

Aos alunos do *GVlaw*.

DADOS DE COPYRIGHT

Sobre a obra:

A presente obra é disponibilizada pela equipe [Le Livros](#) e seus diversos parceiros, com o objetivo de disponibilizar conteúdo para uso parcial em pesquisas e estudos acadêmicos, bem como o simples teste da qualidade da obra, com o fim exclusivo de compra futura.

É expressamente proibida e totalmente repudiável a venda, aluguel, ou quaisquer uso comercial do presente conteúdo

Sobre nós:

O [Le Livros](#) e seus parceiros disponibilizam conteúdo de domínio público e propriedade intelectual de forma totalmente gratuita, por acreditar que o conhecimento e a educação devem ser acessíveis e livres a toda e qualquer pessoa. Você pode encontrar mais obras em nosso site: [LeLivros.Net](#) ou em qualquer um dos sites parceiros apresentados neste link

Quando o mundo estiver unido na busca do conhecimento, e não lutando por dinheiro e poder, então nossa sociedade enfim evoluirá a um novo nível.



série **GVlaw**

Celso Sanchez Vilardi
Flávia Rahal Bresser Pereira
Theodomiro Dias Neto
Coordenadores

DIREITO PENAL ECONÔMICO

Análise Contemporânea

Arnaldo Malheiros Filho
Barbara Rosenberg
Helena Regina Lobo da Costa
Heloisa Estellita
José Carlos da Matta Berardo
Leonardo Sica
Marcos Antonio T. Exposto Junior
Raúl Cervini
Rodrigo Sánchez Ríos

1ª edição

2009

2ª tiragem

2010





Rua Henrique Schaumann, 270, Cerqueira César — São Paulo — SP
CEP 05413-909 – PABX: (11) 3613 3000 – SACJUR: 0800 055 7688 – De 2ª a
6ª, das 8:30 às 19:30

saraivajur@editorasaraiva.com.br - Acesse www.saraivajur.com.br

FILIAIS

AMAZONAS/RONDÔNIA/RORAIMA/ACRE

Rua Costa Azevedo, 56 – Centro – Fone: (92) 3633-4227 – Fax: (92) 3633-
4782 – Manaus

BAHIA/SERGIPE

Rua Agripino Dórea, 23 – Brotas – Fone: (71) 3381-5854 / 3381-5895 – Fax:
(71) 3381-0959 – Salvador

BAURU (SÃO PAULO)

Rua Monsenhor Claro, 2-55/2-57 – Centro – Fone: (14) 3234-5643 – Fax:
(14) 3234-7401 – Bauru

CEARÁ/PIAUI/MARANHÃO

Av. Filomeno Gomes, 670 – Jacarecanga – Fone: (85) 3238-2323 / 3238-1384
– Fax: (85) 3238-1331 – Fortaleza

DISTRITO FEDERAL

SIA/SUL Trecho 2 Lote 850 — Setor de Indústria e Abastecimento – Fone:
(61) 3344-2920 / 3344-2951 – Fax: (61) 3344-1709 — Brasília

GOIÁS/TOCANTINS

Av. Independência, 5330 – Setor Aeroporto – Fone: (62) 3225-2882 / 3212-
2806 – Fax: (62) 3224-3016 – Goiânia

MATO GROSSO DO SUL / MATO GROSSO

Rua 14 de Julho, 3148 – Centro – Fone: (67) 3382-3682 – Fax: (67) 3382-0112 – Campo Grande

MINAS GERAIS

Rua Além Paraíba, 449 – Lagoinha – Fone: (31) 3429-8300 – Fax: (31) 3429-8310 – Belo Horizonte

PARÁ/AMAPÁ

Travessa Apinagés, 186 – Batista Campos – Fone: (91) 3222-9034 / 3224-9038 – Fax: (91) 3241-0499 – Belém

PARANÁ/SANTA CATARINA

Rua Conselheiro Laurindo, 2895 – Prado Velho – Fone/Fax: (41) 3332-4894 – Curitiba

PERNAMBUCO/PARAÍBA/R. G. DO NORTE/ALAGOAS

Rua Corredor do Bispo, 185 – Boa Vista – Fone: (81) 3421-4246 – Fax: (81) 3421-4510 – Recife

RIBEIRÃO PRETO (SÃO PAULO)

Av. Francisco Junqueira, 1255 – Centro – Fone: (16) 3610-5843 – Fax: (16) 3610-8284 – Ribeirão Preto

RIO DE JANEIRO/ESPÍRITO SANTO

Rua Visconde de Santa Isabel, 113 a 119 – Vila Isabel – Fone: (21) 2577-9494 – Fax: (21) 2577-8867 / 2577-9565 – Rio de Janeiro

RIO GRANDE DO SUL

Av. A. J. Renner, 231 – Farrapos – Fone/Fax: (51) 3371-4001 / 3371-1467 / 3371-1567 – Porto Alegre

SÃO PAULO

Av. Antártica, 92 – Barra Funda – Fone: PABX (11) 3616-3666 – São Paulo

Direito penal econômico
: análise contemporânea

/ Celso

Sanchez Vilardi, Flávia

Rahal Bresser Pereira,

Theodomiro Dias

Neto, coordenadores. —

São Paulo : Saraiva,

2009. — (Série GVlaw

Vários autores.

Bibliografia.

1. Direito econômico 2.

Direito penal I. Vilardi,

Celso

Sanchez. II. Pereira,
Flávia Rahal Bresser. III.
Dias Neto, Theodomiro.
IV. Série
08-10935 CDU-343.33

Índice para catálogo sistemático:
1. Direito penal econômico 343.33

Diretor editorial Antonio Luiz de Toledo Pinto

Diretor de produção editorial Luiz Roberto Curia

Editora Manuella Santos

Assistentes editoriais Rosana Simone Silva / Larissa Casares

Produção editorial Ligia Alves / Clarissa Boraschi Maria Coura

Estagiário Vinicius Asevedo Vieira

Preparação de originais Maria Lúcia de Oliveira Godoy / Maria Izabel
Barreiros Bitencourt Bressan

Arte e diagramação Cristina Aparecida Agudo de Freitas / Lídia Pereira de
Morais

Revisão de provas Rita de Cássia Queiroz Gorgati / Adriana Barbieri

Serviços editoriais Karla Maria de Almeida Costa / Carla Cristina Marques
/ Ana Paula Mazzoco

Data de fechamento da edição: 5-1-2009

Dúvidas?

