação dos interesses da sociedade.

1.4.3.2 Democracias

A caracterização do sistema de crédito com base nas Constituições dos Estados democráticos apresenta maior complexidade, como resultado da tensão generalizada entre os dois vetores: a livre iniciativa e a intervenção do Estado na economia.⁵¹

Nestes países, as instituições de crédito influenciam de forma determinante a economia nacional, especialmente com as atividades de crédito, dirigida com vistas ao lucro coerente e legítimo com a lógica do sistema capitalista; em contrapartida, é um sistema que experimenta um gerenciamento de crédito liderado pelos bancos centrais. Com efeito, diante da abundante oferta de crédito e a volatilidade de seu sistema, o Estado intervém na economia buscando orientar a política econômica. Interesses privados e públicos, por vezes em regime de complementaridade, devem conviver em harmonia para que a tensão entre a atividade de crédito e a intervenção estatal proporcione o desenvolvimento econômico nacional. Além disso, o foco no desenvolvimento da economia nacional e a promoção dos interesses gerais (não apenas de conteúdo econômico, mas também social), transmitido para todos os cidadãos, está presente no sistema público de crédito do setor financeiro (e no banco oficial, em dívida pública, etc.), o qual se destina ao desenvolvimento social do cidadão, e não econômico.

Nos Estados democráticos o sistema de crédito aparece na Constituição por meio de duas técnicas tradicionalmente utilizadas pelo Poder Legislativo para regular aspectos essenciais das estruturas financeiras (de crédito, moeda, seguro, etc.): competência legislativa (sistema de crédito regulatório) e capacidade institucional (sistema de crédito institucional). As diferenças, às vezes sutis, é especialmente difícil quando a Constituição limita suas normas

⁵¹ MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit. p. 60-61. Conforme observa Pedrazzi, “En su extrema complejidad, el fenómeno económico afecta a una serie de intereses de distinta naturaleza, entre los cuales existe una relación dialéctica que oscila entre la convergencia y el antagonismo: intereses individuales y de grupo, intereses difusos e intereses referidos a la comunidad considerada de forma unitaria. PEDRAZZI, Cesare. *El bien jurídico en los delitos económicos*. In *La reforma penal: delitos socio-económicos*. Universidad Complutense: Madrid, 1985, p. 282.

sobre o sistema de crédito à configuração simples do órgão do Estado que é responsável pela sua regulação, como no caso brasileiro.

Pelo do sistema de crédito institucional a Constituição dispõe sobre a importância que o Poder Constituinte atribui ao próprio sistema, e indica as suas formas de controle. Exponente paradigmático dessa técnica é o artigo 47, da Constituição italiana, o qual afirma que “A República incentiva e protege a economia de todas as formas, e disciplina, coordena e controla o exercício de crédito”. Cristaliza-se um conteúdo mínimo de significado, revelando a importância da instituição para a convivência social e os princípios que a inspiram, os elementos que a compõem, e assim por diante. Conforme observa Ennio Fortuna, existe um interesse público no sistema de crédito e no êxito da atividade de crédito, base na qual se pode desenvolver a tutela penal.⁵² Já na opção técnico-legislativa de competência, em contraste com a idéia de sistema de crédito institucional, a Constituição não inclui uma referência a instituições de crédito, mas, apenas, se limitou a fixar o quadro para a distribuição de competências do sistema de crédito regulatório, tal qual previsto no artigo 149.1.11, da Constituição espanhola.

No ponto, deve-se notar que a intervenção do Estado no sistema de crédito, regulador ou institucional, deve ser moderado e observar a normativa constitucional, razão pela qual a possibilidade de fornecer o sistema de crédito de conteúdo social se limita à área de crédito público, afastando-se do sistema bancário privado, o qual no sistema econômico-capitalista objetiva precipuamente o lucro. Além disso, como a intervenção do Estado no sistema de crédito é extremamente drástica e sensível, a sua regulação pelo Direito penal deve ocorrer em última instância, buscando preservar o setor, os bancos, as empresas e os beneficiários dos empréstimos com o objetivo de se torna verdadeiramente eficaz exercício crédito.

1.5 Bem jurídico como objeto de tutela penal e a Constituição

A definição de bem jurídico-penal resultou de elaboração doutrinária secular em busca de um objetivo ao Direito penal, tendo, primeiramente, se procurado identificá-lo com a lesão ou exposição a perigo de direitos subjetivos; depois, na lesão ou exposição a perigo de

⁵² FORTUNA, Ennio. *Manuale de diritto penale dell'economia*. CEDAM: Padova, 1988, p. 180.

interesses vitais; e, por fim, na lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos, cabendo a observação de Juarez Tavares

Na verdade, a questão do conceito de bem jurídico, como fundamento da incriminação, não pode deixar de ser um resultado de uma escolha política, ingênua ou comprometida, acerca do que se pretende com a sua proteção. Embora, no âmbito de um direito penal democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou, pelo menos, sua delimitação, por meio de argumentos compatíveis ao panorama da linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal.⁵³

Corroborando esta assertiva, Hans Welzel afirma que “a missão do Direito Penal é proteger os valores elementares da vida em comunidade”.⁵⁴ É neste sentido que se conclui que o bem jurídico-penal é aquele que exige uma proteção especial pelo Estado, por se revelarem insuficientes a tutela oferecida pela demais áreas do Direito, daí afirma-se o caráter fragmentário da tutela penal, expresso com precisão por Claus Roxin de que “o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível por outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas”⁵⁵ quem conclui que a “Proteção de bens jurídicos significa, assim, impedir danos sociais.”⁵⁶

Na realidade, o Direito penal não se presta apenas à mera proteção de bens jurídicos, devendo também tutelar os direitos fundamentais pela limitação da intervenção do Estado nas liberdades individuais – vertente decorrente da influência dos direitos fundamentais de segunda geração para legitimar e fundamentar a tutela penal pela atuação estatal. A partir de tal afirmação, extraem-se duas funções interessantes: garantia ou limitação do direito de punir do Estado e teleológica ou interpretativa – incidência dos direitos fundamentais de primeira geração, significando a limitação do Direito penal pela abstenção do Estado – conforme observação de Luiz Régis Prado, “a função limitadora opera uma restrição na tarefa própria do Poder Legislador, a função teleológico-sistemática busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição...”⁵⁷

Entendido o bem jurídico-penal como fundamento e limitação do Direito penal, tem-se que o Poder Legislador, ao erigir determinada conduta como criminosa, não está livre para

⁵³ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 181.

⁵⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 2.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 11.

⁵⁵ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32.

⁵⁶ Idem, p. 35.

⁵⁷ PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 48-49.

fazê-lo de acordo com a sua conveniência e oportunidade, devendo identificar o bem jurídico-fundamental na sociedade das normas constitucionais, daí concluir Janaína Paschoal que

É a Constituição que reflete os referidos bens, ou seja, tendo-se em vista o fato de a Constituição ser o documento que alberga os valores mais caros para uma dada sociedade, é nela que o legislador deverá se pautar quando da escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal. Pode-se deduzir que, enquanto o constituinte busca os bens jurídicos penais na sociedade, o legislador os retira da Constituição.⁵⁸

O desenvolvimento de uma ótica de exclusiva proteção de bens jurídicos torna necessária a definição não só do conceito de bem jurídico como também das suas fontes de legitimação, e, a partir daí, definir-se quais bens devem ser tutelados penalmente. Desta forma, para que seja legítima a intervenção criminalizadora do Estado, é preciso que sejam considerados bens jurídicos fundamentais apenas aqueles que tenham suporte constitucional, mais ainda, apenas aqueles representativos de valores que tenham a capacidade de relativizar os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.⁵⁹ Em um Estado Democrático de Direito, a tutela penal não pode estar dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade. Por isso Luiz Regis Prado afirma que “a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”,⁶⁰ para adiante referir que “em uma concepção democrática, o ponto de partida do Direito Penal é dado pelo conceito de pessoa. O cidadão, o indivíduo, considerado como pessoa, é o protagonista da política e da história e, portanto, do direito”⁶¹, concluindo que “a liberdade, a dignidade pessoal do homem –

⁵⁸ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 49. No mesmo sentido, MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 17; PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal, parte general*. PPU: Barcelona, 1985, p. 53; ROSAL, Manuel Cobo del; ANTON, Tomás Salvador Vives. *Derecho penal, parte general*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1987, p. 600; BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato*. Estratto del Novissimo Digesto italiano, 1974, p. 15; RUS, Juan José Gonzales. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*. Fundación Juan March: Madrid, 1983, p. 32. Em sentido contrário, Antonio Pagliaro refuta esta visão constitucional, entendendo que não é possível existir no ordenamento jurídico uma proibição ao Poder Legislativo de incriminar condutas ofensivas a valores os quais não estejam dispostos na Constituição: “E necessario, infatti, lasciare una certa elasticità alla manovra del legislatore ordinario, in relazione alla possibilità che sorgano esigenze di prevenzione generale e speciale che al tempo della formazione della Costituzione non erano neppure prevedibili”. PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale: Parte Generale*. 6.^a ed. Milano: Giuffrè Editore, 1998. p. 229. No mesmo sentido, CONDE, Francisco Muños. *Derecho Penal: Parte General*. 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 91.

⁵⁹ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003, p. 105.

⁶⁰ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 63-64.

⁶¹ *Ibid.*, p. 64.

qualidades que lhe são inerentes – e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado”⁶².

Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias afirma que

Se deve concluir que um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe ali – e só ali – onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que ‘preexiste’ ao ordenamento jurídico-penal. O que por sua vez significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de se verificar uma qualquer relação de mútua referência. Relação que não será de ‘identidade’, ou mesmo só de ‘recíproca cobertura’, mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins. Correspondência que deriva, ainda ela, de a ordem jurídico-constitucional constituir o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da atividade punitiva do Estado. É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais. É por esta via – e só por ela em definitivo – que os bens jurídicos se ‘transformam’ em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal.⁶³

Jorge de Figueiredo Dias afirma ainda que “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”,⁶⁴ de forma que, conforme observa Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, o Direito penal contribui para garantir as condições essenciais da convivência, predispondo a sanção mais drástica para a defesa dos bens jurídicos: são estes os bens socialmente relevantes considerados merecedores de proteção jurídica.⁶⁵ Logo, a matriz constitucional da qual deriva a determinação dos bens jurídicos considerados fundamentais passíveis de intervenção do Direito penal impõe a conclusão de que dignos ou merecedores de tutela penal são aqueles bens que integram a ordem constitucional por terem sido reconhecidos em uma dada sociedade como relevantes para sua conservação, observando-se que esta dignidade não é suficiente para justificar a criminalização, fazendo-se ainda mister verificar, no caso concreto, se existe a necessidade da tutela de natureza penal com base nos princípios fundamentais da personalidade⁶⁶ e individualização da pena, da humanidade, da insignificância, da culpabilidade, da intervenção penal legalizada, da intervenção mínima⁶⁷ e da fragmentariedade.⁶⁸

⁶² Ibid., p. 65.

⁶³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

⁶⁴ Ibid. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 47-48.

⁶⁵ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Op. cit., p. 2.

⁶⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Op. cit. p. 14-15 e 24-25.

⁶⁷ Para Franz Von Liszt se o direito tem como missão principal o amparo dos interesses da vida humana, o Direito penal tem como missão peculiar a defesa mais enérgica dos interesses especialmente dignos e necessitados de proteção por meio da ameaça e execução da pena, considerada como um mal contra o réu. LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Luis Jimenez de Asua. 4. ed. Madrid: Editorial Réus, 1999, Tomo II, p. 9.

Por tal razão, a Constituição funcionará como matriz constitucional-penal positiva (projeção dos direitos fundamentais a prestações) da qual serão extraídos os valores constitucionais passíveis de tutela pelo Direito penal (fundamento da criminalização), e negativa (projeção dos direitos fundamentais de defesa) porque é dela que serão extraídos os valores que limitarão a ingerência da tutela penal nas liberdades individuais (limite da criminalização)⁶⁹, revelando os pressupostos para a legitimação da criminalização de condutas.

1.6 A economia como bem jurídico-penal: o Direito penal econômico

Reconhecida a ordem econômica como valor constitucional do qual deriva a noção de Direito econômico, bem como a relevância transcendental do bem jurídico como instrumento legitimador e fundante do Direito penal, faz-se necessário analisar a incidência dos pressupostos do Direito penal na proteção da atividade econômica. Conforme observado, para que um bem jurídico possa ser considerado relevante para a incidência da tutela penal é necessário que esteja ligado aos valores constitucionais.

Num Estado Democrático de Direito reconhece-se a inserção do homem no universo da vida econômica como uma garantia constitucional fundamental, repousando nela a disciplina econômica⁷⁰, cabendo reiterar que os direitos econômicos e o direito ao desenvolvimento são direitos fundamentais para a sociedade contemporânea. Assentada a necessidade de conformação constitucional da criminalização das condutas, deve-se reconhecer que ao lado destes direitos fundamentais, também existem os valores constitucionais da liberdade, da mínima intervenção, da subsidiariedade, da fragmentariedade e da lesividade⁷¹ com a finalidade de legitimar a intervenção do Direito penal.

⁶⁸ SANCHÍS, Luis Pietro. *El constitucionalismo de los derechos*. In *Teorías del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, p. 229.

⁶⁹ Trata-se de conclusão que se aproxima à idéia de dignidade penal, mas com ela não se confunde. Revela, na verdade, uma concepção restritiva a qual pretende delimitar mais concretamente o poder de criminalizar. PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 84. Conforme observa Maria da Conceição Ferreira da Cunha “Esta é uma concepção muito viva em Itália, Espanha e Portugal”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op cit.* p. 167.

⁷⁰ ARAÚJO Jr., João Marcello de. O Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n.25, jan./mar. 1999, p. 142-156.

⁷¹ O princípio da intervenção mínima não está legalmente previsto e decorre do próprio Estado Democrático de Direito e seus princípios políticos. Já a fragmentariedade e a subsidiariedade advêm dos princípios da legalidade

Conforme observado, o direito ao desenvolvimento é uma garantia fundamental a densificar a construção de uma sociedade justa, solidária e voltada ao bem-estar de todos em um Estado Democrático de Direito, o que se realiza por meio da ordenação das políticas econômicas e monetárias implementadas pelo Estado, concluindo-se que a economia é um valor constitucional passível de ser tutelado pelo Direito penal.

(Art. 5º, XXXIX, da CF/88) e da intervenção mínima e têm como fundamento o fato segundo o qual somente as condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens jurídicos relevantes carecem dos rigores do direito penal e ainda assim somente por meio de algumas formas de ação. Já a lesividade determina que somente seja considerada criminosa a conduta que efetivamente lese ou exponha a perigo relevante o bem jurídico objeto de proteção penal.

2. NOÇÕES DE DIREITO BANCÁRIO E DIREITO PENAL ECONÔMICO

O desenvolvimento do Direito penal bancário exige o estudo de institutos afetos ao Direito bancário e do Direito penal econômico. Dada a amplitude de ambas as áreas, torna-se necessária a sua delimitação, de forma que o objetivo deste capítulo é apresentar as noções necessárias para o estudo do Direito penal bancário.

2.1 Direito bancário

2.1.1 Noções iniciais e definição

As operações de banco e as atividades de crédito importam conseqüências coletivas e individuais. No âmbito do interesse coletivo, o banco age sempre como sujeito das operações e dos contratos que realiza, procurando obter e aplicar créditos, em seu próprio nome, tendo sempre, nesta intermediação, o intuito de lucro, notadamente os privados⁷² No plano do interesse individual, não é menor a significação das operações bancárias: na sociedade contemporânea nenhum indivíduo ou empresa pode renunciar as operações bancárias e as atividades de crédito para o desenvolvimento de seus objetivos.⁷³

Desta forma, o incremento das operações bancárias foi impulsionada e a atividade de crédito ampliada e facilitada pelo desenvolvimento tecnológico e conforme observam Jacques Ferronnière e Emmanuel de Chillaz

...nous retrouvons dans une période transitoire: les progrès rapides des technologies de l'information, la recherche menée – le relais de toutes les parties à généraliser l'utilisation de nouveaux modes de circulation de la monnaie de banque (cartes de paiement, les transferts et les alertes automatisées d'actualisation) préparer et annoncer cette nouvelle fonctionnalité de la banque⁷⁴

O acesso às novas tecnologias revolucionou as operações bancárias e as atividades de crédito porque proporcionou maior eficiência a um menor custo dos serviços prestados. Além disso, tornou a sua utilização mais ampla, ensejando a multiplicação constante dos

⁷² ABRÃO, Nelson. Op. cit., p. 7.

⁷³ Ibidem.

⁷⁴ FERRONNIÈRE, Jacques; CHILLAZ, Emmanuel. *Les Opérations de Banque*, Paris, 1967, p. 5. Tradução livre: "... nos encontramos de novo em um período de transição: os rápidos progressos da informática, as pesquisas realizadas de todos os lados para generalizar o emprego de novos modos de circulação da moeda escritural (cartas de pagamento, transferências e avisos de desconto automatizados) preparam e anunciam esta nova feição do banco."

instrumentos disponibilizados, em especial aqueles acessíveis pela internet (transferências, aplicações, etc.).

Por outro lado, este incremento tecnológico proporcionou uma nova forma de criminalidade, exigindo a criação de mecanismos de segurança pelos bancos. É neste contexto que se insere a importância do Direito penal: o incremento dos crimes bancários.

A dinâmica da manifestação expressa pela sociedade contemporânea posiciona a relevância do crédito como elemento essencial da vida humana, pois é significativa e representativa a parcela da população que adquire a prazo. Com efeito, o crédito oferecido, principalmente por cartões magnéticos, vem ganhando força, e seu mecanismo nem sempre obedece a um limite razoável de garantia nas operações e ainda que se criem mecanismos para inibir, o abuso do crédito é observado no Brasil e criminalizado por diversos ordenamentos jurídicos. Esta utilização abusiva, aliada à dinâmica do sistema bancário, exige do Estado esforços de monitoramento do setor (abrindo campo operacional à concorrência, flutuando os valores dos depósitos compulsórios, taxas de juros, subministrando os subsídios da política financeira macroeconômica, etc.) para evitar as crises sistêmicas, tal qual a recentemente observada no ano de 2008.

Efetivamente, as operações bancárias e as atividades de crédito definem e modelam as relações econômicas contemporâneas, funcionando como um importante instrumento para alavancar o fomento e permitir um desenvolvimento rápido e gradual do crescimento interno e externo da economia. Com efeito, se caracterizam por relações sociais de interesse jurídico, criando o interesse do Direito na sua disciplina.

Pelo exposto, o Direito bancário possui características do Direito privado em razão da qualidade das partes cujas relações regula, e do Direito público porque disciplina, pela intervenção estatal, as operações de banco e as atividades de crédito. Nota-se, portanto, a influência tanto do Direito empresarial⁷⁵ como do Direito econômico⁷⁶ na sua formulação.

Nesta ordem de idéias, surgem duas características marcantes do Direito bancário: (i) é uma área especializada porque o seu conjunto de normas disciplina um determinado setor econômico (as operações de banco e as atividades de crédito) e (ii) é uma área técnica, pois busca tutelar o interesse coletivo do progresso econômico e social do País, tal qual se extrai do artigo 12, da Lei 4.595/64.

⁷⁵ VIEGA, Vasco Soares da. *Direito bancário*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 21-22.

⁷⁶ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito bancário*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 21-24.

Por força destas características, pode-se afirmar que o Direito bancário é autônomo⁷⁷, tendo em vista que assume peculiaridade nos princípios da especificidade e tecnicidade, o que é reforçado no Brasil pela independência no procedimento de intervenção do Banco Central do Brasil para o monitoramento do setor bancário.

Assentadas as linhas fundamentais do Direito bancário, pode-se afirmar que se trata da área do Direito que disciplina as operações de banco e as atividades de crédito.

2.1.2 Origem, desenvolvimento e relevância

Nelson Abrão informa que certas práticas bancárias já eram conhecidas na antiguidade. Assim é que o empréstimo em dinheiro realizava-se com frequência na Babilônia, Egito e Fenícia, a partir do século VI a.C.⁷⁸ Entretanto, como assinala Giacomo Molle, foi no mundo greco-romano que se tomou conhecida grande parte das operações em uso no banco moderno, como aceitar depósitos de moeda ou de valores; fazer empréstimos a juros, garantidos ou a descoberto; interpor-se nos pagamentos também sobre praças distantes; e assumir obrigações por conta dos clientes etc., embora tais operações não fossem praticadas em série, devido às condições econômicas de um mundo no qual a poupança decorria dos investimentos dos proprietários de terras e modesto era o porte industrial, tendo sido os templos dos deuses o verdadeiro berço das operações bancárias, como o atestam os negócios em Delos, Delfos e Ártemis.⁷⁹

Na Idade média, o desenvolvimento do comércio, graças às feiras das cidades italianas, surgiram os cambiatores, que praticavam a troca manual de moedas. Com o aperfeiçoamento de suas atividades, que evoluíram da simples troca de moedas para a creditícia propriamente dita, tornando-se conhecidos por banqueiros, nome que surgiu no século XII, e que depois se confundiram com os grandes mercadores.⁸⁰ A sedimentação desta experiência, somada à formação de capitais e articulações no período medieval foram as raízes mais propícias à criação de grandes instituições bancárias. A descoberta de novas terras pelas expedições marítimas, e com ela a intensificação do tráfico mercantil, a multiplicação

⁷⁷ Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes. *Op. cit.* p. 26. Em sentido contrário, VIEGAS, Vasco Soares da. *Op. cit.* p. 22.

⁷⁸ ABRÃO, Nelson. *Op. cit.*, p. 14.

⁷⁹ MOLLE, Giacomo. *Op. cit.* p., 4-5.

⁸⁰ *Ibid.*, p. 6.

das feiras, a abundância de metais preciosos e o aumento do apelo dos Estados ao crédito fizeram com que se alterasse a função dos bancos, passando de mera cobrança, pagamento e câmbio para intermediária de crédito, chegando-se assim ao banco contemporâneo cuja função essencial é de tomar a crédito dos depositantes os fundos monetários por esses poupados para distribuí-los a crédito aos seus clientes.

Com o advento da Revolução Industrial, consolidou-se o capitalismo, fazendo com que os bancos atingissem a era de seu pleno desenvolvimento no século XIX, marcado pelo aparecimento de grandes banqueiros e pela extensão de seus serviços ao nível internacional. Por outro lado, instaura-se o regime de livre iniciativa, tanto para a criação como para o funcionamento dos bancos. Neste viés, diante a insolvência de certos bancos e os apelos feitos pelo Estado ao crédito ensejou a intervenção estatal na ordem econômica, incluído o sistema bancário, especialmente pela normatização do setor.⁸¹

Em seguida, vislumbra-se uma renovação completa do sistema, consolidado por meio de técnicas mais influentes no redimensionamento do estabelecimento bancário, notadamente no papel das concentrações, tudo no desenrolar do século XX, e, após, no século XXI, a fundamental influência da aplicação das novas tecnologias as operações dos bancos e as atividades de crédito.

2.1.3 Operações bancárias

Colimando a realização de seu objeto, os bancos desempenham uma série de atividades negociais as quais possuem o nome técnico de operações bancárias. A expressão é, há muito, consagrada no Direito positivo brasileiro: o revogado Código Comercial mencionava “operações chamadas de Banco” (artigo 119), e o Regulamento 737/1850, enumera-as entre os atos de comércio por natureza. Inserem-se, pois, as operações bancárias na atividade empresária como sendo aquela economicamente organizada para a prestação de serviços (artigo 966, do Código Civil).

Dois são, portanto, os aspectos da operação bancária: o econômico e o jurídico. Economicamente, há que se considerar a prestação de serviços do setor creditício que redundam

⁸¹ Cabe observar que no Brasil a intervenção estatal nos bancos só ocorre excepcionalmente quando periclita o princípio da liquidez bancária, tal qual se extrai da Lei 4.595/64.

em proveito tanto para o banco como o cliente. Juridicamente, a operação bancária, para se caracterizar, depende de acordo de vontades entre o cliente e o banco, razão pela qual se que se insere no campo contratual.

Das duas expressões, a econômica – operação – e a jurídica – contrato –, a primeira é mais usual e a que interessa ao estudo, dado não só o seu caráter dinâmico, como também o fato de os contratos bancários serem institutos satisfatoriamente disciplinados e tutelados pelo Direito civil e empresarial. Este conteúdo econômico se revela pelo fato de promoverem a circulação da riqueza, estando nele ínsitos os elementos organização e habitualidade. Visando ao público em geral, a operação bancária é uma atividade em série “com um número indeterminado de pessoas, segundo tipos negociais estandarizados, nas assim chamadas normas bancárias uniformes e nos regulamentos internacionais formados pelas categorias interessadas”⁸².

Cabe ainda destacar que a característica principal das operações bancárias, porque específica, é a da sua interdependência, o que abre margem para o incremento da criminalidade bancária porque elas se coligam em uma relação de recíproca interdependência, pela qual às operações chamadas passivas nas quais o banco assume a veste de devedor, que não se limitam àquelas típicas, com as quais lhe depósitos, correspondem operações chamadas ativas, nas quais assume ao invés a veste de credor, que não se limitam igualmente àquelas típicas, com as quais faz crédito. É nesta coligação de operações passivas e ativas que são possíveis efeitos jurídicos e que não seriam cogitáveis se as operações da empresa fossem avulsas⁸³.

Certos doutrinadores⁸⁴ dividem as operações bancárias simplesmente em ativa e passiva porque levam em consideração os elementos coleta e aplicação de fundos. Contudo, melhor a orientação leva em conta a importância do ato praticado, consoante a doutrina de Giuseppe Ferri para quem

A atividade atual dos bancos resulta de uma dúplici categoria de operações: aquelas essenciais à função que é própria dos bancos (exercício do crédito), e que consistem, de um lado, na coleta dos capitais aos poupadores (operações passivas) e, de outro lado, na distribuição dos capitais (operações ativas); aquelas que consistem na prestação de determinados serviços (chamados serviços bancários) a do público e que, não obstante a notabilíssima relevância assumida na prática, econômica e juridicamente desempenham uma apenas acessória e complementar⁸⁵.

⁸² ABRÃO, Nelson. Op. cit., p. 31.

⁸³ Ibid., p. 29.

⁸⁴ Por exemplo: MARTINS, Fran. Op. cit., p. 523.

⁸⁵ FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. Turim, 1971, p. 680.

No mesmo sentido está Giacomo Molle porque, segundo o doutrinador,

Devemos porém distinguir entre os contratos bancários aqueles que são típicos da empresa - bancária e aqueles que tal não são, não obstante conexos com idade profissional dela (as chamadas operações acessórias). Vem, assim, a campo a distinção feita há tempo pela doutrina entre operações bancárias típicas ou fundamentais e operações bancárias acessórias⁸⁶.

Destarte, as operações bancárias podem ser classificadas em principais e acessórias. Pelas primeiras, os bancos exercitam sua negociação de crédito, de forma ativa (por exemplo, empréstimo, desconto, antecipação, abertura de crédito, crédito documentário, etc.) e passiva (por exemplo, depósito, redesconto, conta corrente, etc.); por meio das segundas, “o banco não concede nem recebe crédito, mas presta serviços”⁸⁷ (por exemplo, custódia de valores, serviço de cofres de segurança, cobrança de títulos, prestação de informações, etc.).

O âmbito da criminalidade bancária, conforme se perceberá, abrangerá ambas as categorias de operações bancárias: as principais (por exemplo, crime de assunção abusiva de crédito) e acessórias (por exemplo, crime de furto-saque de caixa eletrônico).

2.1.4 Atividades de crédito

Na atualidade aumenta a importância do crédito como fator indispensável ao desenvolvimento econômico da sociedade contemporânea, tanto das empresas, especialmente por força da internacionalização de suas relações, como da população, caracterizada pela massificação de suas interações. Em estudo sobre a distribuição de renda no Brasil, Alfredo Behrens aduz que “A amplitude da mudança nos padrões de consumo parece estar estritamente associada ao grau de desenvolvimento das instituições de crédito ao consumidor...”⁸⁸ porque parece evidenciar “... a importância do crédito na ampliação do mercado de bens de consumo duráveis”.⁸⁹ Além disso, afirma que “As compras a crédito parecem ter sido estendidas às categorias de dispêndio mais baixos, que se endividam com a aquisição de bens duráveis para os quais... o preço por unidade tornado acessível pelo

⁸⁶ MOLLE, Giacomo. Op. cit., p. 24-25.

⁸⁷ Ibid., p. 27-28.

⁸⁸ BEHRENS, Alfredo. *Comentários sobre a importância do crédito direto ao consumidor e a estabilidade dos padrões de consumo em exercícios de simulação da redistribuição de renda no Brasil*. in Pesquisas de Planos Econômicos do Instituto de Pesquisas do IPEA. 14(3), Rio de Janeiro, 1.984, p. 888.

⁸⁹ Ibid. p. 889.

crédito.”⁹⁰, razão pela qual conclui que “... o recurso ao crédito é de fato uma alternativa aberta para um segmento significativo das famílias de áreas urbanas.”⁹¹

O valor social do crédito é observado porque a sua demanda crescente tornou seu acesso democrático, observando-se que grande parte das empresas e da população faz uso diário de inúmeras operações bancárias relacionadas à atividade de crédito em busca da consecução de seu objetivo social ou ao desenvolvimento de sua personalidade. De outro lado, igualmente, no aspecto social insere-se um outro tema: o custo do crédito, objeto de condutas políticas do Governo e, ainda, preocupação do Sistema Financeiro Nacional. Já em relação ao valor econômico, como preleciona Arnoldo Wald, “o crédito é a possibilidade de o beneficiário usar e gozar de uma riqueza”. Enseja o crédito, assim, de forma ampla, a circulação de bens e valores, reunindo no seu conceito dois fatores característicos: a socialidade e a economicidade.

A construção da sociedade contemporânea e até mesmo a sua transformação passa necessariamente pela concepção de um sistema econômico-financeiro efetivamente saudável, ético e eficiente, sobretudo o sistema bancário, exigindo esta postura por parte de todos os agentes econômico, incluídos não apenas as instituições financeiras e as empresas, mas, sobretudo, os tomadores de crédito.

2.2 Direito penal econômico

2.2.1 Noções iniciais e definição

O Direito penal econômico é uma área jurídica interdisciplinar de origem remota, desenvolvimento moderno e relevância contemporânea cuja importância do estudo se justifica não apenas por sua atualidade, mas em especial pela relevância da economia para a sociedade contemporânea.

Surgem inúmeras dificuldades na definição e na delimitação do Direito penal econômico, com destaque para o problema da sua autonomia ou dependência científica dentro das ciências penais. Além disso, dois grandes temas se revelam como fundamentais ao estudo

⁹⁰ Ibid. p. 891.

⁹¹ Ibid. p. 893.

do Direito penal econômico: o bem jurídico-penal e a responsabilidade penal, o primeiro no que se refere aos bens supra-individuais, e o segundo no que tange à responsabilização penal das pessoas jurídicas. Ganham destaque dentro do Direito penal bancário, pois será o cerne de sua formulação quando do estudo da tutela penal do banco, em especial a possibilidade de responsabilizá-lo penalmente pelos crimes bancários, e da tutela penal do crédito, uma vez que a sua legitimidade dependerá de sua fundamentalidade para a sociedade.