Acesse www.saraivajur.com.br

Nenhuma parte desta publicação poderá ser reproduzida por qualquer meio ou forma sem a prévia autorização da Editora Saraiva.
A violação dos direitos autorais é crime estabelecido na Lei n. 9.610/98 e punido pelo artigo 184 do Código Penal.

Aos alunos do *GVlaw*.

APRESENTAÇÃO

A FGV é formada por diferentes centros de ensino e pesquisa com um único objetivo: ampliar as fronteiras do conhecimento, produzir e transmitir idéias, dados e informações, de modo a contribuir para o desenvolvimento socioeconômico do país e sua inserção no cenário internacional.

Fundada em 2002, a Escola de Direito de São Paulo privilegiou um projeto diferenciado dos currículos tradicionais das faculdades de direito, com o intuito de ampliar as habilidades dos alunos para além da técnica jurídica. Trata-se de uma necessidade contemporânea para atuar em um mundo globalizado, que exige novos serviços e a interface de diversas disciplinas na resolução de problemas complexos.

Para tanto, a Escola de Direito de São Paulo optou pela dedicação do professor e do aluno em tempo integral, pela grade curricular interdisciplinar, pelas novas metodologias de ensino e pela ênfase em pesquisa e publicação. Essas são as propostas básicas indispensáveis à formação de um profissional e de uma ciência jurídica à altura das demandas contemporâneas.

No âmbito do programa de pós-graduação *lato sensu*, o *GVlaw*, programa de especialização em direito da Escola de Direito de São Paulo, tem por finalidade estender a metodologia e a proposta inovadora da graduação para os profissionais já atuantes no mercado. Com pouco tempo de existência, a unidade já se impõe no cenário jurídico nacional através de duas dezenas de cursos de especialização, corporativos e de educação continuada. Com a presente *Série GVlaw*, o programa espera difundir seu magistério, conhecimento e suas conquistas.

Todos os livros da série são escritos por professores do *GVlaw*, profissionais de reconhecida competência acadêmica e prática, o que torna possível atender às demandas do mercado, tendo como suporte sólida fundamentação teórica.

O *GVlaw* espera, com essa iniciativa, oferecer a estudantes, advogados e demais profissionais interessados insumos que, agregados às suas práticas, possam contribuir para sua especialização, atualização e reflexão crítica.

Leandro Silveira Pereira
Coordenador do *GVlaw*

PREFÁCIO

Esta é mais uma obra que integra o projeto formulado pelo GV*law*, objetivando dotar seus Cursos de Educação Continuada e Especialização de textos referenciais básicos para os diferentes segmentos de seu programa de pós-graduação *lato sensu*.

O curso de Direito Penal Econômico do GV*law* foi idealizado tendo em vista a crescente demanda de profissionais por especialização em área que passa por profunda expansão e transformação e na qual estão presentes as mais importantes discussões contemporâneas nos campos da dogmática penal e da política criminal. Diversas dessas discussões estão presentes neste trabalho.

Raúl Cervini analisa pressupostos para um Direito Penal Econômico Democrático, o qual, fundado em um conceito preciso e determinado de bem jurídico, possa exercer suas funções de forma racional, minimalista e respeitadora das garantias individuais.

Arnaldo Malheiros Filho faz análise crítica dos principais aspectos dogmáticos e político-criminais relacionados à intensificação da regulamentação penal no campo da economia.

Barbara Rosenberg, José Carlos da Matta Berardo e Marcos Antonio T. Exposto Junior tratam da questão dos cartéis na legislação brasileira, em artigo que introduz aspectos conceituais do tema e analisa a atuação do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, sob a perspectiva administrativa. Leonardo Sica trata do mesmo tema discorrendo sobre antinomias existentes na regulamentação administrativa e penal da ordem econômica (Leis n. 8.137/80 e 8.894/90).

Helena Regina Lobo da Costa trata do Direito Penal ambiental, também salientando a sua crescente relação com o direito administrativo, relação essa que se expande às mais diversas áreas do Direito Penal e que constitui uma das principais questões teóricas para os penalistas, com enorme reflexo no âmbito contencioso.

Outra questão que gera intenso debate acadêmico e jurisprudencial é tratada por Heloisa Estellita, em artigo que trata do crime de formação de quadrilha ou bando nos chamados “crimes de empresa”.

Rodrigo Sánchez Rios aborda os rumos da política criminal na área da lavagem de dinheiro e, especificamente, as suas repercussões com relação às funções exercidas pelo advogado.

Na qualidade de coordenadores, agradecemos ao competente trabalho de organização realizado por Camila Akemi Perruso e a todos os co-autores pela colaboração na realização deste livro, o qual, acreditamos, propicia abrangente visão das atuais tendências no âmbito do direito penal econômico que será de

grande valia tanto para os profissionais voltados ao exercício da atividade contenciosa quanto para aqueles voltados à pesquisa acadêmica.