Não obstante, pode-se entender o Direito penal econômico como sendo a subárea do Direito penal que se propõe a dispor sobre as normas jurídicas para disciplinar as relações entre os agentes econômicos e o Estado, objetivando limitar a intervenção estatal na economia pela tutela penal⁹² e preservar as liberdades individuais decorrentes das relações econômicas.

2.2.2 Origem, desenvolvimento e relevância

Numerosos ordenamentos jurídicos, ao longo da história, tipificaram crimes econômicos. No Direito romano, para assegurar o abastecimento de cereais, a conduta de especulação de preços foi criminalizada, e o imperador Diocleciano fixou, sob pena de morte, os preços máximos para produtos e salários. Além disso, a saída de produtos como ferro e armas, dada a sua importância para a época do Império romano, era punida com pena de morte e confisco, e o crime de adulteração de produtos alimentícios pode ser encontrado desde a Idade média até as legislações penais da atualidade.⁹³ Portanto, não há dúvidas de que o Direito penal econômico possui origem remota.

O desenvolvimento do Direito penal econômico, por outro lado, é mais recente. Desde 1872, no Congresso Internacional sobre a prevenção e repressão do crime, celebrado em Londres, E. C. Hill⁹⁴ reconhecia a grande importância do crime no campo dos negócios pela cooperação dos agentes imobiliários, agentes de vendas, fabricantes...e outras pessoas "honestas". Em 1935, Morris⁹⁵ retomou o problema ao se referir sobre os crimes da alta sociedade. O começo da investigação científica sobre estes crimes teve lugar durante o período de 1940 a 1950, nos Estados Unidos, em torno das pessoas do colarinho branco

⁹² ZAPATERO, Luis Arroyo. *Derecho penal económico y Constitución*, in Revista Penal, nº 1, julio 1997, Editorial Praxis, Barcelona, 1997, p. 1-2.

⁹³ *Ibid.*, p. 4.

⁹⁴ HILL, E. C., citado por NORMANDEU, André. *Les "déviationes en affaire" et les "crimes em col blanc"*. In. *Déviance et criminalité*. Paris: Armand Colin, 1970, p. 332.

⁹⁵ MORRIS, Albert. *Criminology*. New York: Longmans, 1935, p. 153-158.

(“white collar”). A aparição deste novo estrato intermediário é uma característica geral da sociedade contemporânea em quase todos os países porque está vinculada ao desenvolvimento do capitalismo. Dentro destas estão, em primeiro lugar, os grupos dos profissionais liberais, e também os empresários, comerciantes ou industriais de tipo médio, e os elementos diretivos de uma burocracia, todavia, não muito desenvolvida. Por isto, dentro da geral denominação de classe média, cabia distinguir uma classe média intelectual, industrial ou burocrática. Todos estes grupos participavam de um comum sentimento individualista que era, ao mesmo tempo, seu orgulho e sua garantia da liberdade. Seus sonhos estavam unidos, preferencialmente, ao êxito econômico, sem ter demasiado em conta os meios que se utilizam para alcançá-los, pois é o êxito econômico, e, portanto, a riqueza acumulada, o símbolo maior de uma elevada posição social. Neste contexto, E. H. Sutherland⁹⁶, diante da Sociedade Americana de Sociologia, em 1939, empregou, então, a expressão “white collar crime” para designar a atividade ilegal de pessoas de nível sócio-econômico superior, em relação às práticas normais de seus negócios. No que se refere ao conceito de crime econômico, o emprego do termo “white collar crime” se justifica desde o ponto de vista da investigação científica, mas não desde a perspectiva social, na qual se mostra ambíguo, incerto e suscetível de controvérsia, e como não tem sido definido de forma oficial ou legal, certos autores não o aceitam além de sua relação com violações do Código Penal.

Na Europa o desenvolvimento do Direito penal econômico ganhou destaque durante a Primeira Guerra Mundial, momento no qual foi desenvolvido um extenso acervo normativo de natureza econômico-administrativa para o controle da satisfação de necessidades econômicas da época. Ao término da Guerra, desenvolveu-se um amplo intervencionismo estatal na economia da Alemanha, transformando-se na base para um novo Direito econômico (industrial ou econômico moderno⁹⁷). Depois dos excessos estatais de aplicação do poder administrativo durante a Segunda Guerra Mundial, em 1949, houve o primeiro esforço normativo para a simplificação do Direito penal econômico pela Lei Penal Econômica⁹⁸, a qual previa tipos penais desde a violação do dever de entregar os livros fiscais, passando pelo aumento artificial de preços até as infrações tributárias, introduzindo, também, um Direito processual específico, bem como sanções próprias (proibição de exercer profissão, encerramento da empresa, confisco e publicidade da condenação). A partir de 1972, uma

⁹⁶ SUTHERLAND, Edwin. H. White collar criminality. American Sociological Review, New York: N. Y. Dryden Press, 4, 1940, p. 1-12.

⁹⁷ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 5 e 92. No mesmo sentido, FONSECA, Hugo Duarte. *Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 153-154.

⁹⁸ Ibid.

comissão formada por especialistas em combate aos crimes econômicos foi criada com o objetivo de reformar o Direito penal econômico na Alemanha. Como fruto das atividades desta comissão, surgiu a Primeira Lei de combate aos crimes econômicos, de 1976, e concomitantemente foram realizadas diversas alterações na ordem jurídica alemã. Dez anos depois, surge a Segunda Lei, introduzindo novos tipos penais no âmbito do Direito penal econômico. Percebe-se, portanto, que toda e qualquer análise elaborada para a origem do Direito econômico leva a conclusão da crescente intervenção do Estado no domínio econômico, diante das diversas transformações presenciadas pela sociedade especialmente no século XX. O intervencionismo estatal, então, passou a ser uma realidade na sociedade contemporânea e o Direito não poderia ficar alheio a esta transformação.

No âmbito internacional a preocupação com os crimes econômicos também é notada, dado

... que pretenda actuar por encima de las barreras nacionales exige sofisticadas estructuras, encargadas tanto de la ejecución de complejas operaciones delictivas como de su rentabilización, recurriendo para ello a la denominada ingeniería financiera. La delincuencia económica transnacional es, así, delincuencia organizada, tanto en sus manifestaciones empresariales convencionales como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad...⁹⁹

Diante a esta manifestação da internacionalização do crime, notadamente dos crimes econômicos, o desenvolvimento de uma resposta adequada e eficaz tornou-se necessária.¹⁰⁰ Na União Européia, desde a versão original do Tratado para a sua fundação (1957), embora não fosse um documento na área do Direito penal, já se reconhecia o interesse supranacional na tutela da ordem econômica pela limitação da concorrência.¹⁰¹ De igual forma, encontra-se disposição semelhante no âmbito do Mercosul porque

... uno de los objetivos es asegurar condiciones adecuadas de competencia, idea que se reitera en otra disposición al prescribirse que los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio y coordinar[án] sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.¹⁰²

A partir da efetivação de tais atividades estatais, iniciara-se o surgimento de normas penais, em âmbito interno, comunitário e internacional, objetivando a criação de um sistema

⁹⁹ BASOCO, Juan Terradillos, *Derecho Penal de la Empresa*. Madrid: Trotta, p. 3. No mesmo sentido, BALCARCE, Fabián. *Derecho penal económico. Parte general*, Tº I, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 94.

¹⁰⁰ Ibid. p. 6.

¹⁰¹ HIRSCH, Hans Joachim. *Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea*, en AA. VV., Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Ediciones del puerto. Ad – Hoc: Buenos Aires, 2005, p. 657.

¹⁰² SPOLANSKY, Norberto Eduardo. *Integración regional y delitos económicos*, en A.A. V.V., *Teorías actuales en el derecho penal*. Ad – Hoc: Buenos Aires, 1998, p. 462.

protetor deste intervencionismo estatal na economia. E, um ponto principal – paralelo a essa atividade econômica estatal – foi à estruturação de grandes empresas, detentoras de um forte poder econômico, o que provocou o Estado a formular um sistema jurídico eficaz de proteção aos interesses da sociedade contemporânea, dando origem ao fenômeno da norma legal como instrumento de regulação e proteção da economia nacional e popular.

O final do século XX e o início do XXI apresenta-se à sociedade uma nova forma de poder hegemônico: a globalização econômica. Neste momento da história o campo da realidade estatal e econômico do mundo contemporâneo permite inferir a conclusão de uma nova espécie de criminalidade a qual sem fazer uso da violência corporal tradicional, nem por isso se mostra menos nociva ao desenvolvimento das relações sociais: a criminalidade econômica, sensível ao desenvolvimento das relações humanas (ética, moral e Direito), comerciais, econômicas e financeiras, durante o século XXI. Por tal razão, Jesús-María Silva Sánchez ensina que

La globalización – como salto cualitativo de la internacionalización – es, como antes se indicaba, una de las características definitorias de los modelos sociales postindustriales. En esa medida, se trata, obviamente, de un fenómeno, en principio, económico, que se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados. Cuestión distinta es que, a partir de esta consideración de la economía, otro importante fenómeno, cual es el de la globalización de las comunicaciones, como consecuencia de las innovaciones técnicas. Pero, en última instancia, la globalización de las comunicaciones no es sino un correlato de la globalización de la economía, que hace preciso abaratar los costes de transacción (y requiere, por tanto, esa mayor rapidez de comunicaciones). Por su parte, también la *integración* es básicamente una noción económica. La integración aparece inicialmente guiada por la idea de conseguir un mercado común de varios países, con libre tráfico de personas, capitales, servicios y mercancías y la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas y otros obstáculos al libre cambio. La integración regional no es, pues, sino un aspecto de la general globalización, que da cuenta de una especial intensidad de las relaciones.¹⁰³

No cotidiano, a importância do Direito penal econômico é cada vez maior, levando Klaus Tiedemann afirmar que os crimes econômicos se incrementaram nos últimos anos e, conseqüentemente, foi desenvolvida uma persecução penal mais intensa e foram aplicadas sanções mais rigorosas.¹⁰⁴

Nesta ordem de idéia, com o surgimento da globalização econômica e da integração regional, o Direito vem sofrendo inúmeros influxos e, contemporaneamente, o destaque dentro das ciências penais reside justamente na compreensão do Direito penal econômico.

¹⁰³ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1.999, p. 68-69.

¹⁰⁴ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 1.

2.2.3 Posição dentro das ciências penais

O cenário é de incerteza já que não se chega a uma conclusão acerca da convivência do sistema penal dualístico, com os seus modelos de convivência – expansão máxima¹⁰⁵ e moderada¹⁰⁶ da intervenção penal e a doutrina de preservação do núcleo do Direito penal¹⁰⁷ – podendo ou devendo, ou não manter um diálogo permanente. Por outro lado, também não há qualquer conclusão pela permanência do sistema penal monístico, o que revela a dificuldade de definição, delimitação e identificação da posição do Direito penal econômico dentro das ciências penais.¹⁰⁸

Na máxima abrangência que Juan Terradillos Basoco¹⁰⁹ dá ao Direito penal econômico permite-se uma interpretação de tal elasticidade de seus contornos que se poderia perfeitamente dividir a teoria do Direito penal em dois grandes rumos absolutamente distintos – nem tão antagônicos, nem tão complementares –: uma teoria para o Direito penal comum (nuclear, tradicional ou clássico) e outra para o Direito penal econômico (moderno). Estaria justificada, com efeito, a formação de conceitos penais independentes a atuar em conformidade com o Direito econômico a fim de superar os problemas e desenvolver o método próprio do Direito penal econômico.¹¹⁰

Por tal razão Jesús-María Silva Sanches relaciona os fenômenos da globalização econômica e da integração regional como algo a produzir uma nova esfera para a conformação de modalidades novas de crimes clássicos, bem como o aparecimento de novas condutas criminosas.

Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto – criminalidad arancelaria –, fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de las instituciones de la integración. Por lo demás, generan la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidade internacional y criminalidad de

¹⁰⁵ MARINUCCI, Giorgio. DOLCINI, Emilio. Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLII, fasc. 3, p. 802-820, jul/set, 1999.

¹⁰⁶ SANCHES, Jesús-María Silva. Op. cit., p. 70.

¹⁰⁷ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime. In *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999; HASSEMER, Winfried. Perspectivas del Derecho Penal futuro. *Revista Penal*, vol. 1, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, Praxis, p. 37-41, jan., 1998.; HERZOG, Félix. Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo. *Revista Penal*, nº 4, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, Praxis, p. 54-57, 1999.

¹⁰⁸ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 3.

¹⁰⁹ BASOCO, Juan Terradillos. Op. cit., p. 6.

¹¹⁰ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 1; ZAPATERO, Luis Arroyo. Op. cit., p. 1.

los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización.¹¹¹

O que se revela é, por um lado, tutelar de forma eficaz e efetiva a economia e, por outro, desenvolver um sistema penal apto a alcançar os sujeitos desta nova espécie de criminalidade. A importância desta tutela e desenvolvimento ganha destaque para o Direito penal bancário porque o crédito é um dos elementos mais importantes da economia e o banco um impulsionador do desenvolvimento econômico e social da sociedade contemporânea.

A premissa fundamental deste sistema dualista a justificar a distinção entre o Direito penal e o penal econômico é a crise do Direito caracterizada pela sua ineficiência.¹¹² Contudo, a ineficiência não é do Direito penal como ciência, e sim da norma jurídica como instrumento de regulação das relações sociais.¹¹³ Portanto, a falta de efetividade é das normas jurídicas as quais não são aplicadas com autoridade pelo Poder Público – que, quase sempre, transfere a incompetência do Governo e a ineficiência do Estado à população –, ou observadas com seriedade pela sociedade¹¹⁴, especialmente quando voltadas para a criminalidade econômica¹¹⁵ que é, por excelência, a criminalidade dos poderosos (crimes cometidos por

¹¹¹ Ibid. p. 69-70.

¹¹² Carlo Enrico Paliero identifica três classes de crises no Direito penal sob o ponto de vista da dogmática: crise de transparência, ineficiência e complexidade. PALIERO, Carlo Enrico. *Tecnica di tutela e riforma del codice penale*, in *Valore e principi della codificazione penale: Le esperienze italiana, spagnola, e francese a confronto*, Cedam, Padova, 1995, p. 156-161. No tocante ao Direito penal econômico,

¹¹³ A síntese realizada por Raúl Eugenio Zaffaroni é da superação do direito positivo dos séculos XIX e XX, quando leciona que "en el orden planetario puede afirmarse el claro efecto de la *anomia generalizada*, como dato objetivo. La realidad nunca coincide con la norma, porque el deber ser es un ser que no es o que, al menos, aún no es. Pero cuando la realidad se *dispara* respecto de la norma, deviene *disparate*, prescribe un ser que nunca será y la norma queda cancelada por inútil y le aguarda el destino de los desperdicios (*anomia*). La perspectiva de este proceso anómico de poder, proyectada sin contención hacia el futuro, se traduce: a) en el creciente dominio del delito económico que tiene a adueñarse de la economía mundial, ante la impotencia de los estados nacionales y de los organismos internacionales (cada día más las actividades económicas a nivel planetario irán asumiendo mayor similitud con las prácticas criminales mafiosas); b) en el marcado deterioro del medio ambiente, que anuncia la producción de graves alteraciones en la biósfera". ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal* In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.) *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 23.

¹¹⁴ Em sentido semelhante, AMARAL, Thiago Bottino do. Loc. Cit. Corroborando a assertiva, Antonio Garcia-Pablos de Molina, ao discorrer sobre o prevenicionismo político-criminal, afirma que incrementar ou aumentar a repressão não resolve o problema criminal, e observa que "Mucho más eficaz que castigar, o que agravar las penas, será suprimir – o reducir – el *refuerzo positivo* que el delincuente recibe com la conducta criminal (vg., medidas situacionales que hagan difícil la comisión del hecho) y, al mismo tiempo, crear mediante una adecuada política social, de empleo, etc., opciones alternativas gratificadoras (vg., trabajo, servicios sociales para todos los ciudadanos), capaces de neutralizar los *refuerzos negativos* que condicionan el comportamiento criminal". MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Tratado de criminología*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003, p. 557.

¹¹⁵ "Sin embargo, la totalidad de estas normas y reformas solamente tiene importancia verdadera en la medida que el Derecho penal económico se imponga realmente en la práctica a través de una persecución penal especializada; es decir, en la medida que las normas no solamente existan en el papel." TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 4. Além disso, conforme observa o autor, "Así, pese a una persecución intensa de los delitos contra la libre competencia en Alemania durante tres decenios, se sigue produciendo la reincidencia de las empresas constructoras en materia de fijación de precios, a la vez que las asociaciones de empresas enfatizan, una y otra vez, en comunicados públicos que tales ilícitos solamente constituirían contravenciones administrativas

peessoas que detém não apenas o poder econômico, mas também o poder político e controle do processo legislativo)¹¹⁶, razão pela qual Bernd Schünemann afirmar que

... no se puede negar que el comportamiento típico de las clases sociales bajas, desde el nacimiento del Derecho penal moderno hasta hoy, ha constituido el objeto privilegiado tanto en la configuración de los tipos penales de Derecho penal como también en la justicia práctica penal...¹¹⁷

Da mesma forma, Wilfried Bottke informa que

O Direito criminal econômico que caracteriza como criminais este tipo de comportamentos sustenta sua legitimidade na lesividade ou colocação em perigo de bens jurídicos, que motiva sua criminalização com independência de seu aspecto econômico e de outras considerações gerais desnecessárias. O Direito penal econômico em sentido amplo participa sob todos os aspectos da legitimidade de um direito penal que abarca também comportamentos que não afetam a economia. Sua legitimidade depende do cumprimento dos critérios gerais que sustentam desde qualquer ponto de vista a pretensão de validade do Direito penal e não necessita de nenhuma justificação especial.¹¹⁸

Nesta ordem de idéias, de nada adianta a proliferação das figuras penais econômicas, produto de teorias modernas da Sociologia ou do Direito e o grande desenvolvimento das novas tecnologias¹¹⁹, se não existe a criação de estruturas e procedimentos destinados à elaboração e acreditação da adequação da hipótese fática à norma jurídica¹²⁰. O sistema penal monístico é suficiente, bastando, para tanto, a sua efetiva aplicação e, eventualmente, interpretação e aplicação em conformidade com o perfil da sociedade contemporânea e em

(*Ordnungswidrigkeiten*) y que las sanciones impuestas en su contra solamente serían multas no criminales.” Ibid. p. 93. No mesmo sentido, VILLAREJO, Carlo Juménez, “Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica”, in *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, ed. CGPJ, núm. 61, Madrid, 2005, p. 152 e ss.

¹¹⁶ Neste sentido, CRESPO, Eduardo Demétrio. *Del “derecho penal liberal al “derecho penal Del enemigo”*. Rev. de Derecho Penal y Criminología, n. 14, 2004, p. 114. Em sentido contrário, Eduardo Correia afirma que “Haveria, com efeito, condutas desviantes das regras da ordem económica levadas a cabo por <<homens de colarinho branco>> que não constituiriam crimes. Por outro lado, também, muitas acções violadoras da ordem económica seriam praticados por homens de <<colarinho azul>>, ou seja, de inferior extracção social>>.” CORREIA, Eduardo. Op. cit., p. 369.

¹¹⁷ SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta*. In *Temas actuales y permanentes Del Derecho penal después del milênio*. Madri: Tecnos, 2002, p. 50-51.

¹¹⁸ BOTTKE, Wilfried. *Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas*, p. 638.

¹¹⁹ Utilizada em grande parte para prospecção de mercado e ampliação de formas específicas de concorrência, contribuindo para um mercado mundial de bens e serviços ilegais. CORDERO, Isidoro Blanco. *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio*, in *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999, p. 20; RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. *Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas*, in *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999, p. 60-61.

¹²⁰ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 30 e ss.

adequação às exigências da criminalidade econômica – sempre a partir da Constituição,¹²¹ pois, conforme observa Carlos Martines-Buján Pérez, “... el intitulado <<Derecho penal económico (o socioeconómico)>> se halla regido por los mismos principios jurídico-penales que el Derecho penal común u ordinário y encauzado a través de idénticas instituciones dogmáticas”¹²², sob pena da criação de um Direito penal simbólico e incrementação da técnica de hermenêutica em espiral¹²³, o que ofenderia postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Além disso, se o problema fosse normativo, não haveria falar-se nos espaços geográficos de impunidade¹²⁴ tão comuns na atualidade: bastaria a transferência da empresa para algum Estado tolerante ou até incentivador com práticas econômicas tidas como ilícitas por outros Estados (paraíso fiscal, por exemplo). Pode-se concluir, tal qual Jorge de Figueiredo Dias, que

O novo século e o novo milênio devem, em conclusão, assistir à persistência da função do direito penal de exclusiva tutela subsidiária de bens jurídico-penais tanto individuais e pessoais, como sociais e trans-pessoais; porque essa função é exigida pela persistência do ideário personalista, pelo patrimônio irrenunciável dos direitos humanos, numa palavra, pelo quadro axiológico de valores que nos acompanha desde o século XVIII e deve ser aperfeiçoado no futuro – mesmo num futuro onde tenha mudado radicalmente a relação entre o Homem e a Natureza. O direito penal deve continuar a resguardar-se de tentativas de instrumentalização como forma de governo, de propulsão e promoção de finalidades da política estadual, ou de tutela de ordenamentos morais – porque aí mesmo abica o movimento de secularização que se apresenta como um dos fatores mais importantes de superação da razão instrumental. A dogmática deve evoluir, fornecendo ao aplicador critérios e instrumentos que não podem ser decerto os dos séculos passados como formas adequadas de resolver os problemas do século XXI; mas sem por isso ceder à tentação de ‘dogmáticas alternativas’ que podem, a todo o momento, volver-se em ‘alternativas à dogmática’ incompatíveis com a regra do Estado de Direito e, como tal, democraticamente ilegítimas. Tanto bastará, assim o cremos, para nos dar o direito de esperar que os novos e grandes perigos da sociedade pós-industrial possam ser contidos dentro de limites ainda comunitariamente suportáveis, num quadro axiológico regido pelos valores da vida, da dignidade humana e da solidariedade; e comunitariamente suportáveis tanto por nós próprios, como pelas gerações futuras que temos todos o dever indeclinável de dentro das nossas forças e da nossa previsão, proteger.

¹²¹ Neste sentido, ZAPATERO, Luis Arroyo. Op. cit., p. 1.

¹²² PÉREZ, Carlos Martinez-Buján. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 71.

¹²³ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, 2ª ed. Trad. Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2005, p. 100.

¹²⁴ SANTOS, Marino Barbero. *Presentación*, in *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999, p. 7. Para o autor, “los sistemas de justicia penal de estos países no suelen constituir ningún obstáculo para la actuación de dichos grupos criminales, muy perfeccionados, y se reconoce ampliamente que las estrategias para hacerlos frente tienen que basarse en la cooperación internacional, así como en técnicas eficaces de organización y gestión y, al igual que la delincuencia organizada, han de aprovechar los adelantos tecnológicos”. No mesmo sentido, CORDERO, Isidoro Blanco. Op. cit., p. 22.

Portanto, o Direito penal econômico não figura como uma nova área dentro das ciências criminais, e sim com uma subárea do Direito penal, sendo, portanto, desnecessária a formulação teórica de um Direito penal moderno¹²⁵.

2.2.4 Princípios

Sobre a principiologia do Direito penal econômico, há que se fazer referência à 6ª Recomendação do XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal sobre “O conceito e os princípios fundamentais do Direito Penal Econômico e da Empresa”, realizada na cidade do Cairo, em 1984, que dispõe o seguinte: não obstante as peculiaridades do Direito penal econômico deveriam aplicar-se os princípios gerais do Direito penal, especialmente aqueles que protegem os direitos humanos. Com efeito, a natureza comum do ilícito econômico determina a ajustá-la aos princípios básicos do Direito penal, tais como: o princípio da legalidade, da segurança jurídica, da proporcionalidade, da antijuridicidade e da culpabilidade. Neste sentido, a 11ª Recomendação do citado XIII Congresso proclamou que:

O princípio penal fundamental da culpabilidade deve ser respeitado no Direito Penal Econômico e da Empresa. Quando existam tipos delitivos que não pressuponham uma imputação subjetiva (dolo ou culpa) ou não exijam a prova da mesma ('strict liability offences'), deverá admitir-se como eximente a circunstância de não haver podido atuar de outro modo. Os trabalhos de reforma devem orientar-se em direção da mais pronta abolição de tais delitos de responsabilidade objetiva.

Ademais, a vinculação do Direito penal econômico aos princípios gerais do Direito penal é compatível com uma série de postulados básicos que configuram o ilícito econômico: (i) o princípio da intervenção penal econômica mínima; (ii) o princípio de fixação da norma penal econômica no Código Penal; (iii) o princípio da configuração do tipo penal em virtude do bem jurídico protegido; (iv) o princípio da inclusão de elementos normativos e cláusulas gerais na norma penal econômica; e (v) o princípio da simplificação da prova. Além disso, dois outros princípios ganham notada importância: (vi) princípio do *non bis in idem*; e (vii) princípio da dependência entre as instâncias administrativa e penal.

O princípio da intervenção penal econômica mínima determina que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado

¹²⁵ Ibidem, p. 89.

bem jurídico-econômico quando as demais áreas do Direito se revelarem ineficazes ou incapazes de conferir a sua devida, contrapondo-se à necessidade jurídica e social de reformular o Direito penal substantivo em matéria econômica, o que não significa afirmar que a tutela penal não deva se desenvolver e evoluir conforme as exigências da sociedade contemporânea, razão pela qual o movimento legislativo freqüentemente implica a proteção de novos bens jurídicos. Conforme assinala Klaus Tiedemann, a Primeira Lei de combate aos crimes econômicos, além de modificações ao Código Civil e ao Direito comercial e à falência, introduziu normas penais especiais contra a obtenção fraudulenta de subvenções e créditos, e criou adicionalmente uma legislação administrativa contra a obtenção abusiva de subvenções¹²⁶, por uma razão simples: levou-se em conta o fato de que praticamente todos os países desenvolvidos utilizam atualmente medidas financeiras, de diversos nomes e definições, para o desenvolvimento de objetivos econômicos, culturais e sociais, orientadas todas elas a corrigir as desigualdades naturais ou fáticas da vida econômica e social. Por conseguinte, a subvenção representa um notável fator criminógeno, já que tanto na Comunidade Econômica Européia, como nos países sul-americanos e entre os exportadores de cereais da América do Norte, tem desempenhado um importante papel os especulares casos de obtenção fraudulenta de subvenções, sobretudo para exportações fictícias a outros países.¹²⁷

Já segundo o princípio de fixação da norma penal econômica no Código Penal, Klaus Tiedemann afirma que o Direito penal econômico deve regular-se, na medida do possível, dentro do Código Penal, cabendo à legislação extravagante os ilícitos a respeito dos quais a técnica legislativa pressupõe uma conexão particularmente estreita e inseparável com a normativa do Direito econômico, exigindo por parte do Poder Legislativo e do intérprete o conhecimento teórico das normas penais econômicas, em razão de seu caráter técnico e específico, e dos dados que ministrem sua aplicação para incrementar a efetividade daqueles preceitos penais.

Por sua vez, o princípio da configuração do tipo penal em virtude do bem jurídico protegido supõe a utilização de tipos de perigo abstrato como instrumentos jurídico-penais de luta contra os crimes econômicos, não havendo falar-se em ofensa ao princípio da lesividade, intervenção mínima ou proporcionalidade porque, conforme lição de Klaus Tiedemann, a proibição de executar determinadas ações repousa no fato de que o Direito penal, uma vez

¹²⁶ TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito (Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa)*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 28 e 29.

¹²⁷ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 29.

iniciado o seu curso causal, não pode evitar que se produza o resultado danoso.¹²⁸ Neste sentido, deve-se frisar que o XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal declarou, na sua 9ª Recomendação, o seguinte:

O emprego de tipos delitivos de perigo abstrato é um meio válido para a luta contra a delinquência econômica e da empresa, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha especificada com precisão e conquanto que a proibição se refira diretamente a bens jurídicos claramente determinados. A criação de delitos de perigo abstrato não está justificada quando obedeça exclusivamente ao propósito de facilitar a prova dos delitos.

Sobre o princípio da inclusão de elementos normativos e cláusulas gerais na norma penal econômica, reflexo da constitucionalização do Direito penal, está justificado porque a teor dos complexos fenômenos e regulamentos da vida econômica contemporânea, é impossível prescindir de tais técnicas ao se descrever os tipos penais econômicos. Com efeito, junto com as exatas descrições dos tipos, é necessário admitir, cuidadosamente, os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais, unicamente para fundamentar uma declaração de responsabilidade criminal, caso se trate de valores reconhecidos e seguros¹²⁹. A inclusão de elementos normativos e cláusulas gerais na norma penal econômica é uma consequência direta, de um lado, do princípio da unidade do ordenamento jurídico e, de outro, da extrema complexidade do tráfico jurídico-mercantil na vida econômica contemporânea.

Por fim, pelo princípio da simplificação da prova exige-se que os novos tipos do Direito penal econômico configurem a prova de maneira singela, para efeitos de sua eficácia, sem afastar, contudo, garantias jurídico-penais do Estado Democrático de Direito, tais como o direito à presunção de inocência, a não inversão do ônus da prova ao acusado e o princípio da culpabilidade, notadamente em razão de os crimes de perigo abstrato oferecem possibilidades para facilitar as tarefas probatórias. Uma outra técnica legislativa dirigida à simplificação da prova consiste em excluir os elementos subjetivos do tipo penal econômico.¹³⁰

2.2.4.1 Princípio do *non bis in idem* e da dependência das instâncias administrativa e penal

2.2.4.1.1 Noções iniciais

¹²⁸ Ibid. p. 30.

¹²⁹ Ibid. p. 34.

¹³⁰ Ibid. 35-36.

O ponto de partida reside no estudo das conexões funcionais entre o Direito penal e o Direito administrativo. É fácil constatar, em primeiro lugar, uma clara conexão funcional entre estes dois setores do ordenamento jurídico público porque o Código Penal se serve (em incontáveis tipos penais) de conceitos cunhados pelo Direito administrativo. Tutela, por outro lado, interesses que pertencem à Administração Pública ou se correlacionam com o exercício da função pública. Portanto, o Código Penal assume (sem questionar) tais conceitos, ora os redefine, atribuindo-lhes o sentido mais adequado às suas necessidades particulares tal qual o conceito de funcionário público (artigo 327, do Código Penal) é distinto do conceito adotado no Direito administrativo.

A relação entre ambos os setores do ordenamento jurídico público é profunda e se separa na proteção específica que o Código Penal dispensa aos valores e interesses relacionados com a Administração e a função pública, uma vez que existe um interesse fundamental na sociedade democrática do Estado de Direito pelo correto funcionamento das Administrações Públicas, a probidade dos seus servidores assim como a normal atuação deles, livre de toda espécie de pressões e influências que os afastem do cumprimento da lei e da função que desempenham. Por tais fundamentos, o Código Penal, a propósito, contempla no Título XI (da Parte Especial) os Crimes contra a Administração Pública.