Celso Sanchez Vilardi

Flávia Rahal Bresser Pereira

Theodomiro Dias Neto

Coordenadores

SUMÁRIO

[Apresentação](#)

[Prefácio](#)

[1 Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada](#)

[Raúl cervini](#)

[1.1 Conceptos preliminares. Derecho penal económico y derecho penal de la empresa. Evolución del papel del bien jurídico en el derecho penal económico](#)

[1.1.1 Derecho penal económico democrático como ultima ratio](#)

[1.1.2 Relaciones entre el derecho penal económico y el derecho penal de la empresa](#)

[1.1.3 Vinculación entre el concepto de derecho penal económico y el bien jurídico](#)

[1.1.4 Trascendencia sobre el ámbito comprensivo del concepto](#)

[1.1.5 El debate actual sobre estos temas críticos](#)

[1.1.6 Perspectiva bipolar clásica](#)

[1.1.7 Perspectiva integrada](#)

[1.2 El acercamiento conceptual al bien jurídico tutelado por el derecho penal económico. La bipolaridad conceptual](#)

[1.3 Las corrientes restrictivas de corte clásico atadas a la matriz de un bien jurídico determinado y determinable](#)

[1.4 Las corrientes amplias influidas por aportes pragmáticos y elucubraciones de tipo criminológico](#)

[1.5 Evolución y crisis del concepto material de derecho penal económico](#)

[1.6 El desarrollo posterior](#)

[1.7 Problemas y cuestionamientos derivados de la concepción amplia del derecho penal económico](#)

[1.8 El necesario referente estructural de la objetividad jurídica en los delitos contra el orden económico](#)

[1.9 Otros referentes sociales y jurídicos del bien jurídico](#)

[1.10 El concepto integrado del derecho penal económico que vincule la realidad estructural con un bien jurídico determinado y los principios del estado democrático social de derecho](#)

Referências

2 Direito penal econômico e crimes de mero capricho

Arnaldo malheiros filho

2.1 Conceitos introdutórios de direito penal

2.2 Matriz constitucional do direito penal

2.3 Importância do evento no direito penal

2.4 A teoria dos crimes de mera conduta

2.5 A interpretação como “crime de mero capricho”

2.6 A questão do perigo abstrato e do perigo presumido

2.7 Conclusão

Referências

3 Os cartéis na legislação concorrencial brasileira: teoria e prática

Barbara Rosenberg, José Carlos da Matta Berardo e Marcos Antonio T. Exposto Junior

3.1 Introdução

3.2 Cartel: seu conceito e as estruturas de mercado que o Facilitam

3.2.1 O conceito de cartel

3.2.2 As condições estruturais que facilitam a formação de cartel

3.3 Os cartéis na lei n. 8.884/94

3.3.1 Métodos de aplicação do direito antitruste: regra Per se e regra da razão

3.3.2 A prova do acordo

3.4 A investigação dos cartéis pelo sbdc: métodos e Procedimentos

3.5 Sanções

3.6 Conclusão

Referências

4 Tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro: comparação entre as

leis n. 8.137/90 E 8.884/94

Leonardo Lica

4.1 Panorama

4.2 Administrativização do direito penal

4.3 A intervenção penal na ordem econômica

4.3.1 Comparação entre as leis n. 8.137/90 E 8.884/94.
Sobreposição de esferas de controle. Bis in idem?

4.4 A hipótese de descriminalização (abolitio criminis)

4.5 Questões preocupantes: acordo de leniência, prisão preventiva para garantia da ordem econômica e conflito entre decisões da justiça penal e do cade

4.6 Uma nova disciplina jurídico-penal

4.7 Possíveis soluções para racionalizar a tutela penal da ordem econômica

4.7.1 Adequação do aparato de controle aos princípios
Penais “tradicionalis”

Referências

5 Os crimes ambientais e sua relação com o direito administrativo

Helena regina lobo da costa

5.1 Introdução

5.2 Formas de manifestação: análise crítica

5.2.1 Complementação conceitual

5.2.2 Complementação normativa ou norma penal em
Branco

5.2.3 Complementação por meio de atos administrativos
concretos

5.3 O relacionamento entre o direito penal ambiental e o direito
administrativo

5.4 Conclusão

Referências

6 Criminalidade de empresa e o crime de quadrilha ou bando

Heloisa estellita

6.1 Introdução

6.2 O crime de quadrilha ou bando e a criminalidade de empresa

6.2.1 Características gerais do crime descrito no art. 288 Do código penal

6.2.2 Concurso eventual de agentes e quadrilha ou bando

6.2.3 Criminalidade de empresa e o crime de quadrilha ou bando

6.2.3.1 Sociedade empresária e antijuridicidade

6.2.3.2 Sociedade empresária e formação de bando ou quadrilha

6.2.3.3 Precedentes do Supremo Tribunal Federal

6.3 À guisa de conclusão: o crime de formação de bando ou quadrilha, a criminalidade de empresa, a “ressaca” do HC 81.611 e a “redescoberta” da prisão temporária

Referências

7 A política criminal destinada à prevenção e repressão da lavagem de dinheiro: o papel do advogado e suas repercussões

Rodrigo Sánchez Rios

7.1 Introdução

7.2 Tendências da política criminal no âmbito da lavagem de dinheiro

7.3 A receptividade legislativa das exigências internacionais no controle da lavagem de dinheiro

7.4 O Projeto de Lei n. 209 de 2003 e o direcionamento da política criminal preventiva à advocacia consultiva

Referências

1 DERECHO PENAL ECONÓMICO DEMOCRÁTICO: HACIA UNA PERSPECTIVA INTEGRADA

Raúl Cervini

Professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw, professor catedrático de Direito Penal e diretor do Departamento Penal da Universidad Católica del Uruguay Dámaso Antonio Larrañaga (UCUDAL), professor titular de Direito Penal da Universidad de La República Uruguay (UDELAR), secretário-geral para América Latina e vice-presidente do International Center of Economic Penal Studies (ICEPS).

1.1 Conceptos preliminares. Derecho penal económico y derecho penal de la empresa. Evolución del papel del bien jurídico en el derecho penal económico

1.1.1 Derecho penal económico democrático como ultima ratio

Como paradigma de Portada General debemos empezar por recordar que en los Estados Democráticos sólo es posible recurrir a la pena (por incidir en un bien individual constitucionalmente protegido como la libertad personal) en caso de comprobada inutilidad o insuficiencia de las otras sanciones. Desde esta perspectiva hemos hecho referencia en otras obras al “Principio de Mínima Suficiencia”, que se expresa en el plano de la filosofía jurídica diciendo que el mantenimiento de orden es un fin esencial de la comunidad, lo que puede conllevar, para su consecución, muy graves restricciones a la libertad personal de los ciudadanos. Por ello ha de practicarse, únicamente, dentro de los límites estrictamente necesarios, porque la libertad personal es en sí misma, uno de los bienes a proteger inherentes a la regularidad normativa democrática. Bajo tal premisa, el Derecho Penal Económico comparecerá legítimamente como tal, sólo cuando acuda como última ratio, a garantizar el ejercicio imperativo de las normas. En nuestra orientación el Derecho Penal Económico Democrático sólo se legitima donde los principios del sistema político – económico y los valores supremos del orden jurídico correspondiente están informados por la libertad, el

pluralismo, y la función moderadora y correctora de un Estado Democrático Social de Derecho (FORTUNA, 1988, p. 3)¹.

1.1.2 Relaciones entre el derecho penal económico y el derecho penal de la empresa

Se ha sostenido que el derecho penal económico y el derecho penal de la empresa guardan una íntima cercanía aún cuando no constituyan una misma rama del derecho penal (Reyna Alfaro, 2002, p. 28). No compartimos esta aseveración del publicista peruano Reyna Alfaro. Pese a su especialidad el Derecho Penal de la Empresa participa de los condicionamientos sociales, normativos y metodológicos de la categoría mayor que constituye el Derecho Penal Económico. Entre estas categorías debe darse una especie de sincronismo funcional a los valores democráticos no excluyente de particularismos (TAVARES, 1992). De este modo el derecho penal económico viene a ser el género y el derecho penal de la empresa la especie, o como se ha dicho, una parcela de aquel (TERRADILLOS BASOCO, 1995, p. 35). Debido a ello, es necesario introducirnos brevemente en el género para luego ingresar de lleno al estudio de la especie. En efecto, de la posición que asumamos acerca de la naturaleza y alcance del derecho penal económico se derivarán aquellas a sostener con relación a la naturaleza y alcance del derecho penal de la empresa. Este paralelismo será especialmente relevante en lo que dice a la fidelidad o apartamiento total o parcial de los principios clásicos del dogma penal. Si para la concreción normativa del primero se recurre a mecanismos de abordaje excepcionales y extraños a los del derecho penal tradicional, también, naturalmente, se los requerirá para el segundo. En el capítulo anterior rechazamos esa “excepcionalidad de principio”, adelantando el hilo conductor con que en los capítulos que siguen se analizarán los diversos y complejos problemas que también enfrenta el derecho penal de la empresa.

1.1.3 Vinculación entre el concepto de derecho penal económico y el bien jurídico

Expresado lo anterior debemos empezar por consignar que Concepto y Bien Jurídico en el Derecho Penal Económico son temas que estructural y funcionalmente se encuentran muy estrechamente vinculados. También en este caso la postura que se adopte sobre uno de ellos incidirá en el otro. Es por lo tanto posible identificar o delimitar al derecho penal económico a partir de la identificación del bien jurídico que ésta supuesta rama del derecho penal busca tutelar. Sin embargo, históricamente la tarea de precisar ese bien jurídico ha revelado enormes dificultades. En una primera instancia se ha definido al

derecho penal económico como aquella rama del derecho penal cuya función es la protección del orden económico dirigido o intervenido directamente por el Estado. Sin embargo, esta posición no sólo confunde el concepto de orden económico con una determinada forma de intervención estatal en la economía (MUÑOZ CONDE, s/a, p. 11-12), sino que además reduce exageradamente los límites del derecho penal económico a las infracciones fiscales, monetarias, de contrabando y a las que afectan la determinación y formación de los precios, aislándolo de aquellos casos en que el Estado renuncie a intervenir en el ámbito de la economía². Adicionalmente, tiene como consecuencia construir una concepción del derecho penal económico como un derecho penal de emergencia, utilizado para reforzar políticas estatales, cuyo origen puede rastrearse en los estados totalitarios y particularmente en épocas de emergencia nacional. Esta concepción, como veremos más adelante, sin perjuicio de sus variadas vertientes, desembocó en un concepto restringido del derecho penal económico. Sin embargo, al lado de éste concepto, se fue desarrollando un concepto amplio que, también, reconoció diversas definiciones, algunas más o menos precisas.

1.1.4 Trascendencia sobre el ámbito comprensivo del concepto

Como veremos, es posible reconocer todo un ámbito de tutela del orden económico, independiente de la política intervencionista o no del Estado, que engloba a los fraudes a los consumidores, las grandes estafas, las grandes quiebras, la utilización de información privilegiada en el mercado de capitales, etc. (MUÑOZ CONDE, s/a, p. 9). Ello ha hecho necesaria una tarea dirigida a identificar un concepto más amplio de bien jurídico para enmarcar el ámbito del derecho penal económico³. El problema entonces, pasa por delimitar ese bien jurídico, delimitación imprescindible para la seguridad jurídica, que a su vez nos proporcionará los márgenes legitimantes de esta nueva disciplina o rama del derecho penal, sin que con ello se pretenda propugnar su autonomía científica respecto de éste, en tanto la autonomía no sea metodológica y no se traduzca en admitir como regla técnicas de imputación y tipificación contradictorias con el derecho penal convencional de corte garantizador.