Do ponto de vista da teoria geral do Direito, a sanção não é de domínio exclusivo do Direito penal. No âmbito das regras que regem o Direito civil, administrativo, econômico, dentre outros, não raramente se depara com noções de sanção. Portanto, a identificação da distinção entre sanções de natureza penal das de natureza não-penal, além de necessária, impõe um grande desafio: a possibilidade ou não de acumulação de sanções penais e não-penais. Como observa José Cerezo Mir, a distinção entre ilícito penal e ilícito administrativo se apresenta pela primeira vez no Estado liberal¹³¹. Apesar disso, o campo de atuação em cada uma das áreas do Direito não é de distinção tão fácil, notadamente nas últimas décadas, já que tem ocorrido uma sensível ampliação do poder da Administração Pública por parte do Poder Legislativo. O que se percebe é que ao invés de dotar o Direito Penal de normas jurídicas de natureza administrativa, faz-se o caminho inverso: agregam-se ao Direito administrativo normas jurídicas de natureza sancionatória. Esta ampliação do poder administrativo exige a preocupação, cada vez maior, com o estabelecimento de critérios distintivos e balizas limitativas entre o ilícito penal e o ilícito administrativo.

¹³¹ MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. Lima: ARA Editores, 2007, p. 69.

Embora seja possível encontrar na doutrina¹³² a tentativa de estabelecer critérios de diferenciação entre os ilícitos penal e administrativo, foi Goldschmidt quem propôs, pioneiramente, um critério substancial de distinção. Segundo o doutrinador os ilícitos penais seriam “naturais”, previamente dados ou “metapositivos”, enquanto os ilícitos administrativos seriam criados pelo Estado, portanto, “artificiais”¹³³ ou “positivos”. Seguindo a mesma linha, Schmidt defende que a característica do ilícito administrativo encontra-se na sua indiferença ética e, por conseguinte, na ausência de eticidade na sanção prevista, posto que o ilícito administrativo seria ético-socialmente ou culturalmente irrelevante. Expressa textualmente que

La autoridad administrativa cuya eficacia funcional esta perturbada por la desobediencia, en la forma de una infracción administrativa castigaria al ciudadano desobediente . El castigo en caso de delito administrativo y por contraposición al criminal no tiene ningún contenido etico, solamente destacaria el deber de obediencia e iria contra una omisión. Seria una medida de utilidad y quedaria al margen de toda relación ética.¹³⁴

A proposta de Schmidt se deu em razão da discussão surgida na Alemanha por ocasião da Lei Penal Fiscal de 1949 a qual buscava separar os a punição dos ilícitos penais dos ilícitos administrativos. Esta lei fundava na idéia de que a diferença entre o ilícito penal e o administrativo reside na natureza do bem jurídico violado: enquanto que o Direito Penal busca tutelar os bens jurídicos mais interessantes à sociedade, o Direito Administrativo objetivava proteger interesses da Administração Pública com a colaboração do cidadão: os bens administrativos¹³⁵. Logo, o ilícito penal, como afirma Hinrichsen, seguindo a sistemática de Schmidt, caracteriza-se pela lesão a bens jurídicos que marcam os interesses sociais da vida. O ilícito administrativo se limita a infração da ordem cujo significado e alcance não passa de meros interesses administrativos. Neste caso, o sujeito não desempenha uma atividade colaboradora que supõe e exige o normal funcionamento da administração¹³⁶.

A conclusão a que chega este setor doutrinário, embora caminhasse para uma especial aceitação na Alemanha daquele período, foi duramente combatida porque, conforme observa Miguel Bajo Fernández, por um lado não se pode negar que os preceitos administrativos sejam preceitos jurídicos e tenham um conteúdo de justiça. De outro lado, a distinção entre bens jurídicos e bens administrativos não é precisa, pois há interesses administrativos que

¹³² ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1991.

¹³³ Referência em MIR, José Cerezo. Op. cit., 72

¹³⁴ Referência em MELERO, Valentin Silva. *El llamado Derecho penal administrativo en las direcciones contemporaneas*. In: Anuário de Derecho penal y ciencias penales. Tomo XIII, fascículo I, 1960, p. 33.

¹³⁵ FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. *El derecho penal economico. Un estudio de derecho positivo español*. In: Anuário de Derecho penal y ciencias penales. Tomo XXVI, fascículo I, 1973, p. 118.

¹³⁶ Referência em MELERO, Valentin Silva. Op. cit., p. 32.

pelo fato de que a lesão atinge um alto grau de vulneração ao bem, convertem-se em bens jurídicos protegidos pelo Direito penal¹³⁷.

Desta forma, a exclusão dos bens jurídicos da esfera de incidência do Direito penal administrativo não tem qualquer fundamento. Isolar o Direito penal do administrativo do influxo de carga axiológica trazida com a noção de bem jurídico seria reduzi-lo esta área do Direito a meros ilícitos formais, retirando qualquer carga valorativa. O ilícito penal e o administrativo possuem o mesmo conteúdo material e a mesma estrutura lógica; a diferença, portanto, não é ontológica, mas de intensidade da consequência jurídica. A luz das observações, pode-se dizer que entre estas instâncias, ambas manifestações do mesmo *ius puniendi* do Estado, há uma diferença quantitativa¹³⁸.

2.2.4.1.2 Princípio do *non bis in idem*

2.2.4.1.2.1 Noções iniciais

O *non bis in idem* é um dos princípios mais importantes do Direito penal contemporâneo, visto que veda que os mesmos fatos (leia-se: o mesmo conteúdo de injusto ou a mesma infração) possam ser sancionados duas ou mais vezes é um princípio geral do Direito punitivo. Os constantes processos de descriminalização e despenalização têm retirado do âmbito penal condutas que, do ponto de vista da intervenção mínima, passam ao âmbito do Direito administrativo. Por outro lado, o Direito administrativo também acaba por sancionar, de forma que se convencionou denominá-lo de Direito administrativo sancionador.

A par destas considerações e de ser nítida a linha contínua entre o ilícito penal e o administrativo, no Brasil, o tema central desta problemática – a correta interpretação do princípio do *non bis in idem* – não foi desenvolvido da forma tal qual no Direito internacional, comunitário e estrangeiro.

¹³⁷ Ibid. p. 118-119. No mesmo sentido: MIR, José Cerezo. Op. cit., 73 e ss.

¹³⁸ Neste sentido RAMIREZ, Juan Buscos; MALAREÉ, Hernán Hormazabal. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, vol. I, p.42; MIR, José Cerezo. Op. cit., 75 e ss.

2.2.4.1.2.2 Desenvolvimento histórico, filosófico e jurídico

O início de aplicação do princípio, segundo aponta Francisco Javier León Villalba, remonta ao Direito romano e ao Direito canônico, neste último há referência no texto de Stº Jerônimo, no ano de 391 d.C, à máxima “non se alzará una doble aflicción”¹³⁹, objetivando alcançar a segurança e a estabilidade das relações sociais¹⁴⁰. Sua origem histórica e desenvolvimento até meados do século XX vinculava-se, exclusivamente, à vertente processual do princípio: ligava-se à coisa julgada porque o escopo primordial do princípio era impedir que o indivíduo fosse processado e julgado duas vezes pelo mesmo fato. Embora exista esta referência longínqua, compreendendo-se os vários períodos históricos, o princípio não assumiu, até o final do século XIX, aceitação generalizada. Aliás, como pontua Eduardo Henriques da Silva Correia, qualquer que tenha sido o valor real da máxima *non bis in idem* na época do sistema romano, “sua vigência nos primitivos tempos é dificilmente demonstrável”¹⁴¹.

No período do sistema inquisitório (século XIII até século XVIII) passou a vigor, no processo penal, o princípio da verdade real, o que reduzia em muito a garantia do *non bis in idem*. Trata-se de um sistema adotado inicialmente pela Igreja, mas devido às suas supostas vantagens, irradiou-se para toda categoria de ilícitos. Como a sentença penal neste modelo de sistema assumia um caráter meramente formal e provisório, era perfeitamente possível que o magistrado, à luz da busca da verdade absoluta, pudesse tudo. Neste contexto, a busca da verdade real não podia ser obstaculizada ou mitigada, de forma que os princípios da verdade

¹³⁹ VILLALBA, Francisco Javier León. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Barcelona: Bosch, 1998, p. 35. QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004 afirma que “la cuestión del ‘ne’ o el ‘non’ es una circunstancia surgida del cambio al estilo directo. En término generales cabe decir que ‘ne’ es una conjunción que da inicio a una oración final negativa, por lo tanto subordinada y que se suele traducir ‘para que no’ o ‘que no’. Ahora bin, si extraemos la oración subordinada del contexto y la convertimos en una oración principal, la conjunción subordinada se debe transformar en una simple negación, esto es, en ‘non’ y se traduce por ‘no’”. Para Ramón García Albero, “la expresión *ne bis in idem* es universalmente utilizada, especialmente en la doctrina alemana e italiana [...] en España, así como en la doctrina y jurisprudencia hispanoamericanas, el principio ha sido tradicionalmente conocido por *non bis in idem*. La utilización del advérbio negativo ‘ne’ resulta correcta, contra el parecer de algunos, pues se utiliza em textos imperativos o jurídicos” (“*Non bis in idem*” *material y concurso de leyes penales*. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995, p. 23; MANZANO, Mercedes Perez. *La prohibición Constitucional de incurrir em bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

¹⁴⁰ O princípio do *non bis in idem* está implícito nos princípios da legalidade e da tipicidade.

¹⁴¹ CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *A teoria do concurso em direito criminal*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996, p. 301.

real e do *non bis in idem* não podiam conviver harmonicamente, tanto que na França houve a difusão do princípio do “plus amplement informe” o qual abria a possibilidade de existência de vários processos simultâneos e a reabertura dos processos julgados. Deste modo, o período inquisitivo instaura a incredulidade do *non bis in idem*, e termina por marginalizar o princípio, condenando-o a um período de incertezas e relativização. A inexistência de coisa julgada, característica marcante do sistema inquisitório, reforça a inutilidade de qualquer garantia ao indivíduo em matéria penal.

Uma forte adesão ao princípio do *non bis in idem* em matéria penal só ocorre no Iluminismo e das correntes que prepararam a Revolução Francesa¹⁴². Influenciada pelos ideais do Iluminismo e da Independência Americana (1776), os acontecimentos entre 5 de maio de 1789 e 9 de novembro de 1799, alteraram o quadro político e social da França, calcado, doravante, sobre princípios da liberdade, igualdade e fraternidade. Esta mudança de postura provoca uma reação pelas diversas legislações do resto do mundo, onde o respeito aos valores do homem passa a ser o centro de gravidade das reformas penais e processuais penais da época.

A Revolução Francesa representou a mudança de paradigma no que se refere ao reconhecimento jurídico do *non bis in idem*, pois a França o reconheceu na sua Constituição de 1791, no Título III, Capítulo V, artigo 9º. Dispunha o referido dispositivo que: “Tout homme acquitté par un jury légal, ne peut plus être repris ni accusé à raison du même fait.”¹⁴³. Com efeito, o impulso reformador que iniciou o processo de solidificação e reconhecimento jurídico do *non bis in idem* foi capitaneado pela Escola Francesa a qual, ao contrário do resto do mundo, já havia consolidado o princípio na sua Constituição. Para Francisco Javier León Villalba, o marco mais importante do reconhecimento jurídico do princípio se deu com a V emenda à Constituição dos Estados Unidos de 1887, portanto, no âmbito dos direitos do cidadão (“Bill of Rights”) no qual foi consagrada a regra do “double jeopardy”¹⁴⁴ cujo significado, em linhas gerais, é que uma absolvição ou condenação anterior funcionaria como obstáculo a que se colocasse o indivíduo em uma nova situação de risco de vida.

A importância deste desenvolvimento histórico, filosófico e teórico se revela necessário para que se perceba a faceta processual do princípio do *non bis in idem*: a razão da

¹⁴² Ibid. p. 302.

¹⁴³ Igualmente, segundo Eduardo Correia, o Código Penal francês de 1791 (Tít. 1º, art. 28; Tit. 8º, arts. 1º, 2º e 3º). Ibid. p. 303.

¹⁴⁴ Há previsão expressa no Código Penal australiano: “71.18 Double jeopardy: If a person has been convicted or acquitted of an offence in respect of conduct under the law of a foreign country, the person cannot be convicted of an offence under this Division in respect of that conduct”.

máxima ligava-se, portanto, à necessidade de segurança do indivíduo frente às intervenções estatais, impedindo a sobreposição de acusações sobre o mesmo fato.

O desenvolvimento do instituto e sua crescente previsão nos ordenamentos jurídicos formam o substrato cultural necessário para, finalmente, passar a se reconhecer sua vertente substancial, já que, até o século XX, o *non bis in idem* resumia-se à vertente processual. Não obstante a longa evolução histórica da máxima do *non bis in idem*, a sua aplicação carece de contornos claros, em particular sobre a cumulação de sanções penais e administrativas. Nesta linha, Eduardo Henriques da Silva Correia destaca que, apesar da máxima do *non bis in idem* ser reconhecida universalmente como valor empírico e utilitário, está, porém, muito longe de uma elaboração precisa do seu verdadeiro conteúdo e limites¹⁴⁵.

2.2.4.1.2.3 Natureza

O Tribunal Constitucional espanhol tem sido vanguardista no tema, delimitando e formando o âmbito de aplicação do princípio. A vertente substancial implica que a pessoa não pode ser punida duas vezes pelo mesmo fato sempre que surgir a tríplice identidade: sujeito, fato e fundamento. Deste modo, é indispensável a análise do conteúdo do ilícito que foi violado em cada uma das condutas. O Tribunal Constitucional espanhol, na Sentença 154, em 1990, consignou:

Este principio ha venido siendo aplicado fundamentalmente para determinar una interdicción de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero ello no significa que solo incluya la incompatibilidad de sanciones penal y administrativa por un mismo hecho en procedimientos distintos correspondientes a Ordenes jurídicos sancionadores diversos. El principio non bis in idem es aplicable tambien dentro de un mismo proceso o procedimiento a una pluralidad de sanciones principales ante una identidad de sujetos, hechos o fundamento, objeto o causa material y acción punitiva. Se impide sancionar dos veces por un mismo delito, desde la misma perspectiva de defensa social, o sea, que por un mismo delito recaiga sobre un sujeto una sanción penal principal doble o plural, lo que tambien contradiria el principio de proporcionalidad entre la infracción y la sanción, que exige mantener una adecuación entre la gravedad de la sanción y la de la infracción.

Pode-se dizer que o conteúdo material no *non bis in idem* traduz a impossibilidade de dupla sanção pelo mesmo fato, desde que ocorra a tríplice identidade: sujeito, fato e fundamento. Nesta linha, Francisco Javier León Villalba pontua que a faceta material não se

¹⁴⁵ Ibid. p. 303.

confunde com a vertente processual. Segundo ele, a vertente material caracteriza-se pela única função de impedir que a um mesmo sujeito possam ser imputado, por um mesmo fato, dois tipos delitivos, um dos quais inclui todos os elementos do outro¹⁴⁶. No que se refere ao sujeito, dizer que é necessária a identidade de sujeito ativo, pouco importando a vítima, parece óbvio, mas há uma discussão quando o fato envolva pessoa jurídica e seu representante. No que se refere ao fato, uma perspectiva para se diferenciar a identidade é a que toma em consideração a natureza dos bens jurídico-penais ofendidos. Conforme este raciocínio, a identidade de fundamento seria a identidade de bem jurídico-penal e conferindo especial relevância à este ponto, António Garcia-Pablos de Molina defende que é mais correto formular a proibição do *non bis in idem* reclamando não só a tríplice identidade (do sujeito, do fato e da infração), senão também a natureza dos bens jurídico-penais ofendidos.

Por outro lado, a vertente processual, consoante já assentado, fundamenta-se no estrito respeito à coisa julgada. Mais uma vez na vanguarda, o Tribunal Constitucional espanhol, em 1983, exarou sentença em que proibia que se processasse o indivíduo duas vezes pelo mesmo fato, subordinando a atuação da administração aos Tribunais de Justiça. Como pontua Boix Reig, da sentença se extrai as seguintes conseqüências

a) el necesario control a posteriori por la autoridad judicial de los actos administrativos mediante el oportuno recurso; b) la imposibilidad de que los organos de la Administración lleven a cabo actuaciones o procedimientos sancionadores en aquellos casos en que los hechos puedan ser constitutivos de delito o falta según el Código Penal o las leyes penales especiales, mientras la autoridad judicial no se haya pronunciado sobre ellos, y c) la necesidad de respetar la cosa juzgada¹⁴⁷.

Ademais, o Tribunal Constitucional espanhol também marca a vertente processual do *non bis in idem* no princípio da não-culpabilidade (artigo 24.2 da Constituição espanhola).

2.2.4.1.2.4 Significado

Um ponto fundamental reside saber o exato significado do princípio do *non bis in idem*, mais especificamente a delimitação da expressão *idem*: fato, ato, ação, conduta, causa, sanção, ofensa, etc.

¹⁴⁶ Ibid. p. 114.

¹⁴⁷ REIG, Boix. *Los delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 1987, p. 65.

2.2.4.1.2.4.1 Direito comparado e estrangeiro

As diversas legislações no mundo, em sua grande maioria, consagram o princípio do *non bis in idem*, algumas trazem expressa referência no texto de lei ou em outras legislações; no entanto, não há previsão legal expressa, mas a doutrina e jurisprudência deduzem-no do princípio da legalidade, proporcionalidade e dignidade da pessoa humana.

A Espanha é o país onde, na contemporaneidade, as discussões sobre o princípio do *non bis in idem* têm produzido maior atividade acadêmica e desenvolvimento jurisprudencial. O Tribunal Constitucional espanhol, há mais de vinte anos, vem contribuindo e tomando decisões que foram fundamentais para o desenvolvimento da teorização do princípio. Apesar da Constituição espanhola não consagrar expressamente o princípio, a doutrina e jurisprudência extraem-no do art. 25.1: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.” Para Juan Busto Ramirez a razão para incluir o princípio do *non bis in idem* dentro do princípio da legalidade é que ao se exigir lei estrita, “no se puede usar el mismo presupuesto para imponer mas de una pena”¹⁴⁸. Vale ressaltar que em matéria de meio ambiente, especificamente, a Constituição espanhola estabelece, baseada na solidariedade coletiva, que à conduta que viole os recursos que possam dar melhor qualidade de vida aos indivíduos, será possível que a lei “fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.” (artigo 45.3). Portanto, em matéria de meio ambiente, a Constituição é clara em estabelecer a impossibilidade de cumulação de sanção penal e administrativa. O uso da conjunção alternativa “ou” orienta nesse sentido.

A ampla jurisprudência do Tribunal Constitucional espanhol deriva o princípio do *non bis in idem* do princípio da legalidade previsto no artigo 25.1. Aliás, este norte de hermenêutica advém da sentença nº 2/81 a qual confirmava o *non bis in idem* “unido a los principios de legalidad y tipicidad de las infracciones recogidos principalmente en el art. 25 de la Constitución”¹⁴⁹. Esclarecendo esta tomada de posição, o fundamento jurídico nº 4 da sentença aponta que o

¹⁴⁸ RAMIREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho penal. Parte General*. 3. ed., Barcelona:Ariel, 1984, p. 77.

¹⁴⁹ Segue a mesma linha o Tribunal Constitucional Peruano, exp. 2050 – 2002 – AA – TC.

principio general del derecho conocido por *non bis in idem* supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones-administrativa y penal- en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración -relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc....- que justificase el ejercicio del *ius puniendi* por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.

Posteriormente, a sentença n. 157/1987 (fundamento jurídico 3) declarou que o princípio do *non bis in idem* impede que se sancione a mesma conduta em procedimentos distintos, pois

semejante posibilidad entrañaría, en efecto, una inadmisibles reiteración en el ejercicio del *ius puniendi* del Estado e, inseparablemente, una abierta contradicción con el mismo derecho a la presunción de inocencia, porque la coexistencia de dos procedimientos sancionadores para un determinado ilícito deja abierta la posibilidad, contraria a aquel derecho, de que unos mismos hechos, sucesiva o simultáneamente, existan y dejen de existir para los órganos del Estado.

Ainda conforme o mesmo fundamento jurídico da citada sentença,

impone por una parte la prohibición de que, por parte de la autoridades de un mismo orden y a través de procedimientos distintos, se sancione repetidamente una misma conducta, por entrar esta posibilidad una inadmisibles reiteración en el ejercicio del "*ius puniendi*" del Estado y, por otro lado, una prohibición de duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, a excepción de aquellos supuestos en los que, derivado de una relación de supremacía especial de la administración, este justificado el ejercicio del "*ius puniendi*" por los Tribunales y a su vez la potestad sancionadora de la administración.

Dos trechos acima transcritos pode-se concluir o seguinte: (i) por um lado, impede a imposição de sanção a condutas iguais; (ii) proibição de sanções distintas no que se refere aos possíveis conflitos entre a sanção penal e administrativa; e (iii) há possibilidade de excepcionar a regra quando houver uma especial relação de sujeição com a Administração Pública, o que não ocorre nos crimes económicos dada a natureza supra-individual do bem jurídico-penal. Além de derivar o *non bis in idem* do artigo 25 do texto constitucional espanhol, há quem entenda ser possível construir a base de proibição à luz do princípio da proporcionalidade das sanções frente às condutas ilícitas.

Na Alemanha, a Constituição estabeleceu a partir do artigo 101 um catálogo de direitos fundamentais os quais, genericamente, são chamados de direitos fundamentais à justiça e se referem, principalmente, ao processo penal. O *non bis in idem* vem expressamente previsto no artigo 103.3: “Ninguém pode ser condenado mais de uma vez por causa da prática do mesmo ato com base em leis penais gerais¹⁵⁰.” O Tribunal Constitucional alemão, no caso

¹⁵⁰ Artikel 103: (3) Niemand darf wegen derselben Tat auf Grund der allgemeinen Strafgesetze mehrmals bestraft werden.

Testemunhas de Jeová, assim decidiu: as Testemunhas de Jeová defendem a neutralidade em questões militares, ou seja, a não interferência no que diz respeito a participarem das forças armadas. Em razão desta crença, segundo seus membros com base bíblica, durante o período de guerra se recusavam servir militarmente. Com isso, incorriam no crime de deserção da prestação do serviço e após serem julgados e condenados, eram impostas as penas devidas. O problema surgia quando havia uma nova convocação, portanto, após terem cumprido pena imposta pela primeira recusa, e cometiam o crime pela segunda vez. Desta forma, o Tribunal Constitucional alemão, baseado no argumento de que a recusa à primeira convocação fora tomada com base em uma decisão de consciência de maneira definitiva e efeito contínuo, considerou que a segunda acusação por recusa ao serviço militar violaria o *non bis in idem*, bem como o artigo 4, inciso I da Constituição, que garante o direito de liberdade de consciência confissão e crença. A convicção de crença, portanto, por ser contínua e ininterrupta vedava a segunda punição¹⁵¹.

Já na França, o Código de Processo Penal, no artigo 368, prevê expressamente que “Aucune personne acquittée légalement ne peut plus être reprise ou accusée à raison des mêmes faits, même sous une qualification différente.”

Na Itália, embora sua Constituição não tenha em seu bojo previsão expressa, a vertente processual do princípio do *non bis in idem* encontra assento no artigo 649¹⁵². Segundo dispositivo da “Divieto di un secondo giudizio: :

¹⁵¹ BVerfGE 23, 191 (Razão III, C, 3, “c”)

¹⁵² Também no extenso artigo 669, que trata da “Pluralità di sentenze per il medesimo fatto contro la stessa persona”. Seus “parágrafos” pontuam: 1. Se più sentenze di condanna divenute irrevocabili sono state pronunciate contro la stessa persona per il medesimo fatto, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza con cui si pronunciò la condanna meno grave, revocando le altre; 2. Quando le pene irrogate sono diverse, l'interessato può indicare la sentenza che deve essere eseguita. Se l'interessato non si avvale di tale facoltà prima della decisione del giudice dell'esecuzione, si applicano le disposizioni dei commi 3 e 4; 3. Se si tratta di pena pecuniaria e pena detentiva, si esegue la pena pecuniaria. Se si tratta di pene detentive o pecuniarie di specie diversa, si esegue la pena di minore entità, se le pene sono di uguale entità, si esegue rispettivamente l'arresto o l'ammenda. Se si tratta di pena detentiva o pecuniaria e della sanzione sostitutiva della semidetenzione o della libertà controllata, si esegue, in caso di pena detentiva, la sanzione sostitutiva e, in caso di pena pecuniaria, quest'ultima; 4. Quando le pene principali sono uguali, si tiene conto della eventuale applicazione di pene accessorie o di misure di sicurezza e degli altri effetti penali. Quando le condanne sono identiche, si esegue la sentenza divenuta irrevocabile per prima; 5. Se la sentenza revocata era stata in tutto o in parte eseguita, l'esecuzione si considera come conseguente alla sentenza rimasta in vigore; 6. Le stesse disposizioni si applicano se si tratta di più decreti penali o di sentenze e di decreti ovvero se il fatto è stato giudicato in concorso formale con altri fatti o quale episodio di un reato continuato, premessa, ove necessaria, la determinazione della pena corrispondente; 7. Se più sentenze di non luogo a procedere o più sentenze di proscioglimento sono state pronunciate nei confronti della stessa persona per il medesimo fatto, il giudice, se l'interessato entro il termine previsto dal comma 2 non indica la sentenza che deve essere eseguita, ordina l'esecuzione della sentenza più favorevole, revocando le altre; 8. Salvo quanto previsto dagli articoli 69 comma 2 e 345, se si tratta di una sentenza di proscioglimento e di una sentenza di condanna o di un decreto penale, il giudice ordina l'esecuzione della sentenza di proscioglimento revocando la decisione di condanna. Tuttavia, se il proscioglimento è stato pronunciato per estinzione del reato verificatasi successivamente alla data in cui è divenuta irrevocabile la decisione di condanna, si esegue

1. L'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto, neppure se questo viene diversamente considerato per il titolo, per il grado o per le circostanze, salvo quanto disposto dagli articoli 69 comma 2 e 345.

2. Se ciò nonostante viene di nuovo iniziato procedimento penale, il giudice in ogni stato e grado del processo pronuncia sentenza di proscioglimento o di non luogo a procedere, enunciandone la causa nel dispositivo.

Na Rússia, a sua Constituição prevê que "ninguém pode ser condenado novamente pelo mesmo crime" (artigo 50 § 1). Já o seu Código de Processo Penal estabelece que o processo criminal deve ser suspenso se existir uma sentença transitada em julgado contra o suspeito ou arguido sobre as mesmas acusações ou uma decisão de um tribunal, pesquisador ou examinador de interromper o processo criminal sobre os mesmos encargos ou não ao instituto processo penal (artigo 27 (4) e (5)).

Nos Estados Unidos, a dupla incriminação surge da Quinta Emenda da Constituição: "Nem qualquer pessoa sujeita pelo mesmo delito a ser duas vezes posta em perigo de vida ou de ferimentos graves." No caso *Blockburger contra Estados Unidos*, 284 E.U. 299 (1932), em que o autor do fato não tinha vendido medicamento na embalagem original e sem uma ordem escrita do comprador, e se a venda tivesse sido caracterizado como duas infrações legais, a Suprema Corte americana aprovou a seguinte interpretação:

Art. 1 ° da Lei de Entorpecentes cria o delito de venda de qualquer dos medicamentos proibidos, exceto em ou a partir do pacote original carimbado e seção 2 cria o delito de venda de qualquer dessas drogas não em cumprimento de uma ordem escrita da pessoa a quem A droga é vendida. Assim, sobre a face da lei, dois delitos distintos são criados. Aqui houve uma venda, mas, e a questão é saber se, ambas as secções a ser violados pelo mesmo ato, o arguido cometeu dois delitos ou apenas um.

Cada uma das infrações exige a prova de um elemento diferente ("elemento essencial"). A regra aplicável é que, quando o mesmo ato ou operação constitui uma violação de duas disposições legais distintas, o teste a ser aplicado para determinar se existem duas infrações ou apenas uma é se exige a prova de um fato adicional que o outro faz não. A Corte citou e adotou o julgado pela Corte de Massachusetts, no caso *Morey contra Commonwealth* (108 Mass 433).

Um simples ato pode ser uma ofensa a dois estatutos, e se cada um estatuto exige a prova de um fato adicional que o outro não, uma absolvição ou condenação sob a lei ou não isenta o réu da acusação e punição no âmbito dos outros.

No caso *Grady contra Corbin* (495 E.U. 508 (1990)), a Suprema Corte americana desenvolveu uma abordagem diferente:

[Uma comparação] técnica dos elementos dos dois crimes como exigido pelo *Blockburger* não protege suficientemente os réus das cargas de ensaios múltiplos. Este caso igualmente demonstra as limitações da análise *Blockburger*. Se *Blockburger* constituíram o inquérito inteiro “double jeopardy”, no contexto de recursos sucessivos, o Estado poderia tentar *Corbin* em quatro hipóteses consecutivas: em caso de não manter o direito da mediana, por dirigir embriagado, por assalto, e por homicídio. O Estado poderia melhorar sua apresentação de prova com cada hipótese, avaliando que as testemunhas deram o testemunho mais convincente, que os documentos que tiveram o maior impacto, que a abertura e fechamento mais argumentos convenceram os jurados. *Corbin* seria forçado a demonstração de cada uma das hipóteses ou a declarar-se culpado.

Assim, um processo subsequente deve fazer mais do que simplesmente sobreviver ao teste *Blockburger*. Conforme sugerido no caso *Vitale*, a cláusula do “Double Jeopardy” impede que qualquer nova acusação leve em consideração um “elemento essencial” de uma infração pela qual o autor do fato já tenha sido processado. No caso *Estados Unidos contra Dixon*, 509 E.U. 688 (1993), a Suprema Corte americana devolveu ao teste *Blockburger*:

A proteção “The Double Jeopardy Clause’s” atribui a desprezo a processos penais e não-penais. Nos contextos de ambas as penas múltiplas e repressão sucessivas, a vedação à dupla penalização aplica-se a duas infrações para as quais o réu é punido ou julgado e não pode sobreviver aos “mesmos elementos” ‘ou’ “teste *Blockburger*”. Neste exame, interroga-se sobre cada infração contém um elemento não contido no outro, se não, eles são a “mesma infração”, na acepção da cláusula, e se enseja dupla penalização.

Esta decisão gerou confusão, de forma que a Suprema Corte americana não a leva em consideração, uma vez que nunca se sentiu obrigada a seguir as decisões anteriores que são impraticáveis ou mal fundamentadas (caso *Felix*, 503 E.U.). Desde então passou a adotar o critério do “elemento essencial”.