El Profesor Yacobucci realiza una muy ilustrativa introducción conceptual sobre el tema:

En los últimos años el derecho penal económico ha alcanzado una gran autonomía científica. Esto quiere decir que no solo ha tomado cierta distancia de los principios y contenidos particulares del derecho

mercantil, financiero o bancario, sino que además, dentro mismo del derecho penal, es posible hablar de aspectos propios y diferenciados del derecho punitivo aplicado a la economía. En el pensamiento penal alemán, Klaus Tiedemann se refiere al derecho penal económico como aquél que se aplica a los ilícitos que surgen en la actividad de intervención y regulación estatal dentro de la vida económica. Su finalidad es la protección de bienes supraindividuales y para ello se vale de normas que se aplican en la producción, fabricación y distribución de bienes y servicios. El Derecho penal se mueve entonces con cierta independencia del orden económico y se vale de conceptos que se distinguen de aquellos que dominan el derecho penal común... Klaus Volk, por su parte, explica que “probabilmente non é possibile costruire un concetto di criminalità economica che abbracci tutti i settori, abbia limiti ben delineati e sia allo stesso tempo ricco di contenuti”. A su entender, esto vale especialmente para las opiniones que pretenden individualizar el objeto del derecho penal económico en el aseguramiento de la fiducia general y abstracta en el sistema económico, pues según su criterio esto no resulta algo específico del campo penal económico... En la doctrina española, Miguel Bajo Fernández enseña que en sentido estricto se denomina Derecho Penal Económico al conjunto de normas penales que protegen el orden económico. Este orden económico es entendido como la regulación jurídica de la participación estatal en la economía. En buena medida, el derecho penal económico es una parte de la regulación jurídica de la actividad del mercado... Por eso, buscando un concepto comprensivo de todos estos aspectos, Carlos Pérez del Valle define a los delitos económicos como aquellos comportamientos descritos en las leyes, que lesionan la confianza en el orden económico vigente en general o en alguna de sus instituciones en particular, afectando el sistema de mercado. (YACOBUCCI, 2000).

1.1.5 El debate actual sobre estos temas críticos

El debate actual de nuestra ciencia demuestra que todos estos elementos pasan por una verdadera y compleja encrucijada dogmática. Y ello se da en casi todos los aspectos. Por ejemplo es preciso señalar que la invocación de un supuesto orden económico como manera de etiquetar al bien jurídico tutelado es una definición que siempre padeció de cierta falta de precisión conceptual debido precisamente a sus pretensiones de amplitud. Se utilizó entonces el recurso a la simple mención de un “orden económico” en sentido amplio, que sirviera como

bien jurídico autónomo, y una definición de límites tan imprecisos ampliaba el objeto del derecho penal económico hasta casi confundirlo con el derecho penal convencional o de seguridad pública. Y ello porque bien podía considerarse que, desde que por ejemplo la propiedad o el patrimonio son un pilar fundamental del orden económico capitalista, entrarían dentro del derecho penal económico los hurtos, estafas y robos, conductas que sólo lesionan el patrimonio (MUÑOZ CONDE, s/a, p. 9). Pero también, y por otro lado, esa amplitud genera el riesgo de crear delitos que en los hechos no tutelan ningún bien jurídico. Tan desmesurada extensión no es sino la lógica consecuencia de acudir a fórmulas demasiado amplias y sin precisión conceptual como “orden económico” o “intereses estatales en la existencia y conservación del orden económico establecido por el Estado”⁴. Parece obvio que un hurto, una quiebra o una simple estafa pueden lesionar la propiedad, el patrimonio de los acreedores o de un tercero sin que por ello se vea afectada la economía en su conjunto. De hecho hay cientos de estos delitos al año y el orden económico resulta totalmente ajeno a ellos.

1.1.6 Perspectiva bipolar clásica

Un criterio racional comienza por distinguir bienes jurídicos individuales de bienes jurídicos supraindividuales (TIEDEMAN, 1993, p. 31). Este criterio de la supraindividualidad, no difiere mayormente de aquel que habla de bienes jurídicos “*colectivos de carácter económico*” (MUÑOZ CONDE, s/a, p. 10), identificando como tales, por ejemplo, al crédito público, los intereses de los consumidores, de los ahorristas, etc. Cierto es que, como bien dice *Peña Cabrera*, se trata de bienes jurídicos sin pasado histórico (PEÑA CABRERA, 1995, p. 44), pero no por ello inexistentes, pese a su menor visibilidad que la vida, la propiedad o el honor. No es posible entonces desconocer la existencia de bienes como el crédito, el consumo, el sistema financiero o el mercado de capitales. La distinción entonces estará dada en tanto la acción disvaliosa sea susceptible, potencial o efectivamente, de lesionar bienes jurídicos de otros, distintos al acreedor específico o al titular del derecho patrimonial afectado. Para un importante y significativo sector de la doctrina, ello desemboca en sostener que tipos penales clásicos, como la estafa, o la apropiación indebida, puedan perfectamente tener incidencia en bienes jurídicos colectivos de carácter económico (MUÑOZ CONDE, s/a, p. 10). Así entonces, podemos reconocer en la existencia de ese tipo de bienes jurídicos supraindividuales un concepto delimitador del ámbito de acción del derecho penal económico, y por lo tanto, la aptitud de los tipos penales clásicos para catalogarlos como pluriofensivos en tanto la acción típica concreta posee la potencialidad suficiente como para afectar esos bienes jurídicos de naturaleza colectiva.

1.1.7 Perspectiva integrada

Pero todos estos acercamientos preliminares serán insuficientes si no se comprende que el concepto y alcance del Derecho Penal Económico Democrático presupone – necesariamente – una perspectiva integrada, cimentada en las condiciones ópticas de la estructura social, en el reconocimiento de una esencia antropológica que trasunte un contenido de protección a la persona humana individualmente considerada o como integrante de un colectivo, como destinataria final de normas que protejan un bien jurídico determinable en su ofensividad. Todo ello sustentado en una participación democrática acorde al Estado Democrático Social de Derecho. Esto es: aquel que trasunta un cuadro de garantías suficientes frente a toda eventual pretensión punitiva exorbitante del Estado.