2.2.4.1.2.4.2 Direito internacional

Com o aparecimento de condutas que ultrapassam as barreiras da territorialidade dos Estados, determinados tipos de crimes passam a ser ofensivos a toda a comunidade internacional, o que significa a possibilidade de punição, simultânea, por parte de mais de um país. Assim, é necessário munir o acusado de garantias que impeçam a punição duas vezes

pelo mesmo fato. Nesta senda, conforme leciona Francisco Javier León Villalba, o *non bis in idem* também é reconhecido como um princípio geral de Direito internacional¹⁵³.

Artigo 14 § 7 ° do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos prevê o seguinte: “Ninguém pode ser passível de ser julgado ou punido novamente por um crime que ele já tenha sido condenado ou absolvido, em conformidade com a lei e o processo penal de cada país”.

O Estatuto do Tribunal Penal Internacional, por sua vez, dispõe em seu artigo 20 que

1. Ressalvado o disposto no presente Estatuto, nenhuma pessoa pode ser julgado no Tribunal de Justiça em relação ao comportamento que formaram a base de crimes para os quais a pessoa tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.
2. Ninguém pode ser julgado por outro tribunal por um crime previsto no artigo 5 ° para que a pessoa já tiver sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.
3. Nenhuma pessoa que tenha sido julgada por outro tribunal por atos também punidos nos termos do artigo 6, 7 ou 8 devem ser julgados pelo Tribunal de Justiça em relação ao mesmo comportamento, a menos que o processo no tribunal:
 - (a) foram com o propósito de proteger a pessoa em causa de responsabilidade criminal por crimes da competência do Tribunal, ou
 - (b) Não tenha sido conduzido de forma independente ou imparcial, em conformidade com as normas do devido processo legal reconhecido pelo direito internacional e foram conduzidas de uma forma que, nas circunstâncias, era incompatível com a intenção de levar a pessoa em causa a justiça.

O artigo 50 da Carta dos Direitos Fundamentais da União Européia, que foi solenemente proclamada pelo Parlamento Europeu, ao Conselho e à Comissão, em Estrasburgo, em 12 de Dezembro de 2007 (JO 14.12.2007, C 303 / 1), possui o seguinte teor:

Ninguém pode ser passível de ser julgado ou punido penalmente por um delito do qual ele ou ela já tenha sido definitivamente absolvido ou condenado no âmbito da União, em conformidade com a lei.

O artigo 54 da Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, de 14 de Junho de 1985 prevê o seguinte:

Uma pessoa cujo julgamento tenha sido definitivamente eliminadas em uma parte contratante não pode ser processado em outra parte contratante, pelos mesmos fatos, desde que, se a pena foi imposta, tem sido cumprida ou esteja atualmente em vias de ser executada ou já não podem ser aplicadas em conformidade com as leis da Parte Contratante da condenação.

O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias reconheceu o princípio *non bis in idem* como princípio fundamental do Direito Comunitário (Limburgse Vinyl Maatschappij e

¹⁵³ Ibid. p. 79.

outros/Comissão, C-238/99, C-244/99, C-245/99, C-247/99, C - 250/99, C-252/99 e C-254/99, § 59, 15 de outubro de 2002):

... O princípio do *non bis in idem*, que é um princípio fundamental do direito comunitário também consagrado em 1 (artigo 4) do Protocolo n.º 7 à CEDH, opõe-se, em matéria de concorrência, uma empresa de ser considerado culpado ou processos de ser intentada contra ela uma segunda vez, em razão da conduta anti-competitiva em relação aos quais tenha sido punida ou não declarado responsável por uma decisão anterior transitada em julgado.

A aplicação do princípio do *non bis in idem*, conforme observado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, deve levar em consideração uma tríplice identidade: sujeito, fato e fundamento (Aalborg Portland e outros/Comissão, C-204/00P, 205/00P, 211/00P, 213/00P, 217 / 00P, 219/00P, § 338, 7 de Janeiro de 2004):

Quanto ao respeito do princípio *ne bis in idem*, a aplicação desse princípio está sujeito a uma tripla condição de identidade dos fatos, a unidade do infrator e da unidade do interesse jurídico protegido. Sob esse princípio, portanto, a mesma pessoa não pode ser punido mais de uma vez para um curso de comportamento ilícito, destinadas a proteger o mesmo bem jurídico.

Interpretando o sentido de “mesma infração”, o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias baseou a sua interpretação no sentido de que esta idéia se refere apenas à natureza dos fatos em causa e não a sua qualificação jurídica, esta que pode (e varia) de Estado para Estado (caso Leopold Henri Van Esbroeck, C-436/04, 9 de março de 2006). Com efeito, o objetivo do artigo 54 é garantir que ninguém será processado pela “mesma infração” em diversos Estados signatários por conta de exercer o seu direito à liberdade de movimento (Gözütok e Brügge, n.º 38, e processo C-469/03 Miraglia [2005] ECR I-2009, n. 32). O Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias confirmou e desenvolveu esta abordagem no caso mais recente, relativa à aplicação do princípio *non bis in idem* (Norma Kraaijenbrink, C-367/05, 18 de Julho de 2007):

... é de notar que o Tribunal de Justiça já decidiu que o único critério relevante para a aplicação do artigo 54º da CAAS é o da identidade dos fatos materiais, entendido como a existência de um conjunto de circunstâncias concretas que estão intrinsecamente ligados entre si (ver Van Esbroeck, n.º 36, processo C-467/04 Gasparini e outros [2006] ECR I-9199, n.º 54, e processo C-150/05 Van Straaten [2006] ECR I-9327, n.º 48).

A fim de avaliar se tal conjunto de circunstâncias concretas existe, os tribunais nacionais competentes devem determinar se os fatos materiais nos dois processos constituem um conjunto de fatos que estão indissolúvelmente ligados no tempo, no espaço e pelo seu objeto (Van Esbroeck, n.º 38, Gasparini e outros, n.º 56, e Van Straaten, n.º 52). Desta

forma, o ponto de partida para avaliar a noção de “mesmos fatos” é considerar os comportamentos ilícitos concretos que deram origem ao processo penal perante os tribunais dos dois Estados signatários como um todo. Por outro lado, se os atos materiais não formam um todo inseparável, o simples fato de o tribunal onde o segundo processo é trazido considera que o suposto autor do fato teria agido com a mesma intenção criminosa, não basta para indicar que há um conjunto de circunstâncias concretas que estão indissociavelmente ligados abrangidos pela noção de “mesmos fatos”. Deve, portanto, haver uma relação objetiva (tempo e espaço) e subjetiva (mesma intenção criminosa) entre os fatos a fim de se identificar se o grau de identidade e de conexão entre todas as circunstâncias de fato se caracterizam como “mesmos fatos”.

A conclusão é: o critério relevante para a caracterização dos “mesmos fatos” é a identidade dos fatos materiais, entendido como a existência de um conjunto de fatos que estão intrinsecamente ligados entre si, independentemente da qualificação jurídica destes fatos ou do bem jurídico protegido.

O artigo 8º § 4º da Convenção Americana sobre Direitos Humanos, possui o seguinte teor: “O acusado absolvido por um não-julgamento de recurso não deve ser submetido a um novo julgamento para a mesma causa.” A Corte Interamericana de Direitos Humanos deu a seguinte interpretação desta disposição (Loayza-Tamayo contra Perú, 17 de setembro de 1997, Série C No. 33, § 66):

Este princípio se destina a proteger os direitos dos indivíduos que foram julgados por fatos concretos de ser submetido a um novo julgamento para a mesma causa. Ao contrário da fórmula usada por outros instrumentos internacionais de proteção dos direitos (por exemplo, o Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, artigo 14 (7), que remete para o mesmo "crime"), a Convenção Americana usa a expressão ‘a mesma causa’, que é um termo muito mais amplo em favor da vítima.

Antes do Estatuto de Roma, que instituiu o Tribunal Penal Internacional, os estatutos dos tribunais para antiga Iugoslávia e para Ruanda trouxeram previsão do princípio do *non bis in idem*. Previstos nos artigos 10 e 9, respectivamente, ambos com a mesma redação, segundo os estatutos: “1. Nul ne peut être traduit devant une juridiction nationale pour des faits constituant de graves violations du droit international humanitaire au sens du présent statut s’il a déjà été jugé par le Tribunal international pour ces mêmes faits.”

Seguindo praticamente a mesma redação destes Tribunais, o Estatuto de Roma, incorporado pelo Decreto 4388/02, prevê expressamente o princípio no artigo 20. Segundo o dispositivo legal: 1. Salvo disposição contrária do presente Estatuto, nenhuma pessoa poderá ser julgada pelo Tribunal por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha

condenado ou absolvido; 2. Nenhuma pessoa poderá ser julgada por outro tribunal por um crime mencionado no artigo 5º, relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal.

O fundamento do *non bis in idem*, do mesmo modo do direito interno, nada mais é senão garantir a segurança jurídica, reconhecendo, na primeira parte do artigo 20, 3: O Tribunal não poderá julgar uma pessoa que já tenha sido julgada por outro tribunal, por atos também punidos pelos artigos 6º, 7º ou 8º[...].

2.2.4.1.2.4.3 Direito comunitário

São dois os casos emblemáticos nos quais a Corte Europeia dos Direitos Humanos entendeu pela impossibilidade da responsabilização de um indivíduo na esfera administrativa e penal sobre o mesmo fato.

2.2.4.1.2.4.3.1 Caso Franz Fischer contra Áustria

No caso de Franz Fischer contra Áustria, a Corte Europeia dos Direitos Humanos, reunida em sessão Plenária, proferiu decisão datada de 29 de agosto de 2001 no sentido da impossibilidade da cumulação das sanções administrativa e penal com fundamento no princípio do *non bis in idem*.

O caso teve origem em um pedido (nº 37950/97) contra a República da Áustria com fundamento no antigo artigo 25, da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais por um cidadão austríaco, Franz Fischer, em 8 de setembro de 1997, o qual alegou a violação de seu direito de não ser julgado ou punido duas vezes pelo mesmo fato. Em 6 de junho de 1996, Franz Fischer dirigia sob a influência de bebida alcoólica, e atropelou um ciclista, causando a sua morte. Além disso, foi embora sem parar para dar assistência e só se entregou à polícia mais tarde naquela noite. Em 13 de dezembro de 1996, a Autoridade Administrativa do Distrito de St. Pölten (“Bezirkshauptmannschaft”) considerou Franz Fischer culpado por ilícito administrativo (“Verwaltungsübertretung”), condenando-o a uma pena de multa por infração à seção 5 (1) e 99 (1) (a) do Código de

Tráfego Rodoviário de 1960 (“Straßenverkehrsordnung”). Em 18 de março de 1997, o Tribunal Regional de St. Pölten (“Landesgericht”) condenou o requerente por homicídio culposo, nos termos do artigo 81, § 2º, do Código Penal (“Strafgesetzbuch”), condenando-o a seis meses de prisão.

Franz Fischer recorreu contra a condenação e a sentença foi reformada pelo Tribunal de Recurso de Viena (“Oberlandesgericht”) em 24 de junho de 1997. Foi alegado que, conforme o caso Gradinger contra a Áustria (23 de outubro de 1995, Série A, nº 328-C), a decisão do Tribunal Regional deveria ser anulada. O Tribunal de Recurso reconheceu que a dupla condenação violou o artigo 4, do Protocolo nº 7, da Convenção¹⁵⁴, tendo por um dos fundamentos a ausência de disposição de direito austríaco que dispusesse sobre o princípio da subsidiariedade entre a instância administrativa e a penal. Diante esta omissão, as instâncias seriam alternativas e, portanto, excludentes.

No seu acórdão de 5 de dezembro de 1996, o Tribunal Constitucional austríaco teve que analisar a constitucionalidade do artigo 99 da subsecção (6) (c) do Código de Tráfego Rodoviário, o qual dispõe sobre a infração administrativa de dirigir sob a influência da bebida alcoólica, e entendeu que não se trata de uma infração subsidiária de uma infração penal. O Tribunal Constitucional austríaco registrou que considerar um único ato como mais de uma infração foi uma característica comum a legislação penal de muitos países europeus. No entanto, foi igualmente aceita na doutrina europeia que, por vezes, um ato único parecia constituir mais de uma infração, enquanto que a interpretação mostrou que uma infração poderia estar subsidiada em outra, de forma que não havia necessidade de punição. Ademais, observou, ainda, que a redação do artigo 4º, do Protocolo nº 7, não se refere a “mesmo crime” (normativamente), mas sim a julgamento e punição “outra vez” (ontologicamente) pelo mesmo fato.

Desta forma, a Corte Europeia de Direitos Humanos, assim como o Tribunal Constitucional austríaco, observaram que há casos em que um ato, à primeira vista, parece constituir mais de um ilícito, enquanto que um exame mais detalhado mostra que apenas um ilícito deve ser processado porque abrange todos os elementos contidos na outra.

¹⁵⁴ Artigo 4º do Protocolo nº 7: 1. Ninguém pode ser passível de ser julgado ou punido penalmente sob a jurisdição do mesmo Estado por um crime que ele já tenha sido definitivamente absolvido ou condenado, em conformidade com a lei eo processo penal desse Estado. 2. As disposições do parágrafo anterior não impedem a reabertura do caso em conformidade com a lei eo processo penal do Estado em causa, se houver factos novos ou recentemente descobertos, ou se houve um vício fundamental no processo anterior, o que poderia afetar o resultado do caso. 3. Não derrogação ao presente artigo será feita nos termos do artigo 15 da Convenção.

2.2.4.1.2.4.3.2 Caso Sergey Zolotukhin contra a Rússia

O caso teve origem em um pedido (nº 14939/03) contra a Federação da Rússia junto à Corte, nos termos do artigo 34 da Convenção para a Proteção dos Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais por um cidadão russo, Sergey Aleksandrovich Zolotukhin, em 22 de abril de 2003, quem aduziu, com fundamento no artigo 4º, do Protocolo nº 7, que havia sido processado duas vezes em conexão com o mesmo crime, a qual, por unanimidade da Corte, foi acolhida, havendo, inclusive, condenação da Rússia por danos morais.

Na manhã do dia 4 de janeiro de 2002, Sergey Zolotukhin foi levado para a Delegacia de Polícia no distrito Leninskiy de Voronezh para esclarecimento do seguinte fato: havia entrado no território militar de Voronezh, conduta proibida. No escritório do Departamento de Tráfego Rodoviário, constatou-se que Sergey Aleksandrovich Zolotukhin estava embriagado. Após alguns instantes, começou a proferir palavras em voz alta a uma oficial e ao chefe do Departamento. A este, em particular, Sergey Aleksandrovich Zolotukhin fez ameaças e criticou a sua capacidade como um policial. Além disso, não atendeu os pedidos do chefe para cessar com a violência verbal e física e tentou fugir do Departamento. Após oferecer resistência, foi preso. Como consequência desta conduta, foi levado para a Delegacia de Polícia onde também desacatou o chefe, incidindo nos artigos 158 e 165 do Código RSFSR de Contra-Ordenações.

Em 4 de janeiro de 2002, o Tribunal Distrital Gribanovskiy considerou o requerente culpado pelo ilícito de ordem previsto no artigo 158 do Código das Contra-Ordenações. No dia 15 de abril de 2003, o Tribunal Regional de Voronezh confirmou a sentença. Sergey Aleksandrovich Zolotukhin foi condenado a três dias de detenção administrativa.

Já em 23 de janeiro de 2002, Sergey Aleksandrovich Zolotukhin foi denunciado sob suspeita de ter cometido “atos desordenados, inclusive resistindo a um funcionário público que lidar com uma violação da ordem pública” – um crime previsto no artigo 213 § 2 (b) do Código Penal pelo fato ocorrido no dia 4 de janeiro de 2002, na Delegacia de Polícia. Sergey Aleksandrovich Zolotukhin reclamou perante a Corte, com fundamento no artigo 4º do Protocolo nº 7 que, depois que ele já tinha cumprido a pena de detenção de três dias para os atos cometidos em 4 de Janeiro de 2002. Como fundamento, sustentou que sua condenação por infração ao artigo 158, do Código das Contra-Ordenações teria satisfeito os critérios estabelecidos na jurisprudência da Corte sobre a interpretação do conceito de “infração penal”. Ressaltou, ainda, que a sanção a ele imposta seria verdadeiramente uma pena, pois havia a previsão de prisão de quinze dias. Indicou como jurisprudência os casos de Engel

contra Países Baixos, 8 Relatórios de junho de 1976, § 85, série A, n.º 22, e Lauko contra Eslováquia, 2 de Setembro de 1998, dos acórdãos e decisões 1998 VI).

Por tais alegações, o próprio Governo russo, em 4 de janeiro de 2002, admitiu que a natureza da sanção imposta ao requerente tinha sido penal. O importante deste julgado foi o registro da Corte de que a qualificação jurídica do procedimento ao fundamento da legislação nacional não pode ser o único critério de relevância para a aplicabilidade do princípio do *non bis in idem* no artigo 4.º, § 1 do Protocolo n.º 7. Caso contrário, a aplicação desta disposição seria deixada ao critério dos Estados signatários a um nível que pode levar a resultados incompatíveis com o objeto e propósito da Convenção, conforme assentado no caso *Storbråten contra Noruega* (dezembro, no. 12277/04, ECHR 2007).

Afirmou-se ainda que a noção de “processo penal” no texto do artigo 4.º do Protocolo n.º 7, deve ser interpretado à luz dos princípios gerais sobre as palavras correspondentes “acusação em matéria penal” e “pena” nos artigos 6.º e 7.º, da Convenção, respectivamente, conforme decidido nos casos *Haarvig contra Noruega* (número 11187/05, 11 de dezembro de 2007), *Rosenquist contra Suécia* (número 60619/00, 14 de setembro de 2004), *Manasson contra Suécia* (número 41.265/98, 8 de abril de 2003), *Göktan contra França* (número 33402/96, § 48, TEDH 2002-V), *Malige contra França* (23 de setembro de 1998, § 35, Reports 1998 VII) e *Nilsson contra a Suécia* (número 73661/01, ECHR 2005).

A jurisprudência da Corte estabeleceu três critérios (“critérios de Engel”) a ser considerados para determinar se houve ou não uma acusação criminal: (i) a classificação jurídica do ilícito pela legislação nacional; (ii) a natureza da infração; e (iii) e o grau de severidade da sanção. Os critérios de segundo e terceiro, em regra, são alternativos; contudo, excepcionalmente serão cumulativos quando a análise separada de cada critério não torna possível chegar a uma conclusão clara quanto à existência de uma acusação em matéria penal (*Jussila contra Finlândia [GC]*, n. 73053/01, §§ 30-31, CEDH 2006 e *Ezeh e Connors contra Reino Unido [GC]*, nos. 39665/98 e 40086/98, §§ 82-86, CEDH X 2003).

A classificação russa da infração do artigo 158, do Código das Contra-Ordenações foi caracterizada como “administrativa”. No entanto, a Corte reiterou que não tem considerado infrações similares definidas por outros sistemas legais como “administrativa” por força de sua conotação penal (*Menesheva contra Rússia*, no. 59261/00, § 96, CEDH 2006, *Galstyan contra Armênia*, no. 26986/03, § 57, 15 de novembro de 2007, e *Ziliberberg contra Moldávia*, no. 61821/00, §§ 32-35, 1 de Fevereiro de 2005).

Com efeito, esta classificação serviu para garantir a proteção da dignidade da pessoa humana e da ordem pública, dos valores e dos interesses que normalmente se enquadram no

âmbito de tutela da lei penal. O grau de gravidade da sanção é determinado por referência à pena máxima potencial – e não a sua natureza – para o qual a lei aplicável prevê. Desta forma, a pena é relevante para a determinação, mas não pode diminuir a importância do que estava inicialmente em jogo. À luz de tais considerações, a Corte concluiu que a natureza do crime de mera ordenação russa, por força da severidade da sanção, é criminal, de forma que se insere dentro âmbito de abrangência do artigo 4º do Protocolo nº 7.

2.2.4.1.2.5 Brasil

No Brasil, No tocante à Legislação brasileira há um ponto que merece ser levantado: a natureza constitucional do princípio do *non bis in idem*. Conforme observa Patrícia Mothé Glioche Bezé, o seu fundamento está no princípio da dignidade da pessoa humana (artigo 1º, inciso III, da CRFB/88)¹⁵⁵. Por outro lado, cabe lembrar que a razão e fundamento do Estatuto de Roma residem na ampliação e maximização das políticas internas e internacionais para a proteção dos direitos humanos. Com efeito, o Estatuto de Roma aponta para o caminho da universalidade de um núcleo mínimo e irredutível de proteção dos Direitos humanos, encerrando a fase de impunidade dos maiores violadores dos direitos humanos.

Por força do artigo 5º, § 3º, da CRFB/88, os tratados internacionais sobre direitos humanos, e o Estatuto de Roma possui esta natureza, de forma que possuem *status* de emenda constitucional. Assim, como o princípio do *non bis in idem* foi previsto no artigo 20, do Estatuto de Roma, não há como lhe negar a natureza de princípio constitucional.

2.2.4.1.2.6 Conclusão

Uma análise dos instrumentos internacionais, incorporando o princípio *non bis in idem* em uma ou outra forma revela a variedade das condições em que está redigido.

Assim, o artigo 4 do Protocolo nº 7, da Convenção, o artigo 14 § 7º do Pacto Internacional sobre Direitos Cíveis e Políticos e no artigo 50 da Carta dos Direitos

¹⁵⁵ BEZÉ, Patrícia Mothé Glioche. *Os Direitos Humanos e a Violência Descrita nos Tipos Penais*. Rio de Janeiro: UERJ, 2005. (Tese).

Fundamentais da União Européia referem-se à “mesma infração” (“meme infracional”), a Convenção Americana sobre Direitos Humanos fala em “mesmos fatos” (“mêmes faits”), a Convenção de Aplicação do Acordo de Schengen, proíbe a repressão dos “mesmos fatos” (“mêmes faits”), e os Estatuto do Tribunal Penal Internacional, emprega o termo “mesmas condutas” (“mêmes constitutifs actes”). O corpo de jurisprudência que foi acumulado ao longo da história da aplicação do artigo 4º do Protocolo nº 7 da Corte Européia de Direitos Humanos demonstra a existência de várias abordagens para a interpretação da expressão “mesma infração”.

A primeira abordagem, que incide sobre a expressão “mesma infração”, independentemente da qualificação jurídica dada a este comportamento, é exemplificada no acórdão *Gradinger*. Neste caso, *Gradinger* tinha sido condenado criminalmente por homicídio culposo e também multado em processos administrativos por condução sob a influência de álcool. A Corte considerou que, apesar da designação, natureza e finalidade as duas infrações eram idênticas, posto que baseadas na mesma conduta do autor do fato.

A segunda abordagem também procede da premissa de que uma única conduta pode dar ensejo à infrações diversas (“*concours d'infractions*”), que podem ser julgados em processos separados e em instâncias separadas. Esta abordagem foi desenvolvida pela Corte no caso de *Oliveira* (citado acima), no qual foi considerado um exemplo típico de uma única conduta, constituindo infrações diversas. No caso de posterior *Göktan*, a Corte declarou que não houve violação do artigo 4º do Protocolo nº 7 porque a conduta ilícita o requerente constituiu duas infrações distintas: uma infração penal pelo descaminho e uma infração aduaneira pelo não-pagamento das multas. Esta abordagem também foi empregada em casos de *Gauthier contra França* (dezembro, no. 61178/00, 24 de junho de 2003) e *Ongun contra Turquia* (dezembro, no. 15737/02, 10 de outubro de 2006).

A terceira abordagem, sendo esta a atual jurisprudência da Corte Européia de Direitos Humanos, coloca a ênfase nos “elementos essenciais” das infrações. Em *Franz Fischer contra Áustria* (no. 37.950/97, 29 de maio de 2001), a Corte confirmou que o artigo 4º do Protocolo nº 7 deve levar em consideração se as infrações possuíram ou não os mesmos “elementos essenciais”, como no caso de *Joschka Fischer*. Caso afirmativo, não haveria qualquer razão para considerar que o autor do fato poderia ser processado por cada um deles em cada instância. A mesma abordagem foi seguida no caso de *WF contra Áustria* (no. 38.275/97, 30 de maio de 2002) e *Sailer contra Áustria* (nº 38.237/97, 6 de junho de 2002), ambos os quais foram baseados em um conjunto de circunstâncias semelhantes.

A Corte reitera que a Convenção deve ser interpretado e aplicado de uma forma que torne os seus direitos práticos e eficazes, e não teóricos e ilusórios. É um instrumento vivo que deve ser interpretada à luz das condições atuais (Tyrrer contra Reino Unido, 25 de abril de 1978, § 31, série A, nº. 26, e Christine Goodwin contra Reino Unido [GC], nº. 28957/95, § 75, CEDH 2002 VI). As disposições de um tratado internacional, como a Convenção devem ser interpretadas à luz dos seus objetivos e finalidades, e também em conformidade com o princípio da eficácia dos direitos fundamentais (Mamatkulov e Askarov contra Turquia [GC], nos. 46827/99 e 46951 / 99, § 123, CEDH 2005 I).

Desta forma, a Corte assinala ainda que a abordagem que enfatiza a qualificação jurídica das duas infrações é demasiado restritiva sobre os direitos do indivíduo, não se limitando a sua análise o simples fato de que a pessoa foi processada pela mesma infração, sob o risco de comprometer o garantia consagrada no artigo 4º do Protocolo nº 7 ao invés de torná-lo prático e eficaz, como exigido pela Convenção (caso Franz Fischer).

Conseqüentemente, a Corte considera que o artigo 4º do Protocolo nº 7 (noutras palavras, o princípio do *non bis in idem*) deve ser entendido como uma vedação à acusação ou ao julgamento de uma “segunda” infração a partir de fatos substancialmente idênticos. Com efeito, no âmbito dos crimes econômicos, não será possível a punição tanto em âmbito administrativo como penal.

2.2.4.1.3 Princípio da dependência das instâncias administrativa e penal

Assim sendo, a escolha da via penal ou administrativa não guarda relação com a idéia de bem jurídico, pois se trata apenas de uma escolha de política legislativa. A dependência entre as instâncias e a conseqüente vedação de cumulação de sanções de natureza penal e administrativa foi reconhecida pelo Tribunal Constitucional espanhol, em recurso de amparo, pela sentença nº 177/99 na qual julgou, por maioria de votos (4x2), pela vulneração ao princípio, na hipótese de um fato sancionado inicialmente pela administração e depois sobrevir uma condenação penal. Os membros da Primeira Sala da Corte Constitucional enfrentam a seguinte situação: a condenação penal do representante de uma empresa por dano ambiental e a sanção da empresa por infração à Lei de Águas¹⁵⁶. Em suma, asseverou-se que:

¹⁵⁶ El presente recurso de amparo imputa la violación del derecho fundamental a la legalidad penal y sancionadora (art. 25.1 C.E.), en su vertiente de derecho a no ser sancionado doblemente por unos mismos

Irrogada una sanción, sea ésta de índole penal o administrativa, no cabe, sin vulnerar el derecho fundamental a no ser doblemente castigado (ne bis in idem) que ostentan los ciudadanos y garantiza el art. 25.1 C.E., superponer o adicionar otra distinta, siempre que concurran las identidades de sujeto, hechos y fundamento. (Fundamento Jurídico 4).

É certo que na doutrina e jurisprudência brasileiras tradicionalmente prevaleceu (e prevalece) o entendimento de que as instâncias administrativa e penal são independentes. Isso significa que cada uma delas pode iniciar o procedimento respectivo, visando à aplicação da sanção (ou sanções) previstas em lei¹⁵⁷. De antemão, portanto, decisões penais absolutórias, em regra, não impedem nova condenação pelo mesmo fato em jurisdições administrativas ou cíveis, e vice-versa.

Entretanto, é possível que, excepcionalmente, além de utilizar o substrato probatório colhido no processo penal para instrumentalizar um processo administrativo, a sentença penal absolutória tenha implicação direta no conteúdo da decisão extra-penal. A sentença será obstáculo ao exercício da jurisdição administrativa em pelo menos duas hipóteses: (i) reconhecer a inexistência do fato (artigo 386, inciso III, do CPP) – impede decisões contraditórias no âmbito do exercício das jurisdições; e (ii) reconhecer que o acusado não praticou o fato – aqui é preciso estar provada a inocência, não basta que a absolvição seja, por exemplo, com base na ausência de provas, prescrição ou, até mesmo, na atipicidade penal do fato (nestes casos não há qualquer empecilho à instauração do procedimento administrativo).

Na esteira do entendimento de que as instâncias penal e administrativa são, a princípio, independentes, resulta curial que a absolvição do agente no âmbito administrativo,

hechos (ne bis in idem), a las Sentencias recaídas en el procedimiento abreviado que se siguió, como encausado, al recurrente Sr. Lloreda Piña, en su condición de Consejero delegado de la empresa «IRM Lloreda, S.A.», y que finalizó por Sentencia dictada, en grado de apelación, por la Sección Décima de la Audiencia Provincial de Barcelona el 3 de octubre de 1994, confirmatoria en su integridad de la pronunciada, el 1 de marzo anterior, por el Juzgado de lo Penal núm. 22 de los de Barcelona; Sentencias que condenaron al recurrente como autor de un delito contra la salud pública y el medio ambiente previsto en el art. 347 bis del Código Penal de 1973, a la pena de dos meses de arresto mayor, accesorias, legales de suspensión de cargo público y derecho de sufragio durante el tiempo de la condena, multa de un millón de pesetas, con arresto sustitutorio de treinta días en caso de impago y al abono de la mitad de las costas procesales.

La alegada infracción del art. 25 C.E. se fundamenta en que los hechos constitutivos de la mencionada conducta delictiva son los mismos que fueron objeto, con carácter previo, de la sanción administrativa de multa en cuantía de un millón de pesetas, impuesta, en el oportuno procedimiento sancionador, por Resolución firme del Presidente de la Junta de Aguas de la Generalidad de Cataluña de 19 de octubre de 1990, por la infracción administrativa menos grave del art. 108 f) de la Ley de Aguas 29/1985, de 2 de agosto, y art. 316 g) del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, consistente en vertidos indirectos de aguas residuales contaminantes (con elevado índice de cianuros y, sobre todo, de níquel), no autorizados y sin depuración previa, al cauce del río Congost, perteneciente a la cuenca fluvial del río Besós. Se aduce, además, que esta duplicidad de reproches, penal y administrativo, no puede entenderse sanada o convalidada mediante el expediente, acogido en la Sentencia del Juzgado de lo Penal, consistente en deducir, de la pena de multa a que fue condenado, la cantidad ya abonada como multa administrativa por idéntico importe de un millón de pesetas.

¹⁵⁷ Supremo Tribunal Federal, MS 20.947-DF, Ministro Paulo Brossard, DJU 10.11.1989.

em regra, não tem o condão de impedir a ação penal¹⁵⁸, tanto que no âmbito dos crimes tributários – os quais se inserem dentro do gênero dos crimes econômicos –, uma hipótese peculiar é a seguinte: se a Administração tributária reconhecer a inexistência do tributo, a sua inconstitucionalidade ou ainda a sua inexigibilidade (leia-se: não há tributo devido, portanto, infração à legislação tributária), não há que se falar no crime tributário. Desta forma, na hipótese dos crimes tributários, estar-se-ia diante de uma hipótese em que a decisão administrativa vincula a esfera penal. Logo, são instâncias dependentes.

A questão da independência das instâncias no crime tributário ganhou nova dimensão depois da decisão de 10 de dezembro de 2003, do Supremo Tribunal Federal (HC 81.611). Nesta decisão, ficou assentado que constitui direito certo de todo contribuinte, uma vez autuado pelo Fisco, discutir administrativamente a exigibilidade ou a existência de tributo ou contribuição, isto é, se é devido ou não. Para o Supremo Tribunal Federal não há crime tributário enquanto não constituído regularmente o crédito respectivo. Este tema passou a ser debatido após a edição da lei 9.430/90. Seu artigo 83 determina que a representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária (artigos 1º e 2º da lei 8.137/90), “Será encaminhada ao Ministério Público depois de proferida decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.” Desde então, buscava-se a correta interpretação de tal dispositivo, o que deu ensejo a diversos posicionamentos tanto doutrinários quanto jurisprudenciais. Chegou-se a entender que o dispositivo estabelecia uma relação de interdependência entre as instâncias, mas a linha predominante nos tribunais rechaçava por completo este pensamento, mantendo a convicção de que a nova lei não tinha o condão de alterar a natureza da ação penal dos crimes tributários.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, manifestando-se sobre o pedido de concessão de liminar postulado na ADI 1.571, que versava sobre a constitucionalidade do artigo 83, por maioria de votos, em 20 de março de 1997, proclamou que: (i) o artigo 83 da lei 9.430/96 não estipulara uma condição de procedibilidade da ação penal por crime tributário; (ii) tal dispositivo dirige-se a atos da administração fazendária; (iii) o Ministério Público não se encontra impedido de agir antes da decisão final no procedimento administrativo. Em 10 de dezembro de 2003, entretanto, o Supremo Tribunal Federal decidiu que, no que tange aos crimes previstos no artigo 1º da lei 8.137/90, há necessidade de se aguardar a decisão administrativa, para somente então poder ser intentada a ação penal (HC 81.611). No bojo de sua fundamentação, assentou que o crime é material e exige a efetiva supressão ou redução do

¹⁵⁸ Superior Tribunal de Justiça, HC 5441-MG, Ministro Edson Vidigal, DJU 02.06.1997, p. 23.802.

tributo. Assim sendo, para a perfectibilização do crime, há que se aguardar que o contribuinte, a partir do momento em que o débito é reconhecido como devido, recuse-se a honrá-lo ou o faça em valor inferior ao apurado.

Enquanto tramita o processo (ou recurso) administrativo, o débito tributário ainda não está devidamente reconhecido (a materialidade da relação tributária não está constituída), levando a que se ressinta de um dos requisitos constitutivos do crime imputado aos acusados, qual seja, tributo ou qualquer acessório devido. Inexiste, assim, constituição inequívoca da tipicidade, o que resulta na falta de justa causa para a propositura da ação penal.

Perceba-se que há ausência de materialidade (existência) do crime tributário, o que leva a que a denúncia não possa nem mesmo ser recebida: não pode haver condenação (nem pedido) se não existe materialidade (crime). O correto, portanto, é o arquivamento da ação penal posto que enquanto não decidido definitivamente (pelo Fisco) se o tributo é devido ou não, está em jogo a própria existência (materialidade) do crime. Nestas situações, jamais se justifica a propositura imediata de ação penal. Aliás, quando intentada, mister se faz o seu arquivamento, como acaba de reconhecer o Supremo Tribunal Federal, por decisão de sua Primeira Turma (HC 82.390). Depois de tal decisão, outras seguiram, destacando-se o HC 83.414 julgado em 2 de março de 2004. Ficou constando que o crime tipificado no artigo 1º, da lei 8.137/90 é crime material que se consuma apenas com o lançamento definitivo, o que não ocorre antes do exaurimento do procedimento administrativo. Por tal razão, no dia 11 de dezembro de 2009, foi publicada a Súmula Vinculante número 24: “Não se tipifica crime material contra a ordem tributária, previsto no art. 1º, incisos I a IV, da Lei no 8.137/90, antes do lançamento definitivo do tributo.”¹⁵⁹

Ampliando este entendimento, o Supremo Tribunal Federal, no âmbito dos crimes previdenciários (também espécie do gênero crimes econômicos), tem decidido no mesmo sentido dos crimes tributários. O Tribunal Pleno, no Inquérito 2537 (de 10 de março de 2008), decidiu que no tocante ao crime de apropriação indébita previdenciária, pendente recurso administrativo em que discutida a exigibilidade do tributo, seria inviável tanto a propositura da ação penal quanto a manutenção do inquérito, sob pena de preservar-se situação que degrada o contribuinte. Conforme se observa, o Supremo Tribunal Federal vinculou a instância penal à administrativa nos crimes tributários (HC 81.611) e nos crimes previdenciários (Inquérito 2537) cujo fundamento principal não é normativo, e sim

¹⁵⁹ DJe nº 232, p. 1, em 11/12/2009.

ontológico: preenchimento ou não das elementares do tipo objetivo, o que será determinado pelo órgão com conhecimento técnico e específico sobre o tema.

Por tal razão, idêntica interpretação deve ser conferida aos crimes bancários porque os crimes econômicos, gênero do qual fazem parte os crimes tributários, previdenciários e bancários¹⁶⁰, em razão do seu caráter técnico e específico, demandam análise de órgãos com atribuição e competência específica. Com efeito, a apuração das elementares nos crimes tributários é função do Fisco, já a identificação das elementares nos crimes previdenciários é atribuição do Instituto Nacional do Seguro Social e, por fim, a individualização das elementares nos crimes bancários é de titularidade do Banco Central do Brasil. Este é um raciocínio lógico e necessário da criminalidade econômica, extremamente técnica e específica.

Por exemplo, o crime de gestão temerária, tal como tipificado no artigo 4º, parágrafo único, na Lei 7.492/86, deve ser considerado como de perigo concreto (criação de uma situação de risco), de forma que a conduta exige a produção de perigo ao Sistema Financeiro Nacional. Com efeito, a potencialidade lesiva da conduta e da ocorrência do resultado deve ser comprovada, conforme observa Juliano Breda.¹⁶¹ A ação incriminada deve ser potencialmente capaz de criar nas instituições ou nos investidores uma desconfiança da austeridade, da segurança e da credibilidade do mercado financeiro e de capitais. Esta potencialidade deve ser objetivamente comprovada. A propósito, José de Faria Costa

Por outro lado, a situação que comporta um desvalor de resultado de perigo (ou um desvalor de dano/violação) só ganha densidade axiológica no momento em que se envolve com o referencial que o bem jurídico representa. Não há situações abstratamente perigosas. Toda e qualquer situação é perigosa em relação a um referencial: pressupõe, irrefragavelmente, um outro elemento. O perigo é também nesta medida um juízo essencialmente relacional. O que determina que a noção do perigo tenha sempre de ser apreciada, na contextualidade situacional.¹⁶²

Juarez Tavares não diverge dessa concepção sustentando que “não há injusto sem a demonstração de efetiva lesão ou perigo de lesão a um determinado bem jurídico”¹⁶³. Cabe acrescentar, ainda, que a relevância e a potencialidade do perigo ao bem jurídico devem ser

¹⁶⁰ Conforme observa Manuel da Costa Andrade, “Ora, para além de sua índole *supra-individual* – aspecto formal, comum a outros grupos de *bens jurídicos* como os relativos à saúde pública, ao ambiente, etc. – os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Económico caracterizam-se materialmente pela sua relevância direta para o sistema económico, cuja sobrevivência, funcionamento ou implementação se pretende assegurar”. ANDRADE, Manuel da Costa. *A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia à Luz do Conceito de “Bem Jurídico”* in *Direito penal económico*, Coimbra: CEJ, 1985, p. 91.

¹⁶¹ BREDA, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002, p. 58.

¹⁶² COSTA, José de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992, p. 601.

¹⁶³ TAVARES, Juarez. *Op. cit.*, p. 179.

aferidas no contexto das operações fraudulentas, analisando-se a gestão de modo global, não se exigindo que cada ação isolada seja relevante ou perigosa.

Mesmo que o intérprete prefira filiar-se a entendimento diverso, é impossível admitir a caracterização da gestão temerária sem a potencialidade lesiva do risco criado. Adotando-se a lição de Gunther Jakobs, chega-se ao mesmo entendimento, pois o importante é que a punibilidade seja dirigida sempre à danosidade social da conduta¹⁶⁴. Para Jorge de Figueiredo Dias, a mesma análise é exigida, pois

A medida da necessidade de tutela de bens jurídicos não será um acto de valoração *in abstracto* (essa foi levada a cabo legislador ao determinar a moldura penal aplicável: supra, § 257 ss.), mas um acto de valoração *in concreto*, de conformação social da valoração legislativa, a levar a cabo pelo aplicador à luz das circunstâncias do caso¹⁶⁵.

Nesta ordem de idéias, o desfecho do processo administrativo junto ao Banco Central do Brasil é necessário para a configuração de eventual crime bancário, cabendo destacar que somente será possível a sua reprovação pela instância penal por força do princípio do *non bis in idem*.

¹⁶⁴ JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal- Parte General- Fundamentos y Teoria de la Imputación*. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995, p. 58.

¹⁶⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal Português: As conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 228.

3 O CRÉDITO COMO BEM JURÍDICO-PENAL

3.1 Noções iniciais

Conforme observado, a ordem econômica integra a normativa constitucional de 1988 e o direito fundamental ao desenvolvimento também é consagrado neste contexto normativo, porém, cabe destacar que delimitação do objeto do Direito penal econômico é complexa. Juan Terradillos Basoco¹⁶⁶ enfeixa uma categoria de crimes determinada pela natureza do estatuto social da empresa (crimes societários e crimes falimentares) e outros que são determinados pela natureza das atividades econômicas perpetradas pela empresa. Estes poderão ser crimes contra outros sujeitos econômicos (crimes contra a propriedade industrial, concorrência desleal, consumidor, relações de trabalho, livre concorrência e os crimes ambientais) ou contra instituições (crimes financeiros, tributários e, eventualmente, contra a administração pública).

Klaus Tiedemann¹⁶⁷, por sua vez, observa que o Direito penal econômico era entendido na doutrina predominante na Alemanha, até poucas décadas atrás, apenas aquela parte estreita do Direito penal que reforça com a ameaça de pena no Direito administrativo econômico (intervenção do estado na economia), trabalhada de forma especializada fora do Código Penal alemão. Depois que o Direito econômico se tornou uma disciplina autônoma do Direito administrativo, o Direito penal econômico na Alemanha começou a ser entendido numa acepção mais ampla: se consideraram também crimes econômicos a evasão de divisas e a fraude de subvenções, os crimes bancários e securitários, os crimes de falsificação de balanço patrimonial, assim como os crimes de adulteração de produtos alimentícios e de vinhos, até os crimes contra o comércio exterior.

Esta ampliação conceitual foi impulsionada, por um lado, pela Primeira e Segundas Leis de combate aos crimes econômicos. Juntamente, ao artigo 265 (fraude nos seguros), foram introduzidos os artigos 264 (fraude de subvenções), 265b (fraude nos créditos), 283 e seguintes (crime de quebra) e, em seguida, os artigos 263a (fraudes informáticas), 264a (fraudes no oferecimento de créditos), 266a (inadimplemento das contribuições sociais), 266b (abuso de cheque e cartão de crédito), 269 (falsificação de dados relevantes para a prova), 270 (falsificação no processamento de dados), 303a (modificação de dados), 303b (sabotagem de computadores), 152a (falsificação de eurocheque e cartão de eurocheque) e 202a (espionagem de dados).

Neste sentido, observa-se que a ampliação segue um critério criminológico de que a

¹⁶⁶ BASOCO, Juan Terradillos. Op. cit., p. 7.

¹⁶⁷ Ibid. p.2.

execução dos crimes econômicos possui como instrumento a empresa ou são praticados em seu benefício. Entretanto, conforme observa Klaus Tieddman, vem aumentando a compreensão – incluída a do Poder Legislativo da Primeira e Segunda Lei de combate aos crimes econômicos, coincidindo com as recomendações do XIII Congresso Internacional de Direito Penal da Associação Internacional de Direito Penal – de que a criminalização de abusos econômicos pode representar uma intervenção estatal menos grave nas liberdades individuais do que a formação de uma rede ampla de regulação administrativa.¹⁶⁸ Além disso, em nada contribuíram para a definição do Direito penal econômico: no período de edição da Primeira e Segunda lei, o seu objeto era apenas os crimes praticados contra as medidas de planejamento do Estado e, atualmente, este objeto é muito mais amplo e engloba inúmeros outros tipos legais cuja objetividade jurídica seja a intervenção do Estado na economia, incluídos os crimes bancários.¹⁶⁹ Na Alemanha, a definição de Direito penal econômico vem sendo baseada no Projeto Alternativo de 1977, segundo o qual o crime econômico e o Direito penal econômico se caracterizam pelo fato de que não se dirigem apenas aos bens jurídico-penais individuais, mas também supra-individuais com repercussão econômica. Desta forma, não se tutela o interesse individual do indivíduo que atua na econômica, e sim da ordem econômica em sua totalidade (sistema financeiro, tributário, bancário, etc.). Também se agregam tipos penais de proteção ao consumidor e à indústria, bem como à proteção do trabalho. Nestas linhas, Klaus Tiedemann¹⁷⁰ indica que seriam crimes econômicos. Entretanto, não parece adequado o estabelecimento de um rol exaustivo porque a mutação do crime econômico, incrementado pelos avanços tecnológicos, exigirá a adoção de um conceito dinâmico a proporcionar sua atualização conforme as transformações da sociedade contemporânea. Entendimento em sentido contrário potencializará que o Direito penal econômico entre em crise de ineficácia já a partir de sua delimitação porque não será suficiente para tutelar a ordem econômica.

Nesta ordem de idéias, o âmbito do Direito penal econômico pode ser sistematizado da seguinte forma: primeiramente, segundo o critério internacional (comércio exterior justificado pela existência da ordem econômica supranacional, por exemplo, Tratados de Roma e Montana) ou nacional (comércio interior), notadamente a ordem econômico-constitucional. Em seguida, no âmbito nacional – porque no âmbito internacional tais relações são realizadas diretamente entre os Estados, com ou sem a intermediação de órgãos internacionais –, são

¹⁶⁸ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 3.

¹⁶⁹ Ibid. p. 7-8.

¹⁷⁰ Ibid. p. 8, 19, 20, 23 e 92.

duas as relações possíveis: relação do agente econômico com o Estado ou relação entre os agentes econômicos. Para esta última relação, o marco econômico ordenador é regulado diretamente pelo Estado pelos órgãos com atribuição para a intervenção no domínio econômico (por exemplo, na regulação da energia, dos transportes, etc.), âmbito de tutela suficiente por parte do Direito administrativo, econômico e concorrencial. Especificamente dentro da relação do agente econômico com o Estado, tem importância, em primeiro lugar, a tutela penal do sistema financeiro, notadamente em função da importância dos tributos e das subvenções porque funcionam como meios indiretos de direção e regulação da economia contemporânea. Desta forma, para assegurar os ingressos financeiros o Estado se serve do Direito penal tributário e aduaneiro; já os egressos financeiros, por sua vez, são disciplinados pelo Direito penal tributário e subvencional diante da relevância das subvenções para o desenvolvimento da economia dos Estados contemporâneos. Por exemplo, na Alemanha, desde 1976, o artigo 264, do Código Penal, dispõe ser crime a captação ardilosa de subvenções.¹⁷¹

Portanto, com fundamento na “.. crisis del principio de subsidiariedad...”¹⁷², o Direito penal econômico se presta a tutelar as relações entre os agentes econômicos e o Estado, especialmente pela necessidade de delimitar a intervenção estatal na atividade econômica, dada a sua drasticidade e irreversibilidade. Por outro lado, esta especialização observada por Klaus Tiedemann¹⁷³ se justifica pelo caráter técnico e multidisciplinar dos crimes econômicos, exigindo a qualificação de todos os sujeitos – magistrados, advogados, promotores e procuradores, delegados, peritos, etc. – que atuam nas fases pré-processual e processual.

Uma forma de manifestação do processo de internacionalização do Direito penal se observa nas normas jurídicas que integram o Direito penal econômico porque revela uma tendência, embora dificultosa¹⁷⁴, de harmonização legislativa ou aproximação setorial¹⁷⁵ entre

¹⁷¹ Ibid. p. 14-15.

¹⁷² ESTÉVEZ, Juan Maria Rodríguez. *El derecho penal en la actividad económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, 1998, p. 77.

¹⁷³ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 2-3.

¹⁷⁴ MARTY, Mireille Delmás. *Del Derecho Penal a la Política Criminal*, en ILANUD, Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, Año 11, Nº 26, Bs. As., 2002, p. 80: “La armonización es un arte difícil que no sólo supone el acercamiento entre los sistemas sino también el hacerlos compatibles unos con otros, hecho que da la idea de armonía (...)”. No mesmo sentido, PERRON, Walter. *Perspectivas de la unificación del derecho penal y del derecho procesal penal en el marco de la Unión Europea*, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2005, p. 741: “Tan necesaria es una equiparación recíproca de las normas penales y procesal – penales de los Estados miembros de la Unión Europea como difícil su realización práctica”. Observa Hans Joachim Hirsch que esta dificuldade também existe na tentativa de harmonização da criminalidade

os diversos Estados com a finalidade de tutelar, com maior eficácia, bens jurídico-penais individuais os quais podem ser afetados pela criminalidade transnacional. Como se expressa Andréa Castaldo

... la criminalidad asociativa se há expandido al mundo económico: las ganancias que derivan del crimen vienen reinvertidas en circuitos económico – financieros legales, sea con el objeto de descontaminar su origen ilícito, sea por las grandes ganancias que tal actividad produce.¹⁷⁶

A adoção de um conceito de bem jurídico-penal supra-individual vem sendo criticada, especialmente por favorecer a tendência expansiva do Direito penal, além de não passar de uma mera designação sem existência real.¹⁷⁷ Entretanto, conforme observa Klaus Tiedemann¹⁷⁸, não se trata de uma interpretação correta porque dentro do processo econômico contemporâneo, extremamente complexo e complicado, se movem numerosos bens jurídico-penais intermediários, mediatizados entre os interesses do Estado e dos agentes econômicos individuais, assim como dos consumidores. Assim, o interesse supra-individual do funcionamento da circulação de crédito e do mercado de capitais tem, numa ordem econômica atual, um lugar legítimo, reconhecido pelo Direito econômico há muito tempo. Desta forma, diante dos novos acontecimentos jurídicos, surge a necessidade de proteção dos novos bens jurídico-penais. Por exemplo, logo após a crise bancária dos anos 30 foi criada uma ampla e intensa intervenção do Estado no sistema de crédito. Conjuntamente com a expansão das

comum: “(...) también al interior de los Estados europeo – continentales existen diferencias notables (...) sobre todo por motivos culturales, entre, por ejemplo, el derecho penal francés y el desarrollado en la mayoría de los demás Estados europeos (piénsese en parte del derecho penal sexual, el derecho penal de interrupción del embarazo y en la protección penal del matrimonio y la familia)”. HIRSCH, Hans Joachim. Op. cit. p. 668.

¹⁷⁵ TIEDEMANN, Klaus. *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea*, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Año III, Nº 7, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 1997, p. 54: “Son susceptibles de armonización no tanto los ordenamientos jurídico – penales y los códigos penales en su conjunto como algunos ámbitos o sectores individuales, cuya equiparación jurídica supera la división tradicional en parte especial y parte general y abarca también al Derecho penal en un sentido más amplio, incluyendo las sanciones administrativas y el Derecho procesal”.

¹⁷⁶ CASTALDO, Andréa. *Criminalidad organizada y mercado económico – financiero*, in Guillermo J. Yacobucci (Coord.), *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Ed. Ábaco, Bs. As., 2005, p. 275. Em sentido semelhante, BASOCO, Juan Terradillos. *Sistema penal y criminalidad internacional*, in Adán Nieto Martín (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Tº I, coedición Universidad Castilla – La Mancha y Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 2-3: “Ante la necesidad de definición de un contexto valorativo desde el que proyectar la construcción del sistema penal, se puede partir del dato de que la delincuencia transnacional propia del proceso globalizador en que nos encontramos inmersos es, básicamente, delincuencia económico-empresarial organizada. En efecto, tanto el Derecho interno como los Convenios internacionales recogen manifestaciones de criminalidad transnacional cuyo denominador común es la orientación, objetiva y subjetiva, a la obtención del lucro. Quizá pueda apuntarse, como excepción, la delincuencia terrorista, generalmente incluida bajo la misma rubrica [criminalidade organizada], pero lo cierto es que el terrorismo mercenario participa de los mismos caracteres, y el estrictamente político, por sus fines, presenta elementos específicos que aconsejan su tratamiento separado.”.

¹⁷⁷ TIEDDMAN, Klaus. Op. cit., p. 9.

¹⁷⁸ Ibid. p. 9-10.

necessidades creditícias das empresas, esta regulação levou ao reconhecimento da que se reconheça a economia de crédito como bem jurídico-penal supra-individual.¹⁷⁹ Com efeito, diversas fraudes, como a de crédito, deixam de ser vistas única e exclusivamente pelo prisma individual (crime contra o patrimônio) para se situar sob o plano supra-individual.¹⁸⁰

Nesta ordem de idéia, e guardando coerência com a definição de Direito penal econômico adotada, a ordem econômica é um bem jurídico-constitucional, entretanto, estará sob a tutela do Direito penal apenas a sua área mais sensível: a relação entre os agentes econômicos e o Estado, nela inserida a tutela penal do crédito, restando afastada a relação entre os agentes econômicos.

3.2 O crédito como bem jurídico-penal

3.2.1 Diferentes manifestações do direito de crédito como objeto da tutela penal

A importância do direito de crédito, enquanto estrutura jurídica pela qual se regulamentam as operações de troca de bens e serviços entre as pessoas, e a sua transcendência para a vida das pessoas e do funcionamento da economia, fundamenta a sua tutela pelo Direito penal como um valor fundamental à sociedade, desde os tempos antigos.

Na sociedade contemporânea a atividade econômica das pessoas (venda de mercadorias a crédito, cheques, cartões de crédito, etc.), das empresas (empréstimos de curto e longo prazo, desconto de letras de câmbio, etc.) e do setor público da economia (créditos à exportação, subsídios ao setor agrícola e à indústria de alta tecnologia, etc.), gira em torno do crédito. Com efeito, inclusive questões de política internacional tangem o tema do crédito, dentre as quais os problemas levantados pela dívida externa dos países do Terceiro Mundo ou à concessão de empréstimos para países do Oriente Médios os quais passam por processo de reorganização política, são apenas alguns dos exemplos internacionais, cuja expressão, pelo menos formalmente, se traduz num conceito tão utilizado pelo Direito, como o crédito.

Se a idéia de crédito como negócio jurídico for momentaneamente abandonada para se concentrar a atenção no conjunto de entidades (bancos e outras instituições de crédito) e

¹⁷⁹ Ibid. p. 10.

¹⁸⁰ Ibid. p. 11.

instrumentos (moeda e outros ativos financeiros) que permitem o exercício massivo da atividade de crédito, não é difícil valorar a sua importância no contexto das sociedades contemporâneas. Tanto assim que a sua institucionalização a nível comunitário, a criação de uma moeda única e a coordenação das políticas monetárias e de crédito constituem pilares fundamentais ao complexo processo de construção da União Europeia.¹⁸¹

Por outro lado, nas sociedades contemporâneas estão cada vez menos os negócios jurídicos cujo adimplemento se dá mediante o pagamento em dinheiro já é substituído por instrumentos de pagamento pelo crédito como cheques, cartão magnético e títulos de crédito os quais pressupõem um lapso de tempo entre o compromisso de pagar e o efetivo pagamento. O critério da troca, característico das sociedades fechadas e estáticas (Idades antiga, média e moderna), foi substituído pelo critério do crédito, característico da sociedade aberta e dinâmica (Idade contemporânea). Tudo isso mostra que, na atualidade, os processos económicos e toda a economia dependente do crédito. Esta tendência cada vez mais acentuada foi observada por Georges Ripert ao afirmar que o capitalismo converteu os proprietários em credores.¹⁸²

Com efeito, o crédito se mostra cada vez mais como um elemento central da sociedade contemporânea, de forma que se coloca o problema da sua tutela pelo Direito penal: identificação do bem jurídico tutelado, dos tipos penais, das manifestações do direito de crédito que mereçam tutela penal, das sanções adequadas, etc. Para tanto, é necessária a análise tanto da dogmática como de política criminal.

Em 1979, Alessio Lanzi chamou a atenção para a falta de um estudo sistemático da tutela penal do crédito.¹⁸³ Uma revisão da matéria, objetivando incorporar a fundo a tutela penal do crédito, deve iniciar por analisar o instituto em si (conteúdo, natureza dos interesses e o seu papel para a sociedade) com o objetivo de estabelecer, como pressuposto, o conteúdo material do bem jurídico tutelado como condição fundamental para o funcionamento das relações sociais, tanto nas suas dimensões individual (direito patrimonial) e social (direito económico), e para a identificação das manifestações do direito de crédito que mereçam a tutela penal. A própria tensão dialética entre os aspectos individual e social do direito de

¹⁸¹ MARCO, Francisco Ruiz. *La tutela penal del derecho de crédito*. Dilex: Madrid, 1995, p. 4; GARRIDO, Luis Lopes. *El Tratado de Maastricht*. Madrid, 1992, p. 38 e ss.

¹⁸² RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris, 1946, p. 124. Em sentido semelhante, CHULIA, Francisco Vicent. *Compendio crítico de Derecho mercantil*. Bosch, Barcelona, 1990, T II, p. 605. Conforme observa Torralba Soriano, “La propiedad se transforma en capital y, por tanto, em objecto de relaciones económicas. Los valores económicos están en incesante movimiento, por lo que el Derecho de obligaciones (los derechos de crédito) se convierte en el centro del sistema”. SORIANO, Vicente Torralba *Lecciones de Derecho civil*. PPU: Barcelona, 1984, V. II, p. 163.

¹⁸³ LANZI, Alessio. *La tutela penale del crédito*. CEDAM: Padova, 1979, p. 7.

crédito, em última análise, se refletem na dificuldade de se delimitar a sua tutela penal, pois caso se entenda apenas pela tutela do bem jurídico individual, o sistema econômico, por exemplo, não merecerá uma legítima tutela pelo Direito penal.

Conforme observa Francisco Ruiz Marco, a Espanha enfrenta esta dificuldade. O projeto de Código Penal de 1980 possuía, originariamente, um capítulo específico sobre os crimes contra a ordem sócio-econômica nos quais se inseriam os crimes contra o crédito. Três anos mais tarde, o Anteprojeto de Código Penal, por sua vez, inseria os crimes contra o crédito dentro do capítulo dos crimes contra a propriedade, sua localização tradicional. Por fim, os Projetos de Lei de 1992 e 1994 unificou os crimes contra o patrimônio e contra a ordem sócio-econômica no capítulo sob a rubrica crimes contra as insolvências puníveis. Este exemplo espanhol revela a grande dificuldade inerente à tutela penal do crédito, uma vez que a problemática se estabelece quando da própria identificação dos seus elementos como o bem jurídico a ser tutelado; um interesse individual a ser tutelado pelos crimes contra o patrimônio como na Espanha, ou um interesse social a exigir disciplina específica tal qual ocorre na Alemanha por figuras como o chamado crime de golpe de crédito (§ 265, “b”, do Código Penal alemão) ou na Itália com o crime de recurso abusivo de crédito (artigo 218, da Lei de Falências italiana).¹⁸⁴

Os critérios para a tutela penal do crédito são extremamente variados. Algo muito semelhante é a análise do debate levantado dentro e fora do Brasil a respeito da necessidade ou não da disciplina específica dos crimes cometidos pelas novas tecnologias, tal qual a utilização do cartão magnético, desde a sua utilização indevida por terceiros até mesmo por seu titular quando da extrapolação do seu limite de crédito. Desta simples assertiva, pode-se extrair duas vertentes da tutela penal do crédito: o aspecto material (por exemplo, o direito da instituição de crédito ser ressarcida pela utilização indevida do crédito) e instrumental (por exemplo, a tutela penal do cartão magnético). De toda sorte, pode-se afirmar que a tutela penal do crédito constitui um dos pilares básicos sobre os quais recaem os debates sobre os crimes econômicos. Tanto assim que a doutrina, repetidamente, afirma que uma das características definidoras do Direito penal econômico é a tentativa de dispensar proteção ao crédito.¹⁸⁵

¹⁸⁴ MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 8-9.

¹⁸⁵ MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 11; LOPEZ, Angel Torio. *Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio em la reforma del sistema penal*, In *Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Santiago de Compostela: Santiago de Compostela, 1982, V. V, p. 91; MUNÓZ, Eduardo Moner. *La protección penal del crédito*, In *Nuevas formas de delinquencia*. Poder Judicial: Madrid, número especial IX, p. 193: “Una característica del Derecho penal económico en formación la constituye de dispensar protección a la institución de crédito y, en consecuencia, a específicos de este, entre los que se encuentra la letra de cambio”.

O ponto de partida para o estudo da tutela penal do crédito deve recair sobre o seu próprio conteúdo a fim de se delimitar adequadamente o bem jurídico. Após analisar o seu conteúdo e os seus limites, será possível identificar quais as manifestações do direito de crédito merecem a tutela penal, e quais delas foram efetivamente tuteladas pelo direito positivo, os quais merecerão análise dogmática.

3.2.2 A aproximação ao conceito de crédito para fins de tutela penal

Os múltiplos significados que a palavra crédito possui no campo semântico exigem alguns esclarecimentos a fim de tentar definir o significado da palavra para o desenvolvimento do estudo. O fato de que o substantivo crédito é designado tanto como objeto de relação jurídica como de instrumento para o sistema econômico servirá como critério delimitador de seu conceito.

Uma primeira aproximação do significado básico da palavra mostra que o crédito pode compreender: (i) conceito amplo ou jurídico como o direito que o credor possui de receber alguma coisa do devedor (definição básica a qual expressa o conceito técnico-jurídico do instituto), cuja idéia é frequentemente expressa em linguagem jurídica como um direito subjetivo empregado no Direito civil; (ii) conceito estrito ou econômico como sinônimo de empréstimo e, mais especificamente, empréstimo de dinheiro, de forma que é tratado pela doutrina como um conceito econômico utilizado pelo Direito bancário e Direito econômico o qual merece tutela pelo Direito penal, objeto de estudo; e (iii) conceito espiritual segundo o qual o crédito traduz a idéia de confiança ou credibilidade.¹⁸⁶

É manifesta a estreita ligação entre o crédito no sentido econômico (com suas formas contratuais como empréstimo puro, crédito em conta corrente, desconto bancário, etc.) e o sistema de crédito, sua influência recíproca e os instrumentos de tutela dispensados a ambos os institutos no funcionamento geral do sistema, mas, apesar de este grau de inter-relações, metodológica e conceitual, é importante manter uma distinção clara entre o elemento (crédito) e a estrutura pela qual se exerce a sua manifestação (sistema de crédito), pelo menos para fins de tutela penal.¹⁸⁷ Desde o plano da política criminal não se trata, apenas, de duas

¹⁸⁶ MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 12-17 e 35-39.