Descartamos toda referencia a “*condiciones concretas de la estructura social*”, colocando en su lugar la expresión “*condiciones ópticas de la estructura social*”. La razón e ello es clarificar una postura que no es autopiética o funcionalista, sino básicamente ontologicista. Nuestra concepción apunta no sólo a una determinación – que bien puede ser meramente normativa – sino a la verdadera realidad subyacente y consecuencial a dicha estructura. En todo caso, esa dirección prevalente ontologicista deberá estar relacionada con una perspectiva normativista complementaria, que nos aparte de la tentación a sumergirnos en la mera “doxa”, o sea el conocimiento aparente de la realidad sensible que PLATON, tan sabiamente, distinguía de la “episteme”, o sea del conocimiento de la verdadera realidad, de las ideas y valores tangibles, que en nuestro concepción, hacen a la realización del Estado Democrático Social de Derecho y sus garantías.

1.2 El acercamiento conceptual al bien jurídico tutelado por el derecho penal económico. La bipolaridad conceptual

En teoría resulta factible formular un acercamiento “neutral” al bien jurídico protegido, con un alcance geográfico e histórico universal, pues toda comunidad política tiene un orden económico, y las normas de derecho penal económico cumplen siempre la función similar de incriminar comportamiento que lo lesionan o ponen en peligro. Pero cuando se toman en consideración los objetivos de política criminal que se persiguen, los contenidos y alcances de las legislaciones estas difieren sustancialmente y la posibilidad de lograr un cierto consenso sobre el objeto material del Derecho Penal Económico o Socioeconómico se pierde con facilidad (JESCHECK, 1963, p. 69 y s.). Estas

dificultades trascienden al momento de concretar conceptualmente el cerne de esas valoraciones positivas que se dan en una determinada relación social conflictiva (MIR PUIG, 1996, p. 133 y s.). Este cuadro, de por sí complejo, se ha enrarecido bastante en los últimos tiempos. Se pregunta: ¿qué pueden tener de común la sociedad clásica o moderna con la llamada sociedad de riesgos? ¿qué pueden tener de común el clásico Derecho penal económico de la economía dirigista con el actual Derecho penal económico promocional-funcionalista que se indica como indispensable panacea para el conflicto de la sociedad pos-industrial? La respuesta será sin duda compleja, pero indudablemente, tratándose de Derecho Penal, el punto de necesario encuentro debe estar en las garantías de los ciudadanos y en ese mínimo aceptable de certeza-seguridad jurídica que exige un sistema democrático de gobierno. Pensamos que será finalmente posible lograr un cierto entendimiento técnico jurídico sobre el concepto y alcance del Derecho Penal socioeconómico, en la medida en que se compartan esos valores.

Tomando nota de estas realidades y a modo necesariamente introductorio, comenzaremos por exponer algunos ejemplos típicos de las más importantes vertientes conceptuales sobre el tema: la restrictiva, de cuño dogmático clásico, y la corriente amplia, en cuya conformación han incidido también factores pragmáticos y elaboraciones criminológicas. En párrafos posteriores abordaremos algunos aspectos sobre el debate actual, a saber: la evolución y crisis del concepto material, los problemas y cuestionamientos derivados de la interpretación amplia del Derecho penal económico, el necesario referente estructural de la objetividad jurídica tratada y unas reflexiones complementarias sobre el bien jurídico, seguidas de otras breves reflexiones finales. Todo ello, advirtiendo desde ya sobre sus inevitables connotaciones ideológicas. En todo caso, corresponde advertir que nuestra construcción teórica para ser comprendida en su integralidad, debe ser necesariamente acompañada de la propuesta metodológica que trazaremos más adelante.

1.3 Las corrientes restrictivas de corte clásico atadas a la matriz de un bien jurídico determinado y determinable

Probablemente la más escueta y clara definición del fin político criminal que persiguen las normas clásicas de derecho penal económico en los países desarrollados de Occidente se debe a Eberhard Schmidt, y puede verse en la noción de delito económico dado en la ya citada “Ley para la simplificación del derecho penal económico en el campo de la economía”, dictada en 1949 en la República Federal de Alemania, según la cual “una infracción será delito

económico cuando vulnere el interés del Estado en la permanencia y conservación del orden económico” (RICHI, 1991, p. 319). Desde esa óptica, el bien jurídico protegido por los delitos económicos era la tutela del orden económico existente, es decir, el estatuto jurídico de la economía de mercado, constituyendo sus ejemplos más representativos las normas de represión del monopolio, las prácticas restrictivas y las demás acciones que afectan la libre concurrencia (JESCHECK, 1985, p. 25). Una perspectiva economicista de la óptica restrictiva, la otorgaba Werget, quien define el delito económico como “la infracción que lesiona o pone en peligro la actividad directora, interventora y reguladora del Estado en la economía” (1972, p. 34).

En la misma orientación, pero un poco más extensa y neutra, es la definición de Otto, para quien *son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico*. Por tanto, el Derecho penal económico en sentido estricto está dedicado al estudio de estos delitos que lesionan o ponen en peligro la actividad reguladora (*latu sensu*) del Estado en la economía y a las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores (OTTO, 1971, p. 72).

Dentro de similar posición, se encuentran Burelli (1976, p. 12), Suarez Gonzalez (1996, p. 10 y s.), Rodríguez Murillo (1999, p. 17-18) y también con ciertas particularidades Bacigalupo (2000). Estos autores asumen el criterio restringido a partir de la Constitución Económica española y de un consenso mínimo en torno a las legislaciones penales europeas. Sin embargo, todos ellos, en alguna medida, admiten la posibilidad de incorporar a esa parcela del Derecho Penal, nuevas formas de criminalidad acordes a los comportamientos propios de una sociedad moderna o de “riesgos”.

El citado Bacigalupo señala que son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico. Por tanto, el Derecho penal económico en sentido estricto está dedicado al estudio de estos delitos y de las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores.