¹⁸⁷ Ibid. p. 12.

perspectivas da mesma realidade; trata-se, no entanto, de duas realidades distintas e inconfundíveis.

Tal foi a importância alcançada pelo crédito como importante papel nas relações econômicas de livre comércio, que passaram por um processo extraordinário de regulação, sistematização e instrumentalização. Na verdade, o crédito concebido em termos econômicos, como objeto, tem sido um grande número de categorias contratuais, as quais podem ser divididas em contratos de crédito clássicos (crédito em conta corrente, crédito escritural, empréstimo de dinheiro, etc.), cuja função primordial é prover as necessidades das empresas e dos indivíduos, e modernos e tem por função básica resolver dificuldades financeiras com a utilização específica de recursos econômicos para aquisições específicas e determinada. A velocidade e a operatividade das transações econômicas, mas, acima de tudo, o aumento progressivo das necessidades de crédito e de mobilização da riqueza, as características do sistema de mercado ensejou o desenvolvimento de instrumentos de crédito. As políticas de crédito, letras de câmbio, nota promissória, as obrigações e, em geral, os títulos foram, essencialmente, sistematizados e padronizados para facilitar o seu uso generalizado, permitindo, em alguns casos, a sua transmissibilidade pela simples transferência da posse. Importante ressaltar, inclusive, que muitas das vezes são dotados com a força executiva a fim de dispensar a discussão sobre o seu conteúdo.¹⁸⁸

3.2.3 A função constitucional do crédito

Descrever o perfil de um instituto jurídico, tal qual o direito de crédito, exige o seu estudo a partir da ordem constitucional porque se a legitimação do Direito penal no Estado Democrático de Direito surge da tutela dos valores fundamentais para a vida da pessoa em sociedade, a sua busca deve recair sobre a normativa constitucional dado que um de seus objetivos é precisamente a positivação de determinadas relações sociais básicas e o reconhecimento expresso de certas áreas de autodeterminação individuais (os direitos fundamentais).¹⁸⁹

Aceita a premissa de que as valorações fundamentais do Direito positivo aparecem, de forma concentrada, na Constituição e que nela estão, explícita ou implicitamente, os valores

¹⁸⁸ MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 36-37.

¹⁸⁹ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel: Barcelona, 1976, p. 153 e ss.

fundamentais para a vida das pessoas na sociedade, é coerente a necessidade de buscar na norma constitucional o valor objeto de estudo: o crédito. Tanto a posição topográfica das referências constitucional do crédito, como a sua situação na escala valorativa que a Constituição funcionam como diretrizes para a sua definição, compreensão e interpretação.

No plano constitucional, são dois os fundamentos do direito de crédito: a liberdade de empresa e o desenvolvimento da personalidade.

3.2.3.1 A liberdade de empresa

A doutrina espanhola sustenta uma construção dogmática segundo a qual o direito de crédito encontra fundamento constitucional no princípio da liberdade de empresa (artigo 38, da Constituição espanhola)¹⁹⁰. Para Luis Díez-Picazo, o direito de crédito é parte da “Constituição econômica profunda”, conceito integrado pelo conjunto de princípios e linhas de inspiração sobre as quais a atividade econômica em sociedade se desenvolve, e a partir desta lógica, pode-se afirmar que o direito de crédito constitui um instrumento de realização pessoal por disciplinar os meios de trocas de bens e serviços característicos da ordem econômica da sociedade contemporânea.¹⁹¹

A expressão, constitucionalmente adequada, da liberdade de empresa dentro da economia de mercado representa o corolário jurídico e político e dos princípios da autonomia e da liberdade contratual, cuja tradução efetiva se materializa no surgimento dos direitos de crédito e obrigações. É o reconhecimento jurídico desta faculdade que permite a adoção de decisão autônoma com a finalidade da satisfação das necessidades individuais. Sem tais poderes (o de obrigar e o de ser obrigado), não seria possível a liberdade de empresa e de mercado.

No Brasil a unidade da ordem econômica e a transcendência do princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, da CRFB/88) imprimem a necessidade de uma regulamentação homogênea do direito de crédito, o que é expresso pela competência exclusiva da União para legislar sobre Direito civil (artigo 22, inciso I, da CRFB/88)¹⁹², tudo tendo por base a premissa

¹⁹⁰ MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 19.

¹⁹¹ PICAZO, Luis Díez. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tecnos: Madrid, 1983, V I, p. 17.

¹⁹² Na Espanha, de igual forma, conforme palavras de Francisco Ruiz Marco: “La Constitución se limita a atribuir la competencia para la ordenación básica de la estructura crediticia al Estado.” MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 67.

segundo a qual as bases das relações obrigacionais penetram a Constituição adquirindo, formalmente, o elevado grau de valor fundamental à sociedade contemporânea.

3.2.3.2 O desenvolvimento da personalidade

Conforme já observado, a Constituição garante o desenvolvimento econômico e social e, no ponto, cabe destacar que o direito de crédito constitui instrumento jurídico fundamental das sociedades contemporâneas pelo qual os indivíduos satisfazem as suas necessidades econômicas (e de outras ordens).¹⁹³ Basta imaginar, por exemplo, na pessoa que vai a um médico, ou compra uma obra de arte porque em ambas as situações o indivíduo estará satisfazendo uma necessidade humana (saúde, cultura, etc.) pelo estabelecimento de relações jurídicas de obrigação, cuja ligação com a livre iniciativa só pode ser estabelecida em termos extremamente remotos. Desta forma, o valor das relações de crédito transcende a livre iniciativa e da economia de mercado, para tornar-se elemento fundamental das relações sociais minimamente desenvolvidas. Desde o início da civilização, as pessoas têm trocado os bens e serviços mediante o estabelecimento de direitos e obrigações e quem vier a sofrer prejuízo patrimonial possuirá um direito de crédito (indenização ou reparação).

A consolidação na cultura e na sociedade como instituição jurídica fundamental representa uma conquista histórica para o modo de produção e de troca de um determinado sistema econômico. A proposição que estabelece a dependência da liberdade de empresa e de mercado dos direitos de crédito e os princípios que lhe são inerentes (autonomia, liberdade de contrato, etc.) é correta, contudo, o mesmo não se pode afirmar sobre a formulação inversa. Portanto, afirmar que a base constitucional do direito de crédito reside única e exclusivamente na livre iniciativa é equivocada especialmente por tornar o direito da personalidade como fragmentário, obscurecendo o seu valor como um instrumento fundamental das relações intersubjetivas sem a qual é inconcebível vida da comunidade. A autonomia da vontade (como princípio) e a liberdade de contrato (fonte de direito de crédito) são elementos inerentes ao desenvolvimento da personalidade humana, de forma que representa a expressão mais completa do direito constitucional de crédito.

¹⁹³ Sobre a dimensão social do crédito e a sua importância, MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 24.

Desta forma, o direito de crédito, ao invés de um resultado da livre iniciativa e da economia de mercado, é uma condição indispensável a dignidade da pessoa humana, o seu desenvolvimento livre e consectário lógico e jurídico dos direitos da personalidade¹⁹⁴ como característica essencial do Estado Democrático de Direito. Esta dimensão é a razão última que deve justificar a tutela penal do crédito por intermédio de um “... concepto material del bien jurídico-crédito.”¹⁹⁵

4. RESPONSABILIDADE PENAL DOS BANCOS¹⁹⁶

¹⁹⁴ Ibid. p. 21-24.

¹⁹⁵ Ibid. p. 87.

¹⁹⁶ Klaus Tiedemann se refere à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, das empresas e de outros agrupamentos. TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 92 e 99.

No âmbito do Direito penal bancário, Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero afirmam que o banco pode ser autor de crimes bancários, indicando o exemplo italiano¹⁹⁷. Desta feita, é necessário, antes de adentrar no estudo específico da tutela penal do banco, faz-se necessário o estudo da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e sobre o tema, Juarez Cirino dos Santos adverte que “A responsabilidade penal da pessoa jurídica é, talvez, o tema de política criminal e de direito penal mais controvertido da atualidade.”¹⁹⁸ Por tal razão, no ponto também serão delineadas apenas as premissas necessárias ao desenvolvimento do Direito penal bancário, notadamente a possibilidade de o banco figurar como autor de crimes bancários.

4.1 Noções iniciais

O estudo da Sociologia revela que a agrupação cria um ambiente que facilita e incita os seus integrantes praticarem condutas, incluídas as criminosas, para o benefício de todos. Decorre desta afirmativa a idéia de sancionar os autores materiais, os quais podem ser substituídos, senão também, e sobre tudo, a agrupação. Além disso, as novas formas de criminalidade como os crimes econômicos são tão difíceis de serem combatidos pelos sistemas e mecanismos tradicionais do Direito penal que uma nova aproximação parece indispensável.¹⁹⁹ Por outro lado, conforme observa Klaus Tiedemann²⁰⁰, a maior parte dos crimes econômicos são praticados com a ajuda de uma empresa, e o crime organizado se serve da maior parte das instituições econômicas: estabelecimentos financeiros, sociedades de exportação ou de importação, etc, concluindo que a participação de pessoas jurídicas não é, então, a exceção, senão a regra.

O estudo do tema revela dois entendimentos. Nos países influenciados pelo Direito romano-germânico vige o princípio *societas delinquere non potest*, o que significa dizer que se reputa inadmissível a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, havendo a previsão de aplicação somente de sanções administrativas ou civis. Já nos países anglo-saxões e naqueles

¹⁹⁷ DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. *Il Diritto Penale Bancario – itinerari di diritto comparato*. Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, anno XXXII, 1989, p. 942.

¹⁹⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Conferência proferida na inauguração do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC, em 6 de março de 2001, Curitiba, PR.

¹⁹⁹ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 90-91.

²⁰⁰ Ibid. p. 92.

que receberam suas influências, vigora o princípio da *common law* o qual admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Conforme observa Reinhart Maurach

Por el contrario, em el derecho penal criminal alemán se afirmó desde un principio la incapacidad delictiva de las agrupaciones. Este criterio, en particular tras la separación del derecho penal disciplinario, es hoy el dominante. Esta opinión se encuentra también sustentada por el restante pensamiento continental; en cambio, el derecho penal de Inglaterra y aún más el de los Estados Unidos de Norteamérica reconocen fundamentalmente el delito de las corporaciones.²⁰¹

No século XIX, tanto os Estados Unidos como a Inglaterra passaram a admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas pelo impacto do “corporate crime”²⁰² na sociedade da época, primeiramente para os crimes culposos e omissivos (“public welfare offences”) e, depois, de maneira geral para todos os crimes. Segundo a formulação do “Lord Justice” Denning, o agente superior é considerado como o cérebro e o alter-ego do agrupamento, de maneira que a sua atuação é a da própria pessoa jurídica (doutrina da identificação): um agente subordinado, de cargo inferior, não seria mais do que o braço da entidade, cuja responsabilidade penal não seria pessoal, senão baseada na idéia de delegação ou imputação. Este conceito se vê reforçado pela admissibilidade de uma responsabilidade penal sem culpa ou desvinculada de uma prova de culpabilidade, não apenas para os agrupamentos, mas também para todos os autores.²⁰³

Numerosos autores²⁰⁴ partem deste critério para identificar a admissibilidade ou não da responsabilização penal das pessoas jurídicas, sintetizando-o a sua admissibilidade, basicamente, em razão de seu sistema jurídico: enquanto que o sistema da *common law* admitira a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o sistema da *civil law* não a admitiria. Entretanto, conforme observa Klaus Tiedmann, em todos os casos de admissibilidade, os ordenamentos jurídicos são inspirados no pragmatismo penal o qual estabelece a plena responsabilidade penal dos agrupamentos sem levar em consideração os obstáculos dogmáticos²⁰⁵, numa visão extremamente positivista e sem base científica porque se trata de um problema de dogmática – adequação ou não dos requisitos para a prática do crime pela

²⁰¹ MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona : Ediciones Ariel, 1962, p. 178.

²⁰² TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 101.

²⁰³ No ponto, parece que estaria sendo imposto um modelo de transferência da responsabilidade sem que se prove um vínculo direto com o crime, situação que “... parece avocar a un derecho penal de autor.” SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; *et alli. La Ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*”, in Da Agra, C., (y otros), (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 130-133.

²⁰⁴ Por exemplo, Juarez Cirino dos Santos. Op. cit.

²⁰⁵ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 100. O próprio Juarez Cirino dos Santos ao afirmar que “... nos sistemas legais *codificados*...” “... seus sistemas de justiça criminal, fundados na unidade interna de instituições e normas jurídicas, apresentam obstáculos dogmáticos insuperáveis”. Com efeito, conclui que “... existem exceções...” SANTOS, Juarez Cirino. Op. cit.

pessoa jurídica – e não de política criminal – previsão ou não na ordem jurídica positiva.²⁰⁶ Sua análise deve partir, portanto, da realidade criminológica para, após, se observar as necessidades de política criminal e identificar as soluções possíveis. Em seguida, as possibilidades dogmáticas devem ser analisadas, pois, nas lições de Zugaldía Espinar “[se] aún subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la teoría jurídica del delito, pues peor para esta última”. Desta forma, o conteúdo das categorias fundamentais do Direito penal não permanecem inalteradas quando se pretende responsabilização penalmente as pessoas jurídicas, exigindo alterações de pequena monta²⁰⁷ ou pelo desenvolvimento de uma nova dogmática penal numa segunda via do Direito penal, uma via coletiva, ao lado da individual.

No âmbito do direito positivo, inúmeras legislações admitem a responsabilização penal das pessoas jurídicas: Austrália, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, Escócia, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Inglaterra, Irlanda, Itália, Japão, Noruega, Portugal, Suíça, Polónia²⁰⁸. Já no âmbito comunitário, a Comissão da União Européia, em muitas de suas diretivas, impôs aos Estados-membros a obrigação de prever a responsabilização penal das pessoas jurídicas nas ordens jurídicas internas²⁰⁹. No plano internacional, a Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 a recomendou expressamente.²¹⁰ Por outro lado, inúmeros países vêm adotando sistema diverso. Na Espanha e no Peru, por exemplo, não houve a previsão expressa da responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas apenas o seu sancionamento, de forma acessória, por medidas de cunho administrativo.²¹¹

²⁰⁶ Neste sentido, Adán Nieto Martín ao expor sobre os riscos da “... responsabilidad por transferencia ou heterorresponsabilidad en el derecho penal positivo.”, sinalizando, inclusive, problemas de “... su encaje constitucional...” MARTÍN, Adán Nieto. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008, p. 102.

²⁰⁷ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 109.

²⁰⁸ Ibid. p. 89-90, 93, 99. Cabe destacar que são cinco modelos existentes: (i) Responsabilidade civil subsidiária ou cumulativa da pessoa jurídica; (ii) responsabilidade administrativa com a aplicação de medidas de segurança, porém, pelo processo administrativo; (iii) responsabilidade administrativa com a aplicação sanções administrativas (financeiras e outras), figurando um regime quase-penal; (iv) responsabilidade penal e (v) responsabilidade mista (administrativa, civil ou penal) com a aplicação de sanções como administração forçada ou extinção da empresa. Ibid. p. 92-93. Também sobre o tema, BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica*, in Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, v. 2, São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1999, p. 64.

²⁰⁹ Entretanto, conforme observa Klaus Tiedemann, trata-se de uma responsabilidade quase-penal porque as sanções seriam de natureza administrativa. TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 90.

²¹⁰ Ibid. p. 89-90.

²¹¹ Idéia que se aproxima ao Direito de intervenção, um meio termo entre Direito penal e administrativo o qual não aplica as pesadas sanções de Direito Penal, mas que possui a mesma eficácia de combate a criminalidade econômica. No entender de Winfried Hassemer, “estaria localizado entre o Direito Penal, Direito Administrativo, entre o direito dos atos ilícitos no campo do Direito Civil, entre o campo do Direito Fiscal e utilizaria

4.2 Origem, desenvolvimento e relevância

O Direito romano não conheceu, tal como contemporaneamente se concebe, a figura da pessoa jurídica, embora já existissem certos agrupamentos de pessoas aos quais se reconheciam alguns direitos subjetivos. Nessa época, todavia, se fazia a distinção entre os direitos e obrigações daquele conjunto de pessoas, as denominadas corporações (*universitas*) e os dos seus membros (*singuli*) a qual pode ser considerada como a origem remota da responsabilidade penal da pessoa jurídica.

No início da Idade média a responsabilidade penal da pessoa jurídica começa a ser debatida porque as corporações começam a desfrutar de maior importância, dada sua relevância para as esferas econômicas e políticas da época. Embora ainda não se delimite um conceito sedimentado de pessoa jurídica, tal fato não impediu que conhecessem a figura da corporação, assim entendida como a soma e a unidade de membros titulares de direitos.²¹² Nesta ordem de idéias, estas corporações podiam cometer crimes quando a totalidade de seus membros iniciava uma ação penalmente relevante por decisão conjunta.

Este pensamento se desenvolveu até o século XVIII quando a partir das influências iluministas passou a perceber-se que a responsabilidade coletiva era incompatível com a nova realidade liberdade e autodeterminação do indivíduo, conquistas democráticas que a Revolução Francesa trouxe consigo. Esta mudança filosófica de concepção do indivíduo, do Estado e da sociedade conduzia, necessariamente, à aceitação única da responsabilidade individual, em detrimento da responsabilidade coletiva.

4.3 Premissas e fundamentos da responsabilidade penal da pessoa jurídica: possibilidades dogmáticas

determinados elementos que o fariam eficiente". HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, p. 41, out./dez. 1994.

²¹² BITTENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit. p. 54.

A doutrina costuma elencar alguns critérios para que se possa aplicar a responsabilidade penal à pessoa jurídica, entendendo que esta deverá ser reservada para alguns casos específicos, em face de um direcionamento de política criminal mais amplo. O primeiro destes requisitos é que o ilícito seja praticado no interesse e no benefício da pessoa jurídica, e que se situe no âmbito de suas atividades. Com efeito, há uma delimitação dos crimes passíveis de serem praticados pelas pessoas jurídicas como aquelas que somente a pessoa natural pode praticar na sua esfera individual (homicídio, por exemplo).²¹³ Ademais, o ilícito cometido deve ser praticado por pessoa natural que possua vínculo com a pessoa jurídica (empregado, por exemplo), havendo confluência de interesses entre ambas. Por fim, a forma da pessoa jurídica deve ser decisiva a prática do crime, notadamente pela utilização decisiva de sua estrutura e poderio econômico na prática do ilícito penal.²¹⁴

Sérgio Salomão Shecaira sintetiza o pensamento

É o poder, que se oculta por detrás da pessoa jurídica, e a concentração de forças econômicas do agrupamento que nos permitem dizer que tais infrações tenham uma robustez e força orgânica impensáveis em uma pessoa física.

Por outro lado, são dois grandes argumentos que se alinham contra a responsabilidade penal da pessoa jurídica. O primeiro se refere em relação a capacidade de ação. Na síntese possível, a doutrina americana, holandesa e inglesa afirmam que se a pessoa jurídica pode celebrar um contrato e inadimpli-lo (conduta antijurídica), extrai-se que existem no ordenamento jurídico normas que se dirigem às pessoas jurídicas. Klaus Tiedemann cita o exemplo do Direito concorrencial que, tanto no nível comunitário como interno dos Estados-membros da União Européia, se dirige diretamente as empresas e associações de empresas. As condutas das pessoas naturais que atuam para as jurídicas devem ser, pois, consideradas como das empresas, sendo irrelevante que se chegue a este resultado pela imputação da conduta à empresa ou que a entidade atue ela própria por seus órgãos. Além disso, a responsabilidade penal das pessoas jurídicas – indireta ou funcional para a doutrina holandesa e moral para a portuguesa – também se justificaria porque não se leva em consideração a conduta, o que importa é a violação das medidas e das expectativas normativas para se imputar o resultado nocivo.

²¹³ SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica (De acordo com a Lei 9.605/98)*, 1ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 100.

²¹⁴ MARTÍN, Adán Nieto. Op. cit., p. 55-66. O autor destaca o caso “New York Central & Hudson River Rail Road” como paradigma do contra-poder estatal ao poderio das empresas.

Entretanto, conforme observa Reinhart Maurach, afastando qualquer dúvida quanto à incapacidade de ação da pessoa jurídica, o conceito de ação para o Direito penal é distinto dos outros ramos do Direito, em especial o do Direito civil:

... en principio se debe negar la capacidad de actuar juridicopenal de la asociación. La frase de Liszt, frecuentemente invocada como razón contraria, de "quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios", descansa en una petición de principio, a saber, en la equiparación del concepto de acción en el derecho civil y en el derecho penal. Olvida que el concepto de acción tiene una naturaleza distinta en las diferentes ramas del derecho. Por ello no hay reparo en considerar a la corporación como titular idóneo de la acción en el derecho penal administrativo. No ocurre lo mismo en el derecho penal criminal. El que a la persona jurídica se le pueda aplicar una coacción - no otra cosa representa la pena pecuniaria del derecho penal disciplinario - se encuentra fuera de duda. Por el contrario, el reconocer la capacidad juridicopenal de acción de la persona jurídica conduciría a consecuencias insostenibles. Esto se deriva ya de la consideración tradicional del concepto de acción.

Un tal reconocimiento resultaría inadmisibile para el finalismo, que aparta el concepto de acción del simple "producir" un resultado relevante juridicopenalmente, y muestra con fuerza a la acción como produto genuino del individuo, esto es, del hombre aislado. La voluntad de la asociación no puede tampoco, por una consideración "más real", ser equiparada a la voluntad de la acción, del hombre particular. La incapacidad juridicopenal de acción de la persona jurídica se debe derivar tanto de la naturaleza de la agrupación como de la esencia de la acción.²¹⁵

Neste sentido, conforme observa Juarez Cirino dos Santos²¹⁶, a ação funciona como o fundamento psicossomático do conceito de crime, razão pela qual é um fenômeno exclusivamente humano. Trata-se de conclusão decorrente da análise de qualquer teoria sobre a ação: para o modelo causal, seria o comportamento humano voluntário; para o modelo final, seria o comportamento humano voluntário e consciente dirigido à uma finalidade; para o modelo social seria o comportamento humano voluntário e consciente, socialmente relevante, dirigido à uma finalidade; para o modelo pessoal seria a manifestação da personalidade. Se a conduta é fenômeno exclusivamente humano, então a pessoa jurídica é incapaz de ação e, por este motivo, os atos das pessoas jurídicas são referidos como situações de ausência de ação.

René Ariel Dotti destaca, com propriedade, que

... o conceito de ação como atividade humana conscientemente dirigida a um fim vem sendo tranqüilamente aceito pela doutrina brasileira, o que implica no poder de decisão pessoal entre fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, num atributo inerente às pessoas naturais.²¹⁷

Com efeito, sem os elementos cognoscitivo (consciência) e volitivo (vontade), exclusivos da pessoa natural, é impossível se falar, tecnicamente, em ação para fins de responsabilização penal da pessoa jurídica. Portanto, a ação (comissiva, dolosa ou culposa, ou

²¹⁵ MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 179-180.

²¹⁶ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit.

²¹⁷ DOTTI, René Ariel, *A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do Direito brasileiro)*, RBCCrim, n. 11 (julho-setembro de 1995), p. 191.

omissiva), elemento do conceito de crime, só pode ser um comportamento humano, inaplicável à pessoa jurídica e insubstituível por critérios análogos, como o da atividade empresarial, por exemplo.

O segundo argumento se refere à capacidade de culpabilidade.²¹⁸ O Tribunal Constitucional Federal alemão vem admitindo, desde o caso “Bertelsmann”, imputar a culpabilidade de uma pessoa natural a uma jurídica. Por outro lado, a Corte de Justiça da Comunidade Européia segue a tendência de adotar uma culpabilidade própria da pessoa jurídica, determinada conforme critérios e padrões do Direito civil e administrativo.²¹⁹ Países como os Estados Unidos, Itália, Japão, Noruega e Suíça, além da Alemanha²²⁰, admitem a culpabilidade das pessoas jurídicas baseada na sua falta de organização, critério distinto daquele adotado para a culpabilidade da pessoa natural.²²¹

Embora não se negue que o reconhecimento da culpabilidade da pessoa jurídica seja uma “...consecuencias de su realidad social...”²²², notadamente porque “Una modernización del Derecho penal en estos términos guardaría correspondencia con el actual fenómeno de la colectivización de la vida, y serviría para combatir algunos excesos de la globalización.”²²³, no Direito penal, a ação está sempre ligada ao comportamento humano²²⁴ – não se pune mais do que as ações próprias das pessoas naturais, conforme observa Barbero na Espanha e Engisch na Inglaterra²²⁵ – já que no Direito penal também há a constatação de que uma ação é o resultado de uma atribuição, não a descrição da natureza ou imposição normativa.²²⁶

Cabe destacar, ainda, conforme observa Gracia Martín, que embora se diga que determinadas normas se dirijam às pessoas jurídicas,²²⁷ nada se diz sobre a questão de quem deve desempenhar as obrigações correspondentes. Por exemplo, as normas tributárias também

²¹⁸ Adán Nieto Martín informa alguns modelos legislativos e propostas doutrinárias sobre o tema. MARTÍN, Adán Nieto. Op. cit., p. 127-177.

²¹⁹ Segundo Klaus Tiedemann, esta categoria própria de culpabilidade de empresa seria a tendência dos ordenamentos jurídicos europeus. TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 106.

²²⁰ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 105.

²²¹ Ibid. p. 107.

²²² Ibid. p. 107.

²²³ Ibid. p. 110.

²²⁴ Conforme assentou Raúl Eugenio Zaffaroni: “8º) Que, en síntesis, la operatividad de la máxima constitucional *nulla injuria sine actione* impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio *societas delinquere non potest* (o *universitas delinquere nequit*); el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena”. CSJN, F. 572.XI, 30/05/06, “Fly Machine S.R.L.” s/recurso extraordinario”, en “Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal”, segunda quincena julio de 2006, Año III – vol. 70, Córdoba, p 4564-4565.

²²⁵ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 103.

²²⁶ Ibid. p. 103.

²²⁷ Ibid. p. 108.

se dirigem aos recém-nascidos sem que a eles se possa imputar eventuais crimes tributários praticados por seus pais em seu favor.

A culpabilidade de uma pessoa a outra pessoa é vedada pelo princípio da culpabilidade, de cunho constitucional²²⁸: a culpabilidade deve ser da própria pessoa que praticou a conduta criminosa. Além disso, a culpabilidade significa uma reprovação ética e moral que excluiria as pessoas jurídicas, as quais, com efeito, não poderiam ser destinatárias das penas com as finalidades preventivas e retributivas. Ademais, há lesão do princípio da personalidade da pena: acionistas minoritários vencidos em assembléias gerais, ou sócios que não participaram da decisão, seriam igualmente atingidos pela pena aplicada à pessoa jurídica.²²⁹ Por fim, há, ainda, lesão ao princípio da punibilidade porque inaplicável à pessoa jurídica, incapaz das emoções ou sentimentos humanos que fundamentam os fins atribuídos à pena criminal.

Nesta ordem de idéias, tem-se que os bancos não podem ser autores de crimes, mas apenas a pessoa natural que praticou a ação quem, para fins deste estudo, será designado genericamente de “bancário”.²³⁰

²²⁸ Ibid. p. 104-105.

²²⁹ MARTÍN, Adán Nieto. Op. cit., p. 107-110.

²³⁰ Na maioria dos artigos da Lei 7.492/86, o sujeito ativo é reconhecido de imediato, tais como os artigos 5º, 12, 13, parágrafo único, 15, 17 e 23. Entretanto, nos artigos 2º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 11, 14, 16, 18, 22, o sujeito ativo é inferido a partir da descrição do tipo, pois, somente, quem tem uma determinada qualidade ou condição jurídica poderá realizar tais tipos penais, havendo necessidade de interpretá-los sistematicamente com o artigo 25, da Lei 7.492/86, segundo o qual “São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes” e em seu § 1º “Equiparam-se aos administradores de instituição financeira o interventor, o liquidante ou o síndico.”. Trata-se, portanto, do rol dos possíveis sujeitos ativos dos crimes bancários.

5 DELINEAMENTOS DO DIREITO PENAL BANCÁRIO

5.1 Noções iniciais

A importância do crédito econômico na sociedade contemporânea e, assim, as instituições que o concedem, impulsionou a proliferação de contratos que formalizam e instrumentos que representam, bem como a importância que os bancos, e, em geral, os grandes grupos financeiros ganharam nos sistemas econômicos. Este incremento nas relações creditícias e, em especial, a sua importância refletiram na necessidade do desenvolvimento de sua tutela penal, objetivando não apenas o crédito, mas o sistema de crédito como um todo. O crédito, conforme já observado, deixa de funcionar como um mero direito econômico para figurar como um pilar fundamental da economia do Estado contemporâneo.

Com efeito, a tutela do crédito se mostra como um novo campo para a aplicação do Direito penal, principalmente tendo em vista a proteção do crédito e a sua utilização ou negociação regular, dentro do atual debate sobre os crimes econômicos.

5.2 Origem, desenvolvimento e relevância

A referência mais segura da tutela penal do crédito pode ser encontrada no parágrafo 48, da Lei de Dotações de 1939, da Áustria, o qual previu o crime de fraude de crédito. Influenciado por esta normativa, em 1976, a Alemanha editou a Primeira Lei de combate aos crimes econômicos a qual introduziu no Código Penal alemão o parágrafo 265 b), denominado de crime de fraude de crédito (“Kreditbetrug”), numa acepção ainda mais ampla. Em seus termos, são punidos os gerentes ou representantes de empresas solicitam crédito para a produção de documentos (balanços, lucros e perdas, etc.) ou declarações especulativas, imprecisas ou incompletas de seus, desde que essas declarações sejam relevantes para decidir sobre o pedido de crédito (n.º 265 B), 1º) e aqueles que não informam a piora de seu estado patrimonial ao solicitar o empréstimo (n.º 265 B) 2º). No ano de 1984, Portugal criminalizou idêntica conduta no crime de obtenção de crédito fraudulento estabelecido no artigo 38, do Decreto-Lei 28/1984 cuja objetividade jurídica consistia na tutela da economia nacional.

Quanto à proteção penal dos instrumentos de crédito, o artigo 509, do Código penal da Bélgica objetivava punir aqueles que buscam de forma fraudulenta de fundos pela emissão de

letra de câmbio representativa de uma dívida inexistente. Além disso, na Alemanha, a Primeira Lei de combate aos crimes econômicos criminalizou o desconto de letras de câmbio não comercial (n.º 186), além da emissão de cheques sem fundos (n.º 184), e abuso de cartão de crédito acima do limite permitido (n.º 185).