Acto seguido el autor hace la salvedad de que una visión absolutamente

restrictiva de la criminalidad económica no es totalmente satisfactoria. Agrega que el desarrollo de la sociedad posindustrial se manifiesta en dos vertientes: por un lado, en los riesgos de la modernización que delimitan los contornos de la llamada “sociedad de riesgos” y por otro, los problemas que advierte cuando se sitúa en el centro de atención las contradicciones immanentes entre la modernidad y la contramodernidad en el plano de la sociedad industrial. Cita un fermental pensamiento de Beck “mientras que en la sociedad industrial la lógica de la producción en masa domina a la lógica de la producción de riesgos, en la sociedad de riesgos se invierte esta relación” (*apud* BACIGALUPO, 2000). Bacigalupo asume esa complejidad y concluye que en la consideración de la criminalidad económica no puede quedar excluida la influencia de la planificación económica en un sistema de libre mercado, aunque de ello no hay que extraer sólo la consecuencia de un fomento de la desviación. Textualmente:

...es cierto que la burocratización del sistema económico estimula comportamientos delictivos en dos sentidos diferentes: por un lado, mediante las regulaciones de deberes económicos respecto al Estado (evasión de impuestos, fraudes de subvenciones, infracciones propias de la economía “sumergida”; por otro, mediante la sanción de actividades irregulares en ámbitos de la actividad económica en los que se produce una intervención estatal (corrupción de funcionarios que tienen deberes relacionados con la intervención económica en la vida económica). Sin embargo, también es evidente que la intervención estatal en la vida económica representa un sistema de control destinado a la protección del bien común en evitación de otros riesgos que la sociedad considera no soportables, de tal modo que es correcto pensar que el peligro de corrupción del propio sistema de control no hace soportables los perjuicios que se derivarían de su supresión (BACIGALUPO, 2000, p. 32).

1.4 Las corrientes amplias influidas por aportes pragmáticos y elucubraciones de tipo criminológico

Veremos más adelante que esta otra perspectiva supuso originalmente un doble propósito: en primer lugar, entender el orden económico u orden público económico como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, y en segundo lugar, colocar la protección de los intereses patrimoniales en primer lugar, y sólo en segundo término la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado.

Bajo tales supuestos el Derecho Penal Económico es definido en una primera época por Bajo Fernandez como el “conjunto de infracciones que afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesionaban o ponían en peligro en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios” (1978, p. 32). O sea que, en la década del setenta el maestro español sostenía una posición claramente amplia. Posteriormente en publicaciones a partir de los últimos años de la década del ochenta opta por abordar la problemática del contenido del Derecho Penal Económico desde un punto de vista restringido, considerando que el Derecho Penal Económico está constituido por el “conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico” (BAJO FERNÁNDEZ; PEREZ MANZANO; SUAREZ GONZALEZ, 1993, p. 562 y s.). A esta altura admite que el orden económico en sentido amplio no puede ser considerado como bien jurídico, ni de forma directa ni en sentido técnico (BAJO FERNÁNDEZ; PEREZ MANZANO; SUAREZ GONZALEZ, 1993, p. 565), siendo esto así, agrega en otra obra, los delitos económicos sólo serían a su juicio aquellos comportamientos que afecten a la regulación jurídica de la intervención estatal en materia económica, lo que llevaría a considerar exclusivamente como delitos económicos: los delitos monetarios, el contrabando y los ilícitos tributarios (BAJO FERNANDEZ, 1994, p. 394 y s.).

Con un contexto técnico más complejo y en una posición inalterada hasta la fecha – Tiedemann – señalará que

el delito económico consiste en un comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada y que afecta a un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio del orden económico (bien jurídico supraindividual) (2000, p. 16 y s.).

Como vemos, en su concepción, el Derecho Penal Económico se caracteriza por estar dirigida – aunque no exclusivamente – a la protección de intereses sociales de orden colectivo. El mismo autor reconoce que su posición ha generado entre otras críticas la afirmación que la protección de bienes jurídicos supraindividuales supone el favorecimiento de la tendencia expansiva del Derecho Penal a través, por ejemplo, de la creación de tipos de peligro abstracto. Los puntos de partida de esta idea resultan, es evidente, erróneos, los valores sociales supraindividuales tienen “en el ordenamiento económico actual, un lugar legítimo, reconocido por el Derecho Económico desde hace mucho tiempo”

(TIEDEMANN, 2000, p. 21-22).

En esta óptica, al mismo tiempo de lesionarse un bien jurídico individual (patrimonio) se está lesionando uno supraindividual (orden económico). Así, por ejemplo, sostiene que al castigarse penalmente las quiebras fraudulentas se están protegiendo al mismo tiempo los intereses puntuales de los acreedores y deudores y el propio sistema crediticio como expresión del orden económico. Esta es precisamente la “sumatoria” de bienes jurídicos afectados que admite hoy día parte de la doctrina más recibida y resulta fuertemente criticada por otro sector igualmente significativo, ya que son consecuencias inevitables de esta concepción extensiva evidentes dificultades para delimitar materialmente esta rama del Derecho Penal como también para precisar el propio concepto de lo que debe entenderse por delito económico. Como veremos, los argumentos críticos son muy variados y de diferente agresividad, al punto de que algunos autores contemporáneos con visión pragmática llegan a cuestionarse la misma razonabilidad del debate, en el entendido de que este contiene aspectos técnicos insalvables.

1.5 Evolución y crisis del concepto material de derecho penal económico

La delimitación de un criterio “material” para definir un delito económico, necesariamente gira en torno al concepto de bien jurídico-penal, entendido como un interés social protegido por la norma (significación social). Precisamente, como hemos adelantado, la necesidad de establecer con la mayor precisión posible ese interés, es una tarea cuya complejidad ha provocado que algunos renuncien a ella, predicando que el gran número de normas penales aplicables y la distinta gravedad de los hechos involucrados, obliga a admitir que lo único que tiene sentido es utilizar un concepto “pragmático” del delito económico⁵.