Este desenvolvimento foi percebido pela Espanha onde, embora não tenha ensejado uma criminalização específica de ataques contra as múltiplas formas de empréstimos bancários, o projeto de Código Penal de 1980 incluiu uma ofensa, para ratificar a negociação de letras de câmbio que não responderam às operações reais (artigo 353) que pertencia ao capítulo “Dos crimes de intermediação e pagamento de crédito”.

5.3 Definição, bem jurídico-penal tutelado e sujeitos do crime

Conforme observado, o Direito penal econômico não possui autonomia científica, figurando como uma subárea do Direito penal que se propõe a dispor sobre as normas jurídicas para disciplinar as relações entre os agentes econômicos e o Estado, objetivando limitar a intervenção estatal na economia pela tutela penal²³¹ e preservar as liberdades individuais decorrentes das relações econômicas.

Com efeito, revelado que o elemento caracterizador do Direito penal bancário é o crédito – bem jurídico-penal, na sua acepção econômica –, este que se insere dentro da economia, é certo que o seu conceito será ainda mais restrito. Nesta ordem de idéias, pode ser definido como a área do Direito penal econômico que tutela as relações entre as instituições de crédito e o Estado, objetivando limitar a intervenção estatal no sistema creditício, permitindo o livre exercício da empresa e o desenvolvimento da personalidade.

Conseqüentemente, os sujeitos da criminalidade bancária estarão presentes nesta relação entre instituições de crédito e o Estado. A posição de sujeito ativo irá variar conforme a posição do banco no âmbito do ilícito penal: (i) na hipótese do bancário-autor, os crimes bancários serão próprios e só poderão ser praticados pelas pessoas indicadas no tipo objetivo (por exemplo, nos artigos 5º, 12, 13, parágrafo único, 15, 17 e 23, da Lei 7.492/86), ou pela incidência da norma de extensão do artigo 25 e § 1º, da Lei 7.492/86, estes em relação aos

²³¹ “El mal que se causa a través de la imposición de una pena, sólo resulta conforme con el principio de proporcionalidad si con ello se trata de tutelar un interés esencial para el ciudadano o la vida en comunidad”. ESTÉVEZ, Juan Maria Rodríguez. Op. cit., p. 77. Em sentido semelhante, ZAPATERO, Luis Arroyo. Op. Cit., p. 1-2.

crimes dos artigos 2º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 11, 14, 16, 18, e 22; e (ii) na hipótese do banco-instrumento e do banco-vítima, qualquer pessoa poderá figurar como sujeito ativo porque serão considerados crimes comuns, não exigindo qualquer qualidade especial por parte do autor do crime. Por fim, sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa que participe da relação de crédito como os correntistas, cooperados e até a própria instituição de crédito.

5.4 Crimes bancários

5.4.1 Novas tecnologias e criminalidade bancária

A globalização econômica e a integração regional vêm promovendo um incrível incremento dos meios de transporte e de comunicação, bem como o acentuado o desenvolvimento e acúmulo dos recursos econômicos e financeiros²³², o que levou à internacionalização da prevenção e repressão ao crime²³³. A consequência da introdução e a rápida difusão de sistemas informáticos no setor econômico-financeiro, e em particular no bancário, tiveram como consequência não desejada o incremento de novas formas de criminalidade – os “computer-crimes” ou “Computerdelikte”²³⁴ – as quais vem ensejando um problema de eficácia da tutela penal, demonstrando em primeiro lugar a dificuldade e, às vezes, a impossibilidade de aplicar a estas novas condutas os tipos penais existentes. A doutrina européia insere a criminalidade bancária decorrente das novas tecnologias dentro esta criminalidade, revelando-se um conceito de matriz criminológica o qual pode significar desde os atentados ao patrimônio do banco ou somente pela espionagem industrial, ou, às vezes, por manipulação de dados com finalidade de aproveitamento, até abraçar, em outros contextos, qualquer comportamento.²³⁵

Quanto à criminalidade relativa ao computador, o sistema bancário francês conhece sofisticadas formas de fraudes informáticas postas em prática por funcionários. Entre as que causam dano aos bancos, a manifestação mais visível na prática é, por outro lado, representada pelo abuso de cartões magnéticos. Na ausência de intervenção do Poder

²³² SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil- aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 255-259.

²³³ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004, p. 14-16.

²³⁴ DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. *Op. cit.*, p. 1334.

²³⁵ *Ibid.* p. 974-975.

Legislador francês especificamente voltada a tais fenômenos, põe-se a problemática de verificar, em relação a diversos grupos de hipóteses, em qual medida possam aplicar-se as tradicionais incriminações à tutela do patrimônio.²³⁶ Diversas situações poderão surgir. Por exemplo, pode ocorrer a subtração ou falsificação do cartão magnético por terceiros e a sua posterior utilização indevida. Segundo a doutrina e a jurisprudência, neste caso, o saque abusivo de dinheiro de um caixa eletrônico por operação bancária de um sujeito diferente do titular pode integrar-se no esquema da fraude, configurando-se a utilização do cartão magnético falso ou roubado como manobra fraudulenta, ou como uso de nome falso (artigo 405, do Código Penal francês).²³⁷ Pode, ainda, a utilização abusiva ocorrer por parte do próprio titular do cartão magnético quando ainda que o cartão esteja vencido ou tenha sido anulado pelo banco, ou mesmo enquanto seja utilizado para efetuar saques além dos limites do saldo ativo da conta. Na primeira hipótese, de regra, o saque não se realiza, mas a máquina retém o cartão magnético. O quesito aponta-se, então, fundamentalmente sobre a possibilidade de qualificar o fato como tentativa de fraude ou de furto. Em relação à fraude, tem-se, porém, que a mera apresentação de um cartão magnético vencido ou anulado possa qualificar-se como engano, mas não se integra num verdadeiro comportamento fraudulento. Pode, ao contrário, ter-se integrado numa tentativa de furto, com a condição de que o agente não disponha de fundos suficientes junto ao banco: neste caso, ele procura subtrair dinheiro do banco contra a vontade do proprietário. A hipótese, enfim, de que o titular de um cartão magnético regular efetue um saque excedente ao saldo ativo da conta não possui tipificação penal específica na França, de forma que a jurisprudência majoritária é orientada pela Corte de Cassação no caso “arrêt Lafond” no qual afirmou-se que o saque, por um guichê automático, de somas excedentes ao saldo ativo da conta corrente, integra a inobservância de uma obrigação contratual (por contrato, o titular do cartão magnético deve, preliminarmente a cada saque, e sob a sua responsabilidade, assegurar-se da existência na conta de uma provisão suficiente e disponível).²³⁸

Desta forma, o que se pode observar é a capacidade de adaptação do Direito penal às chamadas fraudes informáticas objetivando tutelar os interesses patrimoniais dos institutos de crédito. Daí, algumas propostas tendentes a introduzir novas figuras de crime quer na forma de um vasto tipo contravencional na França (obtenção fraudulenta de objetos fornecidos por um aparelho automático, segundo a formulação do “A vant Projet de Code pénal, partie

²³⁶ Ibid. p. 976.

²³⁷ Ibid. p. 976.

²³⁸ Ibid. p. 977.

spéciale”, de 1980).²³⁹

5.4.2 Estudo comparado da legislação penal bancária

Assentadas as premissas do estudo do Direito penal bancário, dada a inexistência de estudo específico tanto em âmbito estrangeiro como nacional, o Direito comparado funciona como um importante instrumento, pois possibilita a compreensão porque diversos sistemas jurídicos terminam por reproduzir soluções analógicas sobre temas semelhantes ou idênticos, por meio de detido exame comparativo dos sistemas jurídicos envolvidos, em busca da aceitação e pelo melhor conhecimento da riqueza e da diversidade do mundo, com o espírito da tolerância e o princípio da proximidade, permitindo a compreensão entre os povos e conseqüentemente a superação de tensões internacionais.

Um estudo de Direito comparado sobre a tutela penal do banco e do crédito deve ser conduzido somente considerando os movimentos de dimensão criminológica dos fenômenos que as operações bancárias e atividades de crédito evidenciam, atualmente, exigência de tutela penal²⁴⁰ porque, conforme observado, são instrumentos para a promoção do direito fundamental ao desenvolvimento. Enumerados os pontos problemáticos mais relevantes, será possível colocar em confronto as soluções predispostas pelos diferentes ordenamentos, superando os impasses que poderiam derivar de sistemáticas jurídicas largamente afastadas.

A doutrina adota um modelo estrutural concentrado na diversa colocação do banco na realização do crime. Jesús-María Silva Sanchez distingue três de hipóteses: (i) o banco como autor do crime (banco-autor) – situações nas quais o banco diretamente, como pessoa jurídica, realiza um crime conexo à intermediação no crédito, ou concorram para a realização de um crime similar –; (ii) o banco como vítima do crime (banco-vítima) – na hipótese de crime que lese diretamente o seu patrimônio – e (iii) o banco como instrumento para a prática do crime (banco-instrumento) – tem como autor e como vítima dois sujeitos estranhos ao instituto de crédito, sendo que o banco fornece o meio econômico-jurídico para a sua realização.²⁴¹ Por outro lado, Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero indicam uma quarta hipótese: banco-autor-vítima.²⁴²

²³⁹ Ibid. p. 978.

²⁴⁰ DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. Op. cit., p. 940-941.

²⁴¹ SÁNCHEZ. Jesús-María Silva. *El Derecho penal bancario em España*. Actualidad Penal, n. 47/19 – 19-25 diciembre, 1994, p. 901.

²⁴² Ibid. 941

Com efeito, como critério metodológico fundamental, embora também se adote a colocação do banco na realização do crime, antes se faz necessária a sua análise sob o plano da dogmática penal. A adjetivação do banco como instrumento e como vítima não revelam qualquer dificuldade. Os problemas surgem quando de sua qualificação como autor e como autor-vítima. A primeira hipótese (banco-autor), conforme já desenvolvido, não revela compatibilidade com o atual estágio de desenvolvimento da teoria do crime, em especial pelos conceitos de ação e culpabilidade, o que não impede o estudo dos crimes porque a responsabilização penal será possível, desde que, no caso concreto, identifique-se a pessoa natural (bancário) que praticou o ilícito penal. A segunda (banco-autor-vítima) também não guarda conformidade com a dogmática penal porque se trata de situação contrária ao princípio da lesividade, uma vez que não haverá ofensa de bem jurídico-penal de terceiros, mas do próprio autor do crime.

A proposta do estudo não é debater os crimes bancários tipificados na legislação brasileira, até porque esta criminalidade centra-se na Lei 7.492/86, a qual já foi objeto de inúmeros estudos científicos²⁴³, e sim discutir, a partir do estudo de Direito comparado, as formas tutela penal do banco e do crédito mais atuais nas legislações estrangeiras para, após, analisar se a ordem jurídica brasileira promove esta tutela de forma satisfatória ou não.

5.4.2.1 O bancário-autor

5.4.2.1.1 Crimes de exercício da atividade de crédito sem autorização, do exercício abusivo da intermediação do crédito e da assunção abusiva da qualificação de banco

Os crimes de exercício da atividade de crédito sem autorização, do exercício abusivo da intermediação do crédito e da assunção abusiva da qualificação de banco, por se tratarem de ilícitos próximos, são tratados conjuntamente nas mais diversas legislações estrangeiras.

Na Itália o crime de exercício abusivo da intermediação de crédito e da assunção abusiva da qualificação de banco estão previsto nos incisos I e II, respectivamente, do artigo 96, do Decreto-lei 375/36, resultante do artigo 29, da Lei 55/90. Tratam-se de crimes formais os quais dispensam a lesividade concreta da conduta a bem jurídico-penal em defesa da forma de oligopólio administrado²⁴⁴, garantindo a confiança gerada no público pela denominação

²⁴³ Por exemplo, MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 1999.

²⁴⁴ DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. Op. cit., p. 941-942.

banco enquanto instituição autorizada pelo Banco de Itália ao exercício da intermediação no crédito. Entretanto, conforme observam Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, a tutela prevista no artigo 29, da Lei 55/1990, não considera adequadamente a mudança da ordem global do sistema creditício, devendo ser interpretada a partir da Resolução da Comunidade Económica Europeia 77/780, sobre o acesso à atividade dos entes creditícios e o seu exercício. Os pressupostos da autorização, tão-somente, aos requisitos objetivos de transparência e garantia da gestão do crédito, sem deixar espaço a avaliações discricionárias do Poder Público relativas a exigências económicas do mercado, o objeto de tutela assume um conteúdo material: não mais o interesse abstrato do controle administrativo do oligopólio, mas a direta proteção da garantia e do patrimônio dos usuários²⁴⁵.

Já na Alemanha o crime de exercício abusivo do crédito também tutela a ordem institucional-organizacional do sistema creditício, assim como delineado pela “Kreditwesengesetz” (lei bancária alemã). O § 54, número 2, da lei incrimina, em primeiro lugar, quem conduz uma empresa bancária sem a autorização prescrita pelo § 32, da lei (exercício abusivo da atividade bancária), o qual possui com tipo subjetivo o dolo ou a culpa. Sobre a incriminação a título de culpa, Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero ensinam que a conduta culposa pode ser reconhecida, quase que exclusivamente, na hipótese em que o agente inicie a condução de uma empresa bancária na errônea convicção de estar já em poder da autorização necessária, enquanto, por exemplo, esta última não se estende à nova empresa, ou, à própria autorização já vencida.²⁴⁶ O § 54 número 1, da lei é norma sancionatória das proibições de atividades creditícias específicas configuradas no § 3º, da lei (exercício de atividades bancárias não consentidas), o qual incriminada a conduta de quem desenvolve atividades que sejam proibidas pela norma do § 3º. A terceira hipótese de atividade bancária proibida contempla o exercício de atividade de crédito no qual, por um acordo entre as partes, ou sobre a base de um uso comercial, seja excluída, ou tomada muito difícil, a possibilidade de dispor da quantia depositada ou investida, mediante saque em dinheiro (§ 3º, número 3, da lei). A finalidade destas incriminações reside na proteção do público, dos usuários-depositantes, identificados como o contraente fraco da relação, por formas específicas de intermediação no crédito, particularmente arriscadas ou desfavoráveis. Também neste caso, todavia, as estatísticas sinalizam que as atividades de crédito proibidas por parte de bancos regularmente autorizados não são conhecidas até hoje na Alemanha, de forma que as condenações pelo § 54, número 1, da lei, dos últimos anos são definidas como esporádicas

²⁴⁵ Ibid. p. 942.

²⁴⁶ Ibid. p. 1318-1319.

pela doutrina.²⁴⁷

Por outro lado, na França a Lei 2-532/1941 contemplava três figuras fundamentais de crime. Em primeiro lugar, o atentado ao monopólio bancário (em sentido estrito): pela norma do artigo 3º, respondiam por este crime as empresas, diferentes dos bancos, que recolhessem do público depósitos de fundos à vista ou, pelo menos, de dois anos. A noção de fundos recebidos em depósito era fornecida pelo artigo 4º da lei que precisava, entretanto, como o depositário deveria adquirir o direito de dispor do dinheiro por conta própria, não necessariamente por operações de crédito ou financeiras, mas pelas necessidades da sua atividade e deveria, outrossim, assegurar ao depositante um serviço de caixa. Da área de incriminação estavam excluídos os depósitos efetuados pelos funcionários da empresa e, também, os fundos fornecidos por aqueles parceiros financeiros (artigo 2º).²⁴⁸ De outro lado, o artigo 5º descrevia uma vasta tipologia de operações assimiladas ao recolhimento de fundos em depósito.

Além disso, o artigo 12 da Lei 2-532/1941 proibia qualquer empresa que não fosse previamente inscrita na lista dos bancos, tida pelo “Conseil National du Crédit” (Conselho Nacional do Crédito) de exercer a atividade definida no artigo 1º: vedava o recolhimento, pelo público, sob a forma de depósito, ou, ainda, por profissão habitual, de fundos que a empresa usasse por conta própria, em operações de desconto, de crédito ou financeiras. A norma visava, então, garantir, pela sanção penal, a sujeição de cada empresa operante como banco aos controles que a própria lei atribuía ao Conselho Nacional do Crédito, não apenas condicionando aos requisitos econômicos, organizacionais e de confiabilidade, mas também de conformidade às necessidades econômicas gerais ou locais, tratamento semelhante conferido ao exercício ilegal de atividades reservadas aos institutos financeiros, configurado - no artigo 6º, da Lei 2-533/1941, relativos aos institutos financeiros (conceito amplo para abranger as empresas operantes no setor creditício, diferenciadas dos bancos somente quanto à origem dos fundos, que deveriam ser próprios da empresa e, não, recolhidos pelo público; e sujeitas, igualmente, como os bancos a registro junto ao *CNC*, sob a base dos mesmos critérios de admissão).²⁴⁹

As leis ainda delineavam diversos tipos de emprego ilegal dos termos banco e instituto financeiro. Com referência aos bancos, o artigo 12 da Lei 2-533/1941 proibia, a qualquer empresa não inscrita na lista dos bancos, de fazer figurar os termos banco, banqueiro ou

²⁴⁷ Ibid. p. 1319-1320.

²⁴⁸ Ibid. p. 953.

²⁴⁹ Ibid. p. 954.

instituto de crédito na própria denominação, na própria razão social ou na própria publicidade, ou mesmo de utilizá-los, de qualquer modo, na própria atividade. Figuras de ilícitos menos graves endereçavam-se, depois, ao terceiro que, em um escrito tornado público, qualificasse como banco ou instituto de crédito uma empresa não inscrita (Lei 2-533/1941, artigo 23), e, também, ao autor de uma menção, tendo por escopo ou por efeito fazer crer que um instituto financeiro fosse, ao invés, inscrito na lista dos bancos (Lei 2-533/1941, artigo 6º).

A Lei Bancária 84-46/1984, por sua vez, remodelou a disciplina penal do monopólio bancário, adequando a norma penal à nova ordem global do sistema de crédito. Como a lei bancária de 1984 introduziu a nova categoria do instituto de crédito: segundo a norma do artigo 1º, os institutos de crédito são pessoas morais, que efetuam operações bancárias a título de profissão habitual. As operações bancárias compreendem o recolhimento de fundos do público, as operações de crédito e, ainda, a cota à disposição da clientela ou gestão dos meios de pagamento. À luz das definições dos fundos recolhidos do público, de operações de crédito e de meios de pagamento (compreendida, esta última, pela moeda eletrônica), fornecidas pelos artigos 2º, 3º e 4º da mesma lei, surge a nova figura do instituto de crédito, não só compreendendo as duas tradicionais categorias do banco inscrito e do instituto financeiro, mas tendo contornos sensivelmente mais largos. A unificação estatutária excetua somente alguns institutos de crédito contemplados no artigo 8º; enquanto no interior da categoria geral, o artigo 18 distingue entre banco, banco mutualista ou cooperativa, caixa de poupança e de previdência, caixa de crédito municipal, sociedade financeira e instituições financeiras especializadas. Permanece, segundo a nova normativa, a exigência de uma autorização ao exercício da atividade bancária: tal autorização é liberada pelo “Comité des établissements de crédit” (Comitê de Fixação do Crédito do artigo 15, número 1), sob a base de critérios elencados nos artigos 15, 16 e 17, em conformidade com Resolução da Comunidade Econômica Européia, de 1977. Percebe-se, portanto que, ao contrário do sistema italiano, o francês já se encontra em conformidade com as disposições do Direito comunitário.

A tutela penal do monopólio das operações bancárias é, em primeiro lugar, dedicado o artigo 10, número 1, da Lei Bancária 84-46/1984 a qual proíbe, a qualquer pessoa diversa de um instituto de crédito, de efetuar operações bancárias a título habitual. Com base no que se observou anteriormente, para integrar o crime será suficiente o exercício habitual de somente uma dentre as três formas de operações bancárias. São previstas expressamente (artigos 11 e 12) algumas exceções ao monopólio configurado no artigo 10, a favor dos institutos de crédito: de particular relevância, a possibilidade reconhecida às empresas de qualquer natureza de proceder a operações de tesouraria, com sociedades coligadas ao interior de um

grupo (artigo 12, número 3).

Também as novas denominações bancárias formam objeto de um monopólio penalmente protegido.²⁵⁰ É proibido a qualquer empresa diversa de um instituto de crédito utilizar uma denominação, uma razão social, uma publicidade ou, em geral, expressões, que façam crer que ela é autorizada como instituto de crédito, ou criar confusão nesta matéria (artigo 14, número 1); além disso, é proibido a um instituto de crédito deixar entender que ele pertença a uma categoria diferente daquela, pela qual obteve a autorização ou de criar confusão sobre este ponto (artigo 14, número 2). O primeiro tipo compreende uma gama de comportamentos incorretos, capazes de gerar perigosa confiança no público. Já o tipo do artigo 14, número 2 é descrito com a mesma técnica; a tutela penal aponta, neste caso, várias categorias de instituto de crédito individuadas, com esferas de atividades específicas, no artigo 18. A nova disciplina reflete com clareza a intenção de revitalizar o controle penal em uma esfera, à qual convergem interesses relevantes e múltiplos: interesses do sistema econômico em geral, dos mesmos institutos de crédito e dos poupadores.²⁵¹

A tutela penal da atividade bancária não se exaure, por outro lado, na repressão dos atentados ao monopólio constituído pela lei em favor dos institutos de crédito. No ordenamento francês, a atividade bancária é protegida também pelas interdições da profissão bancária, cuja inobservância é sancionada penalmente sobre aquelas correlatas a uma condenação, pode-se distinguir entre: (i) interdições derivadas, de direito, da condenação por determinados crimes; (ii) interdições expressamente dispostas pelo magistrado penal; (iii) interdições conexas com a declaração de falência pessoal, pronunciada pelo magistrado civil e (iv) interdições derivadas da aplicação, na sede judicial, da sanção disciplinar da decadência das funções do funcionário público. Entretanto, conforme observam Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, na Lei 84-46/1984 são redisciplinadas pelo artigo 13 somente as interdições dos pontos (i), (iii) e (iv).²⁵² A contribuição de racionalização e de unificação da disciplina, trazida pela reforma está, então, circunscrita neste âmbito.

A nova disciplina das atividades de intermediação em operações bancárias liga-se, enfim, a uma perspectiva de tutela dos usuários do crédito (artigos 65 e seguintes da Lei 84-46/1984). Desta norma, são defendidas por sanções penais: (i) a proibição de exercer atividade de intermediação entre duas pessoas, das quais nem uma, nem outra, seja um instituto de crédito (artigos 65, número 2 e 77, l.b); (ii) a interdição da intermediação bancária

²⁵⁰ Ibid. p. 957.

²⁵¹ Ibid. p. 959.

²⁵² Ibid. p. 960-961.

de quem se encontre em uma das situações previstas no artigo 13 (artigos 71 e 77 l.b.) e (iii) a obrigação, de todo intermediário em operações bancárias, ao qual sejam confiados fundos como mandatário das partes, de fornecer uma garantia financeira especificamente destinada ao reembolso de tais fundos.

Na Espanha, a premissa de partida é a mesma da França, da Itália e da Alemanha: o exercício da intermediação financeira está reservada exclusivamente aos bancos e outras entidades em regime de monopólio. Contudo, tal qual observa Jesús-María Silva Sanchez, o sistema espanhol não seguiu esta tendência de criminalização, sendo necessário o estudo da lei administrativa 26/1988 a qual, no seu artigo 28.1, indica uma proibição equiparável ao exercício da atividade bancária²⁵³, entretanto, o tema permanece na esfera administrativa.

Por fim no Brasil, assim como na Itália, Alemanha, Espanha e França, busca garantir o regular funcionamento das instituições financeiras como alicerces do Sistema Financeiro Nacional, e, “... ao mesmo tempo, proteger os investidores que nestas alocam seus recursos...”²⁵⁴, tudo com fundamento no artigo 192, incisos I e II, da CRFB/88. Entretanto, não se trata de um sistema puramente afeto ao Direito penal como na Itália, Alemanha e França, e nem exclusivo do domínio do Direito administrativo como na Espanha. O sistema brasileiro possui contornos mistos porque a conduta mais drástica ao Sistema Financeiro Nacional encontra amparo no artigo 16, da Lei 7.492/86, o qual, todavia, não é exaustivo, existindo uma ampla disciplina por parte da normativa do Banco Central do Brasil.

5.4.2.2 O banco-vítima

5.4.2.1.1 Crime de furto-saque de caixa eletrônico

Ao contrário do que afirmam Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, neste crime o banco figura como vítima porque, pelo fato de a relação entre o banco e o cliente ser de consumo, arcará com os prejuízos em decorrência do risco da atividade por ele desenvolvida.

O crime de furto-saque de caixa eletrônico merece destaque notadamente por possuir como elemento unificador e caracterizador do uso das novas tecnologias.²⁵⁵ Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero observam que não existe uma criminalização específica na Europa, sendo que a jurisprudência tem enfrentado a problemática realizando o juízo de tipicidade no

²⁵³ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón Fernández. *Comentários a la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito*. 2ª ed., Madrid, 1991, p. 113. No mesmo sentido, SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Op. cit., p. 909.

²⁵⁴ TIGRE MAIA, Rodolfo. Op. cit., p. 106-107.

²⁵⁵ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 945.

crime de furto.²⁵⁶

No Brasil, da mesma forma, não existe uma tipificação contemporânea desta figura cujo juízo de tipicidade também se dará no crime de furto.

5.4.2.1.2 Crime de assunção abusiva de crédito

Por fim, o último crime que merece destaque no esquema banco-vítima é o de assunção abusiva de crédito. Embora boa parte desta figura tenha sido estudada no crime de fraude informática, no ponto interessa apenas o estudo de uma determinada forma de criminalidade: a assunção abusiva de crédito sem fraude.

Na Alemanha, conforme já destacado, a Primeira e Segundas Leis de combate aos crimes econômicos objetivaram inibir a assunção abusiva de crédito: o artigo 266b, do Código Penal alemão criminalizou o abuso de cheque e cartão magnético) e o artigo 152a a falsificação de eurocheque e cartão de eurocheque. Além disso, a Primeira Lei de combate aos crimes econômicos criminalizou a emissão de cheques sem fundos (n.º 184), e abuso de cartão de crédito acima do limite permitido (n.º 185). A fundamentalidade de tal disposição reside no seu caráter prejudicial à instituição.

Jesús-María Silva Sanchez informa que não existe na Espanha um tipo específico, de forma que a única solução é a aplicação do artigo 535, do Código Penal espanhol o qual dispõe sobre o crime de apropriação indébita.²⁵⁷ No ponto, o projeto de Código Penal representa o maior avanço com a criação de um capítulo específico (crimes societários) com a incriminação de condutas como a deslealdade dos administradores societários (artigo 296).

No Brasil, esta conduta não é tida por criminosa; pelo contrário, na contramão dos sistemas europeus, no brasileiro o cliente é visto como a vítima do banco por inúmeras teorias como a do superendividamento.

Ao passo que se afirma que é um risco do banco conceder o crédito ao seu cliente, por outro lado, também se pode afirmar que é um risco do cliente assumir um crédito o qual, voluntária e conscientemente, saiba de antemão que não irá adimplir e, conseqüentemente, praticar um crime. Neste sentido, parece adequado conferir o mesmo tratamento dado pelo sistema espanhol: trata-se do crime de apropriação indébita.

5.4.2.1.3 Crime de fraude no pedido de crédito

²⁵⁶ Ibid. p. 945.

²⁵⁷ Ibid. p. 908.

Na Itália existe na matéria uma figura específica de crime, representada pela falsidade bancária (artigo 95, número 1, alínea “b”, e artigo 137, do Texto único).²⁵⁸ Trata-se de um crime de perigo abstrato, que visa tutelar, antecipadamente, o patrimônio do instituto de crédito, pela criminalização das declarações infieis do cliente-empresa sobre a própria situação patrimonial e financeira. Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero informam que a relevância prática desta figura é, todavia, mínima: concorrem a este efeito, tanto a escassa propensão, por parte do banco, para denunciar o cliente, por razões de imagem, como a excessiva distância entre a conduta e o bem final (patrimônio), que toma a ofensa pouco perceptível pela vítima e, ainda, a semelhança do crime ao tipo de fraude. De fato, a infidelidade no recurso ao crédito, ou alcança o limiar mínimo da fraude tentada, ou esquiva-se completamente à perseguição penal.²⁵⁹

De igual forma a Alemanha criminaliza esta figura do “Kreditbetrug” encontra a sua adequação típica no § 265 b, do Código Penal alemão. Embora haja diferenças de concreto alcance do tipo em relação ao sistema italiano, também se trata de um crime de perigo abstrato. Portanto, protege-se não apenas o patrimônio da entidade de crédito, mas também a própria transparência e bom funcionamento do mercado de crédito que podem ser afetados de diversas formas em razão de um abuso de crédito.

Na Espanha, conforme observa Jesús-María Silva Sanchez, o crime que mais se destaca no âmbito da criminalidade bancária é o de fraude ao crédito²⁶⁰: a alegação, para obter ou ampliar o crédito, de dados falsos sobre a situação da empresa os quais, caso conhecidos, ensejariam a negativa do crédito. Tudo isso, sem qualquer intenção firme de não pagá-lo no vencimento; portanto, um crime sem qualquer finalidade lucrativa. Contudo, não existe um crime autônomo de fraude de crédito, de forma que no Direito penal espanhol esta figura se amolda ao crime de fraude, tal qual leciona Miguel Bajo Fernández²⁶¹, além do que teve a sua tutela penal relativizada substancialmente pelo Tribunal Superior espanhol a partir de argumentos de vitimologia. Objetivando a adequação da legislação espanhola à esta nova forma de crime, Jesús Maria Silva Sanchez afirma que uma solução, ainda que parcial no âmbito político-criminal seria a aprovação do artigo 292 do projeto de Código Penal porque

²⁵⁸ Ibid. p. 944.

²⁵⁹ Ibid. p. 944-945.

²⁶⁰ Ibid. p. 905.

²⁶¹ FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. *Protección penal del crédito*, in Nuevas formas de delinquencia. Poder Judicial n. especial IX, Madrid, 1899, p. 179-181.

viria a realizar uma renovação no combate à criminalidade econômica, tal qual realizado recentemente pela Itália e Alemanha.

5.4.2.3 O banco-instrumento

5.4.2.3.1 Crime de abuso de cheque

Na França o cheque é ligado a fenômenos criminais quantitativamente imponentes, aos quais o Poder Legislativo francês dedicou sua atenção nos últimos anos. O desenvolvimento do sistema francês, caracterizado pela introdução de modelos de tutela inovadores, surge em condições de fornecer indicações para as ordens jurídicas da Europa, notadamente a Itália e a Alemanha, países nos quais há uma viva e atual preocupação na remodelação do sistema de tutela penal do cheque.²⁶²

A reforma do Direito penal do cheque foi necessária, na França, em função da progressão geométrica com que o número de cheques sem fundos vinha crescendo, sobretudo desde o fim dos anos sessenta. Os cheques sem fundos foram aproximadamente 356.000, em 1965, 640.000, em 1968, 782.000, em 1970, e 1.100.000, em 1972. As cifras relativas à emissão de cheques sem fundos continuavam a representar um comportamento marginal, em relação ao volume geral de emprego deste título de crédito; a cifra absoluta assumia, porém, dimensões que preocuparam o Poder Legislativo francês. A primeira reforma de 1972 teve por objetivo principal as exigências de economia criminal. A sucessiva verificação de adequação desta reforma em relação aos fins perseguidos ensejou, porém, resultado negativo: em cifras absolutas o número dos cheques sem fundos continuou a crescer. Em 1973, alcançou-se a cifra de 1.515.300 incidentes de pagamento, bruscamente aumentados para, aproximadamente, 2.500.000, em 1974.²⁶³

Esta reforma não foi bem sucedida e provocou, assim, em 1975, uma segunda intervenção do Poder Legislativo francês. Em seguida, a reforma de 1972 deu ensejo à Lei 72-10/1972, caracterizava-se por três inovações fundamentais: (i) a introdução de uma “*jaculté de rémission*” (instância de revisão) a qual tornava não mais perseguível o fato toda vez que o sujeito ativo tivesse reintegrado a provisão e pago uma “*amende spéciale, forfaitaire*” (multa especial de valor fixo) de 10% do valor do cheque protestado; (ii) a transformação em contravenção de 5ª classe, punível somente com penas pecuniárias, por um procedimento

²⁶² TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 978.

²⁶³ Ibid. p. 979.

simplificado do crime de emissão de cheques sem fundos de valor inferior a 1.000 francos; e (iii) a introdução de um novo tipo de sanções com fins distintamente preventivos, individuadas na interdição de emitir cheques.²⁶⁴

A reforma de 1975 interveio, por um lado, para suplantiar as partes da disciplina demonstrada ineficaz e, por outro, para desenvolver ulteriormente aqueles componentes do modelo, revelados mais eficazes ou promissores. Esta reforma foi realizada pela Lei 75-4/1975, e do Decreto 75-903/1975. As inovações principais introduzidas por essa legislação foram: (i) a superação da distinção entre cheques de montante superior e, respectivamente, inferior a 1.000 francos; (ii) uma difusa despenalização da matéria por uma sensível redução do campo de aplicação dos crimes mais freqüentes (por exemplo, o crime de emissão de cheque sem provisão de fundos), tomados puníveis somente em presença de uma intenção fraudulenta (especial fim de agir, restringindo o âmbito de incidência do tipo penal objetivo); e (iii) o desenvolvimento da técnica de co-responsabilização do instituto de crédito, pela obrigação de pagamento de alguns tipos de cheque, não obstante a ausência de provisão.

A reforma francesa, na matéria de cheques realizou, no seu complexo, uma autêntica descriminalização, correlata a um sistema de controle e de prevenção confiado aos institutos de crédito, investidos de obrigações e de responsabilidade. Neste sentido, a reforma francesa fez do banqueiro um agente autônomo da prevenção e da repressão do abuso de cheques.

Por sua vez, na Itália, conforme observam Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, o Poder Legislador, em cumprimento à convenção de Genebra de 1931 sobre o cheque (ratificada com o Decreto-lei 1977/1933), tinha construído uma tipologia de espécies incriminadoras *ad hoc*, analogamente ao Poder Legislador francês e, diferentemente, do alemão. Tratava-se da norma penal contida nos artigos 116 e 116, “bis” do Decreto 1736/1933. Destacam, ainda, que na dinâmica destas formas de criminalidade é freqüentemente encontrada uma co-responsabilidade do instituto de crédito, quer pelo controle omissivo dos requisitos de confiabilidade do correntista, quer pela excessiva desenvoltura na entrega dos talonários de cheques, projetada sob o modelo da legislação francesa de 1972.²⁶⁵

O Poder Legislador italiano, pela introdução de uma nova pena acessória (Decreto 1736/1933, artigo 116, § 2º, na versão da Lei 689/1981), reformulou globalmente a disciplina penal do cheque, de um lado polarizando a tutela sobre os efetivos interesses patrimoniais da vítima, de outro, tentando reduzir o máximo possível a área de criminalização em concreto dos abusos (Lei 386/1990). E, somente em tal contexto, o papel do banco vem, em certa

²⁶⁴ Ibid. p. 979-980.

²⁶⁵ Ibid. p. 948.

medida, reavaliado: atribuem-lhe, de fato, o poder-dever de interditar a emissão de cheques, co-responsabilizando-o, ao mesmo tempo pelo exercício omissivo do próprio poder-dever de sancionamento. Nota-se, portanto, uma profunda influência do sistema francês no sistema italiano, especialmente pela tendente despenalização deste tipo de criminalidade, bem como pela atribuição de co-responsabilidade aos institutos de crédito.

Também na Alemanha a hipótese praticamente mais significativa entre aquelas que espelham o paradigma de banco-instrumento é o abuso no cheque²⁶⁶, porém, ao contrário do sistema francês e italiano, a Alemanha não adotou substancialmente a Convenção de Genebra de 1931 sobre o cheque ao propor a criação de um sistema autônomo de tutela (“Sondertatbestand de Scheckmißbrauch”). Esta proposta foi desenvolvida pelos extensores do Projeto Alternativo de crimes contra a economia (“Alternativ-Entwurf – Straftaten gegen die Wirtschaft”)²⁶⁷ que delinearum um tipo de abuso de cheques, na medida do qual deveria ter sido punido com pena particularmente severa (detenção até três anos) quem quer que pusesse em circulação um cheque sem que junto ao banco sacado exista, no momento da cobrança, a cobertura correspondente; e a esta figura comum flanqueava-se, individualmente, um tipo próprio de abuso, com base no qual o empresário comercial era chamado a responder (pena: detenção até dois anos) também a título de culpa (§ 187, do Projeto Alternativo).

A sugestão não foi acolhida pelo Poder Legislativo na Primeira Lei de combate aos crimes econômicos apesar do grande número de cheques sem fundo (1.472.000 em 1976 para um montante global de quase dois milhões de marcos alemães), em 1968 foi introduzido um sistema de cartão magnético (“Scheckkarte”) apto a garantir o pagamento por parte do banco de cada cheque não superior a 100 marcos alemães, em 1977 entrou em vigor o sistema dos eurocheques que comporta uma garantia, de qualquer maneira, assegurada pelo banco até 300 marcos alemães por cheque.²⁶⁸

O tratamento penal do abuso de cheques apresentava-se, porém, problemático, na medida os crimes contra o patrimônio não se mostrava suficiente. Conforme lecionam Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, a jurisprudência era propensa a enquadrar estas condutas majoritariamente no tipo de fraude ou no crime de infidelidade patrimonial. A doutrina, por sua vez, era majoritária a considerar a emissão de cheques sem fundo um mero ilícito civil²⁶⁹. Conseqüentemente os doutrinadores alemães se pronunciaram contrariamente a configuração

²⁶⁶ Ibid. p. 1352.

²⁶⁷ Ibid. p. 1352.

²⁶⁸ Ibid. p. 1353-1355.

²⁶⁹ Ibid. p. 1355.

de um *Sondertatbestand de ScheclaniBhrauch*.²⁷⁰

Com a Segunda Lei de combate aos crimes econômicos a Alemanha seguiu o caminho de tutelar o banco nas hipóteses nas quais o seu patrimônio fosse diretamente atingido pelo abuso, abandonando a uma tutela mais fragmentária (mediante a fraude ou a infidelidade patrimonial) ou, até mesmo, somente civilista, os credores privados. Os tipos predispostos a este escopo são dois: (i) a falsificação de módulos para eurocheque e cartão de eurocheque prevista no novo § 152a, do Código Penal alemão: um típico crime de falso posto à tutela do patrimônio colocado em perigo em razão do fruto das falsificações; e (ii) o abuso de cheques e cartões de crédito previsto pelo § 266b, do Código Penal alemão como subtipo especializado de infidelidade patrimonial.

No Brasil, ao contrário da tendência da legislação bancária contemporânea, não criminaliza o abuso de cheque, figurando apenas como uma forma qualificada de estelionato tal qual delineada pelo Poder Legislador de 1940: artigo 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal brasileiro.

5.4.2.3.2 Crime de abuso de cartão magnético

O crime de abuso de cartão magnético, espécie de criminalidade que surgiu em razão das novas tecnologias, vem merecendo atenção do Poder Legislador de diversos países da sociedade contemporânea.

Na França, por sua vez, foi considerado pelo Poder Legislador, no âmbito de uma legislação destinada, mais em geral, a assegurar uma adequada tutela penal ao cartão magnético. Com o artigo 12, da Lei 197/1991, foram, de fato, introduzidos tipos específicos de utilização indevida, falsificação e receptação de tais cartões, punidos no global com penas mais severas daquelas previstas para os tipos penais antes aplicáveis.

Já na Alemanha, conforme já observado, a Segunda Lei de combate aos crimes econômicos impulsionou a tutela penal do banco e do crédito. Conseqüentemente, por força do incremento desta forma de criminalidade, criminalizou-se o abuso de cartão magnético pelo § 266b, do Código Penal alemão. Anteriormente, havia grande dissenso doutrinário e jurisprudencial: furto ou roubo. A afirmação de uma responsabilidade a título de furto (§ 242, do Código Penal alemão) tem como pressuposto o dissenso do banco à distribuição de dinheiro nos confrontos de quem: (i) não é titular do cartão magnético usado para o saque e

²⁷⁰ Ibid. p. 1355.

(ii) não respeita as condições contratuais subscritas no momento da liberação do próprio cartão magnético.²⁷¹ Deste modo, tanto um sujeito ilicitamente de posse de um cartão quanto o cliente que não tenha disponibilidade suficiente em sua conta cometeriam uma subtração de dinheiro, ao efetuar um saque não autorizado e, assim, em contraste com a vontade do banco que instalou o aparelho automático. A impossibilidade de presumir o dissenso do banco ao saque de dinheiro na ausência de um equivalente de tipo técnico o qual demonstre a intenção do banco em fornecer dinheiro, pelo aparelho, somente ao titular do cartão que respeite os empenhos assumidos contratualmente, induziu uma parte da doutrina e da jurisprudência a reconhecer melhor o crime de apropriação indébita (§ 246, do Código Penal alemão).²⁷² Entretanto, é certo que as dificuldades de reconduzir a hipótese do abuso de cartão de crédito, seja por parte do seu titular, seja por parte de terceiros, aos tipos penais tradicionais deveriam ser superadas com a entrada em vigor da Segunda Lei de combate aos crimes econômicos.

No Brasil, a figura do cartão magnético ainda não recebeu a devida atenção por parte do Poder Legislativo, tal qual na Europa. Neste sentido, embora não se encontra na doutrina ou na jurisprudência qualquer referência sobre o tema, a prática do crime de abuso de cartão magnético poderá se adequar ao tipo do crime de furto ou de apropriação indébita, conforme divergência já ultrapassada na Alemanha.

²⁷¹ Ibid. p. 1344.

²⁷² Ibid. p. 1344-1345.

6 CONCLUSÃO

Tendo em conta o desenvolvimento da constitucionalização do Direito penal e da importância da teoria dos direitos fundamentais ao Direito penal, são duas as suas conseqüências: (i) desempenharem um papel central de legitimidade da normatividade constitucional, não apenas pelo seu catálogo formal, mas, sobretudo, por sua realização material – criminalização de condutas – e (ii) operam ora como limite da ação estatal, como um contrapoder ou elemento de limitação do poder, ora como demandante de uma política estatal de intervenção – limitação da tutela penal. Ao que interessa para o Direito penal, a consagração do constitucionalismo, notadamente o princípio da supremacia da Constituição, e a afirmação dos direitos fundamentais, precipuamente seu prisma de defesa do indivíduo e de legitimação da ordem constitucional, informa que a Constituição funcionará como a matriz penal no Estado Democrático de Direito, tanto para legitimar a criminalização de condutas como para limitar a intervenção do Estado pela tutela penal nas liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidas.

Demonstrada a importância do constitucionalismo ao Direito penal e a relevância dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, torna-se necessário extrair a fundamentalidade do Direito penal a partir da Constituição porque a sua finalidade, na sua visão constitucional, importa na tutela dos valores constitucionais fundamentais da sociedade. No que interessa ao Direito penal econômico, tem-se que o direito ao desenvolvimento, econômico e social, encontra respaldo na ordem constitucional, além da existência de um título exclusivamente objetivando a disciplina da Ordem Econômica brasileira, restando, portanto, conforme à Constituição a tutela penal da economia. O Direito penal bancário, por sua vez, também encontra amparo na Constituição, uma vez que o crédito consubstancia instrumento fundamental na economia contemporânea ao exercício livre da empresa, bem como ao pleno desenvolvimento da personalidade.

Assentada a legitimidade constitucional do Direito penal bancário, verifica-se afirmativamente pela necessidade do seu delineamento. Inicialmente, pode ser definido como a área do Direito penal econômico que tutela as relações entre as instituições de crédito e o Estado, objetivando limitar a intervenção estatal no sistema de crédito, permitindo o livre exercício da empresa e o desenvolvimento da personalidade. No que se refere aos sujeitos da criminalidade bancária, posição de sujeito ativo irá variar conforme a posição do banco no âmbito do ilícito penal: (i) na hipótese do bancário-autor, os crimes bancários serão próprios e só poderão ser praticados pelas pessoas indicadas no tipo objetivo (por exemplo, nos artigos

5º, 12, 13, parágrafo único, 15, 17 e 23, da Lei 7.492/86), ou pela incidência da norma de extensão do artigo 25 e § 1º, da Lei 7.492/86, estes em relação aos crimes dos artigos 2º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 11, 14, 16, 18, e 22, tendo em vista a inadequação da responsabilidade civil do banco à teoria do crime, notadamente por seus elementos capacidade de ação e capacidade de culpabilidade; e (ii) na hipótese do banco-instrumento e do banco-vítima, qualquer pessoa poderá figurar como sujeito ativo porque serão considerados crimes comuns, não exigindo qualquer qualidade especial por parte do autor do crime. Por fim, sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa que participe da relação de crédito como os correntistas, cooperados e até a própria instituição de crédito. Encontra-se, portanto, definida a teoria geral do Direito penal bancário.

Dentro do Direito penal econômico especial, restou confirmado que no âmbito da criminalidade bancária, a globalização econômica e a integração regional vêm promovendo um incrível incremento dos meios de transporte e de comunicação, bem como o acentuado desenvolvimento e acúmulo dos recursos econômicos e financeiros. A consequência da introdução e a rápida difusão de sistemas informáticos no setor econômico-financeiro, e em particular no bancário, tiveram como consequência não desejada o incremento de novas formas de criminalidade – os *computer-crimes* ou *Computerdelikte* – as quais vem ensejando um problema de eficácia da tutela penal, demonstrando em primeiro lugar a dificuldade e, às vezes, a impossibilidade de aplicar a estas novas condutas os tipos penais existentes. A doutrina europeia insere a criminalidade bancária decorrente das novas tecnologias sob a denominação de crimes de fraude informática, um conceito de matriz criminológica o qual pode significar desde os atentados ao patrimônio do banco ou somente pela espionagem industrial, ou, às vezes, por manipulação de dados com finalidade de aproveitamento, até abraçar, em outros contextos, qualquer comportamento.

Pelo o estudo do Direito comparado sobre a tutela penal do banco e do crédito, constatou-se que se adota um modelo estrutural concentrado na diversa colocação do banco na realização do crime: (i) o banco como autor do crime (banco-autor) – situações nas quais o banco diretamente, como pessoa jurídica, realiza um crime conexo à intermediação no crédito, ou concorram para a realização de um crime similar –; (ii) o banco como vítima do crime (banco-vítima) – na hipótese de crime que lese diretamente o seu patrimônio – e (iii) o banco como instrumento para a prática do crime (banco-instrumento) – tem como autor e como vítima dois sujeitos estranhos ao instituto de crédito, sendo que o banco fornece o meio econômico-jurídico para a sua realização.

Nesta ordem de idéias, são inúmeros os ilícitos bancários decorrentes das novas tecnologias. Na posição do bancário-autor, destacam-se os crimes de exercício da atividade de crédito sem autorização, exercício abusivo da intermediação do crédito e assunção abusiva da qualificação de banco. Já na posição do banco-vítima, são estudados os crime de furto-saque de caixa eletrônico, assunção abusiva de crédito, fraude no pedido de crédito e fraude no pedido de crédito. Por fim, na posição de banco-instrumento, ganham relevo o crime de abuso de cheque e abuso de cartão magnético.

No Brasil a ordem jurídico-penal tutela o banco e o crédito, todavia, de forma insatisfatória, notadamente em função do desenvolvimento das novas tecnologias. Ao contrário da ordem jurídica dos países europeus, no Brasil a disciplina limita-se a poucos tipos penais previstos em legislação de 1986, normativa anterior à Constituição de 1988, e o melhor exemplo é o crime de assunção abusiva de crédito amplamente difundido na Europa o qual recebe um tratamento completamente diverso no Brasil: enquanto que nos países europeus os bancos são tidos como vítimas, na ordem jurídica brasileira, são os clientes que figuram como as verdadeiras vítimas.

REFERÊNCIAS

ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 12 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2009.

ALBERO, Ramón García. “*Non bis in idem*” material y concurso de leyes penales. Barcelona: Cedecs Editorial, 1995.

AMARAL, Thiago Bottino do. *Ponderação de normas penais em matéria penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Consentimento e acordo em direito penal*. Coimbra: Coimbra, 1991.

_____. *A dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2º, abr-jun, 1992.

_____. *A Nova Lei dos Crimes Contra a Economia à Luz do Conceito de “Bem Jurídico” in Direito penal económico*, Coimbra: CEJ, 1985,

ANTÓN, Tomás Salvador Vives. *Estado de Derecho y Derecho penal, Comentarios a la legislación penal, Derecho penal y Constitución*. Cobo del Rosal (Dir.) Bajo Fernández (Coord.). Tomo I. Madrid: Edersa, 1982.

ARAÚJO JR., João Marcello de. O Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n. 25, p.142-156, jan./mar. 1999.

BALCARCE, Fabián. *Derecho penal económico. Parte general*, Tº I, Córdoba: Mediterránea, 2003.

BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009.

BASOCO, Juan Terradillos. *Sistema penal y criminalidad internacional*, in Adán Nieto Martín (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Tº I, coedición Universidad Castilla – La Mancha y Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001.

_____. *Derecho Penal de la Empresa*. Madrid: Trotta, 1995.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 2001.

BEHRENS, Alfredo. *Comentários sobre a importância do crédito direto ao consumidor e a estabilidade dos padrões de consumo em exercícios de simulação da redistribuição de renda no Brasil*. in Pesquisas de Planos Econômicos do Instituto de Pesquisas do IPEA. 14(3), Rio de Janeiro, 1984.

BEZÉ, Patrícia Mothé Gliöche. *Os Direitos Humanos e a Violência Descrita nos Tipos Penais*. Rio de Janeiro: UERJ, 2005. (Tese).

BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica*, in Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, v. 2, São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1999.

BOTTKE, Wilfried. Sobre la Legitimidad Del Derecho Penal Económico em sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas, in *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo: Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Trad. Norberto J. de La Mata. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.

BREDA, Juliano. *Gestão Fraudulenta de Instituição Financeira e Dispositivos Processuais da Lei 7.492/86*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato*. Estratto del Novissimo Digesto italiano, 1974.

BRICOLA, Franco. *Legalità e Crisi: L'Art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione*. In *Rivisitato alla Fine degli Anni '70 Questione Criminale*. 1980.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.^a ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998.

CARBONELL. Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. In *Teoría del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

CARVALHO, Kildare Gonçalves. *Direito Constitucional: Teoria do Estado e da Constituição. Direito Constitucional Positivo*. 15. ed. Del Rey: Belo Horizonte, 2009.

CASTALDO, Andréa. *Criminalidad organizada y mercado económico – financiero*, in Guillermo J. Yacobucci (Coord.), *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Ed. Ábaco, Bs. As., 2005.

CERNICCHIARO, Luiz vicente e COSTA JR., Paulo José. *Direito Penal na Constituição*. 3.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

CHULIA, Franciso Vicent. *Compendio crítico de Derecho mercantil*. Bosch, Barcelona, 1990, T II.

COELHO, Yuri Carneiro. *Bem Jurídico Penal*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003.

COMANDUCCI, Paolo. *Modelos e interpretación de la Constitución*. In *Teorías del neoconstitucionalismo*. Trotta: Madrid, 2007.

COMPARATO, Fábio Konder. O Indispensável Direito Econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 54, v.353, p.14-26, mar.1965.

CONDE, Franciso Muños. *Derecho Penal: Parte General*. 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito bancário*. 3^a ed., Coimbra: Almedina, 2008.

CORDERO, Isidoro. Blanco. *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio*, in *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999.

CORREIA, Eduardo Henriques da Silva. *Notas críticas à penalizacao de actividades económicas. In Direito penal económico e eutopeu: textos doutrinários*. v. 1, Coimbra: Coimbra Editora, 1998.

_____. *A teoria do concurso em direito criminal*. 2. reimpressão. Coimbra: Almedina, 1996.

COSTA, José de Faria. *O Perigo em Direito Penal*. Coimbra: Coimbra, 1992.

CRESPO, Eduardo Demétrio. *Del “derecho penal liberal al “derecho penal Del enemigo”*. Rev. de Derecho Penal y Criminología, n. 14, 2004.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995.

DELMASMARTY, Mireille. *A Imprecisão do Direito: Do Código Penal dos Direitos Humanos*. Trad. Denise Radanovic Vieira. Bauru: São Paulo, 2005.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime*. In *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999.

_____. *Direito Penal e Estado-de-Direito Material*. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, 1982, p. 38-53.

_____. *Direito Penal Português: As conseqüências jurídicas do crime*. Lisboa: Aequitas, 1993, p. 228.

_____. *Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro*. *Revista da Ordem dos Advogados* n. 43, 1983, p. 5-40.

_____. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

_____; ANDRADE, Manuel da Costa. *Criminologia: O Homem Delinqüente e a Sociedade Criminógena*. Coimbra: Coimbra Editora, 1992.

DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. *Il Diritto Penale Bancario – itinerari di diritto comparato*. Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, anno XXXII, 1989.

DOTTI, René Ariel, *A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do Direito brasileiro)*, RBCCrim, n. 11 (julho-setembro de 1995).

ESTÉVEZ, Juan Maria Rodríguez. *El derecho penal en la actividad económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, 1998.

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. *El derecho penal economico. Un estudio de derecho positivo español*. In: Anuário de Derecho penal y ciências penales. Tomo XXVI, fascículo I, 1973.

_____. *Protección penal del crédito, in Nuevas formas de delinquencia*. Poder Judicial n. especial IX, Madrid, 1999.

FERRAJOLI, Luigi. *Sobre dos derechos fundamentales*. In *Teoria del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. Turim, 1971.

FERRONNIÈRE, Jacques; CHILLAZ, Emmanuel. *Les Opérations de Banque*, Paris, 1967.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: Parte generale*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1989.

_____. *Il “Bene Giuridico” come problema teorico e come criterio di politica criminale*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 25, n. 21, p. 42-81, gen./mar., 1982.

FILHO, Marçal Justen. *Curso de Direito Administrativo*. 2.ed. São Paulo: Saraiva, 2006.

FONSECA, Hugo Duarte. *Temas de Direito Penal Econômico*. Coimbra: Coimbra, 2005.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004.

FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: Produtos e Serviços*, 10.ed., Rio de Janeiro: Qualitymark Editora Ltda., 1997.

FORTUNA, Ennio. *Manuale de diritto penale dell'economia*. CEDAM: Padova, 1988.

GARRIDO, Luis Lopes. *El Tratado de Maastricht*. Madrid, 1992.

GOMES, Orlando. *Contratos*. 18.ed. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de Constitución*. In *Teorias del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

HÄBERLE, Peter. *Hermenêutica Constitucional: A Sociedade Aberta dos Intérpretes da Constituição: Contribuição para a Interpretação Pluralista e ‘Procedimental’ da Constituição*. Trad. Gilmar Ferreira Mendes. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Persona, Mundo y Responsabilidad: Bases para una teoría de la imputación em derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde y M^a del Mar Dias Pita. Valencia: Tirant lo Blanch, 1999.

_____. Perspectivas de uma moderna política criminal. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 8, out./dez. 1994.

_____. Perspectivas del Derecho Penal futuro. *Revista Penal*, vol. 1, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, Práxis, jan., 1998.

HERZOG, Félix. Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo. *Revista Penal*, nº 4, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, Praxis, 1999.

HIRSCH, Hans Joachim. *Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea*, en AA. VV., Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Ediciones del puerto, Bs. As., 2005.

JAKOBS, Gunther. *Derecho Penal- Parte General- Fundamentos y Teoría de la Imputación*. Trad. de Joaquin Cuello Contreras e Jose Luis Serrano Gonzales de Murillo. Madrid: Marcial Pons, 1995.

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

LANZI, Alessio. *La tutela penale del crédito*. CEDAM: Padova, 1979.

LISZT, Franz von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Luis Jimenez de Asua. 4. ed. Madrid: Editorial Réus, 1999, Tomo II.

LOEWENSTEIN, Klaus. *Teoría de la Constitución*. Barcelona: Ariel, 1976.

LOPEZ, Angel Torio. *Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio em la reforma del sistema penal*, In *Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Santiago de Compostela: Santiago de Compostela, 1982, V.

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional*. 1.ed. São Paulo: Malheiros, 1999.

MANZANO, Mercedes Perez. *La prohibición Constitucional de incurrir em bis in idem*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.

MARCO, Francisco Ruiz. *La tutela penal del derecho de crédito*. Dilex: Madrid, 1995.

MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. 2.^a ed. Milano: Giuffrè Editore, 1999. vol. 1.

_____; DOLCINI, Emilio. Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLII, fasc. 3, jul/set, 1999.

MARTÍN, Adán Nieto. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008.

MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

MARTY, Mireille Delmás. *Del Derecho Penal a la Política Criminal*, en ILANUD, Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, Año 11, N° 26, Bs. As., 2002.

MAURACH, Reinhart: *Tratado de Derecho Penal*, trad. Juan Córdoba Roda, Barcelona: Ariel, 1962.

MELERO, Valentin Silva. *El llamado Derecho penal administrativo en las direcciones contemporáneas*. In: Anuário de Derecho penal y ciências penales. Tomo XIII, fascículo I, 1960.

MIR, José Cerezo. *Derecho penal: parte general*. São Paulo: RT; Lima: ARA Editores, 2007.

MOISÉS, Cláudia Perrone. Direitos Humanos e Desenvolvimento: a contribuição das Nações. In AMARAL JR., Alberto; *et alli*. *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*.

MOLLE, Giacomo. *I Contratti Bancari*, Milão: Giuffrè, 1973.

MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008.

MORRIS, Albert. *Criminology*. New York: Longmans, 1935.

MUNÕZ, Eduardo. Moner *La protección penal del crédito*, In *Nuevas formas de delinuencia*. Poder Judicial: Madrid, número especial IX.

MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Tratado de criminología*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003.

NORMANDEU, André. *Les “déviationes en affaire” et les “crimes em col blanc”*. In. *Déviance et criminalité*. Paris: Armand Colin, 1970.

PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale: Parte Generale*. 6.^a ed. Milano: Giuffrè Editore, 1998. p. 229.

PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989.

PALIERO, Carlo Enrico. *Tecniche di tutela e riforma del codice penale, in Valore e principi della codificazione penale: Le esperienze italiana, spagnola, e francese a confronto*, Cedam, Padova, 1995.

PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

- PEDRAZZI, Cesare. *El bien jurídico en los delitos económicos*. In *La reforma penal: delitos socio-económicos*. Universidad Complutense: Madrid, 1985.
- PÉREZ, Carlos Martínez-Buján. *Derecho penal econômico y de la empresa. Parte General*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007.
- PERRON, Walter. *Perspectivas de la unificación del derecho penal y del derecho procesal penal en el marco de la Unión Europea*, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2005.
- PICAZO, L. Diez. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, V.I, 1983.
- PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.
- PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal, parte general*. PPU: Barcelona, 1985.
- QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004.
- RAMIREZ, Juan Bustos. *Manual de Derecho penal. Parte General*. 3. ed., Barcelona:Ariel, 1984.
- _____; MALAREÉ, Hernán hormazabal. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, vol. I.
- REIG, Boix. *Los delitos contra la Hacienda Pública*, Madrid, 1987.
- REYES, Manuel Aragón. *Lá Constitución como paradigma*. In *Teorías del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.
- RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris, 1946.
- RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. *Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas*, in *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999.
- RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón Fernández. *Comentários a la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito*. 2ª ed., Madrid, 1991, p. 113.
- ROSAL, Manuel Cobo del; ANTON, Tomás Salvador Vives. *Derecho penal, parte general*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1987.
- ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- _____. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986.

- RUS, Juan José. Gonzáles. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*. Fundación Juan March: Madrid, 1983.
- SANCHÍS, Luis Pietro. *El constitucionalismo de los derechos*. In *Teorías del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta.
- SANTOS, Juarez Cirino dos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Conferência proferida na inauguração do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC, em 6 de março de 2001, Curitiba, PR.
- SANTOS, Marino. Barbero Presentación, in *Criminalidad organizada*. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999.
- SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; *et alli*. *La Ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*”, in Da Agra, C., (y otros), (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo*, Atelier, Barcelona, 2003.
- _____. *El Derecho penal bancario en España*. Actualidad Penal, n. 47/19 – 19-25 diciembre, 1994.
- _____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.
- SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta*. In *Temas actuales y permanentes Del Derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002.
- SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica (De acordo com a Lei 9.605/98)*, 1ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998.
- SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.
- SILVA, Marcos Josegredi da. *O Direito Penal Econômico e o artigo 17 da Lei nº 7.492/86: Análise de suas elementares, circunstâncias e conseqüências jurídico-penais*. Curitiba: PUC/PR, 2006 (Dissertação).
- SORIANO, Vicente Torralba. *Lecciones de Derecho civil*. PPU: Barcelona, 1984, V. II.
- SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil- aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007.
- SPOLANSKY, Norberto Eduardo. *Integración regional y delitos económicos*, en A.A. V.V., *Teorías actuales en el derecho penal*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 1998.
- SUTHERLAND, Edwin. H. *White collar criminality*. American Sociological Review, New York: N. Y. Dryden Press, 4, 1940.
- TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, 2ª ed. Trad. Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2005.

TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. 3.ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley., 2007.

_____. *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea*, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Año III, N° 7, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 1997.

_____. *Poder económico y delito (Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa)*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 28 e 29.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal*. 5.ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

VIEGA, Vasco Soares da. *Direito bancário*. Coimbra: Almedina, 1994.

VILLALBA, Francisco Javier León. *Acumulación de sanciones penales y administrativas*, Barcelona: Bosch, 1998.

VILLAREJO, Carlo Jiménez. Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica, in *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, ed. CGPJ, núm. 61, Madrid, 2005.

VIVANTE, Cesare. *Trattato di Dirritto Commerciale*. 5 ed 3. ristampa. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1935, v.1.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*. Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 2.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal* In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.) *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

ZAPATERO, Luis Arroyo. *Derecho penal económico y Constitución*, in *Revista Penal*, n° 1, julio 1997, Editorial Praxis, Barcelona, 1997.