Sin embargo, desde mediados del siglo pasado hasta la década del 80 y dentro de la doctrina penal, fue dominante el punto de vista que buscó la delimitación del delito económico utilizando como pauta del agrupamiento el bien jurídico protegido, por considerar que era el único que permitía evitar ambigüedades y contradicciones, posibilitando conclusiones homogéneas (LAMPE, 1985, p. 363 y s.). En ese lapso hemos visto desarrollar diferentes vertientes de objetivación jurídica, muchas de ellas de funcionamiento no excluyente, es decir, complementario a otras concepciones de contenido más puntual, entre ellas:

Una corriente centra en la *economía en su conjunto* el objeto de

protección. Lindemann, por ejemplo, decía que Derecho Penal Económico es el elenco de conductas punibles que se dirigen contra el conjunto total de la Economía o contra ramas o instituciones fundamentalmente importantes de ese conjunto. El mismo orden que se expone se vio recogido en algunas opiniones sustentadas durante el Congreso de Roma de 1953, referidas a las “normas para asegurar la economía en su totalidad, independientemente del fin de la política económica”. En alguna medida puede considerarse dentro de esta línea el sistema del Código Italiano de 1930, prioritariamente orientado a proteger la economía pública ante atentados directos a bienes y servicios, o la regularidad de los factores de la economía, como la industria, el comercio y el trabajo.

Otra concepción atiende al fenómeno de la *planificación*, centrando en ella la objetividad. Aquí, en posiciones extremas se ha llegado al absurdo de sostener que la planificación es un concepto aplicable exclusivamente a los regímenes de tipo socialista (ejemplo: AFTALION) y que en consecuencia, solo en ellos es posible analizar autónomamente la materia. Fuera de estas posturas y hoy en día, la mayoría entiende a la planificación como un concepto abstracto, neutro o relativizado.

Existen también variantes que atienden a las nociones de *libertad económica* (Jescheck), o de *iniciativa privada* (Ludjer), con lo que indirectamente circunscriben el Derecho Penal Económico al funcionamiento de las reglas del mercado.

Finalmente, encontramos la concepción más difundida hasta los años 80 y aún de gran recibo. La misma trabaja el bien jurídico de los delitos económicos en base a ideas originalmente expuestas por el influyente publicista Ripert de un *Orden Público Jurídico Económico*. Este concepto, si bien vinculado en su matriz original a la idea de intervencionismo estatal, ha sido independizado conceptualmente y hoy se le hace funcionar con cierta comodidad dentro de los parámetros de la era del mercado. En un espectro de por sí indicativo de las múltiples variantes y posibilidades de esta vertiente, diferentes autores hacen referencia a que el bien jurídico tutelado es el “orden público económico” (AFTALION, 1966, p. 86; NOVOA MONREAL, 1987, p. 193); el “orden económico” (MIRANDA GALLINO, 1970); el “orden económico nacional” (Bergalli, 1973, p. 194); “orden socio-económico justo” (MARTOS NUÑEZ, 1987, p. 123-124)⁶ el “orden público económico social”⁷; el “régimen económico público” (MEZGER, 1959, p. 390); el “orden público del mercado” (RIGHI, 1980, p. 110 y s.); la “policy económica del Estado” (HULGER, 2000, p. 35); y, “normal funcionamiento de los mecanismos económicos” (SEVERIN, 1970, p. 67 y s.)⁸, vertiente que permite compatibilizar las corrientes amplias con las garantías derivadas de un adecuado conocimiento del objeto; etc.

A esta altura de nuestro esquema corresponde subrayar dos aspectos: a) de esta matriz nace la concepción caracterizada como amplia; y, b) resultó definitivo a lo largo de todo este proceso el advertir que los bienes jurídicos que protegían los delitos económicos eran colectivos, o si se prefiere “supraindividuales” (cf. TIEDEMANN, 1975, p. 465; RIGHI, 1980, p. 110 y s.) lo que supuso distinguirlos de los que tutelan bienes individuales, y más concretamente de los delitos patrimoniales. Sobre esa base, fueron considerados en principio ajenos al derecho penal económico, delitos como la estafa, la apropiación indebida, el soborno, la usura, el hurto, el daño o los delitos de quiebra (TIEDEMANN, 1975, p. 468 y s.). En consonancia con esta apreciación supraindividual, Muñoz Conde señala que el orden económico en sentido estricto u orden público económico se debe distinguir claramente del orden socioeconómico. El primero, nos dice, se vincula exclusivamente a la actividad del Estado como director e interventor de la economía. Se refiere a la regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía y a la tutela de los intereses patrimoniales individuales; el segundo trasciende su esfera de protección fundamentalmente a los intereses colectivos supraindividuales (MUÑOZ CONDE, 1995, p. 267). Característica de este estadio de la doctrina es la tradicional definición de Tiedemann, quien, como ya adelantamos, señala que el delito económico consiste en *un comportamiento realizado por un agente económico con infracción de la confianza que le ha sido socialmente depositada y que afecta a un interés individual (bien jurídico patrimonial individual) y pone en peligro el equilibrio del orden económico (bien jurídico supraindividual)* (1975, p. 465).

Por consiguiente, hasta la década de los años ochenta, el derecho penal económico presentaba una fisonomía que en forma generalizada suponía la adopción de una conceptualización bidimensional:

Se reconocía la importancia de un “concepto restringido”, vinculado a una noción de las mismas características del delito económico, que era consecuencia de precisiones relacionadas con la teoría del bien jurídico, de lo que surgían al menos tres grandes consecuencias: a) el cometido del derecho penal económico quedaba acotado en principio a la tutela de intereses individuales de los particulares o en su caso del Estado, pero no alcanzaba a la protección de los intereses colectivos o “supraindividuales”; b) se consideraba que la disciplina sólo comprendía las normas jurídico penales que protegían el orden económico; y, c) por orden económico se entendía generalmente como la regulación jurídica del intervencionismo estatal de la economía. Consiguientemente, desde esa perspectiva restringida, el “derecho penal económico” era el sector jurídico que reforzaba con conminaciones penales, la dirección y control estatal de la economía (LAMPE, 1985, p. 367; TIEDEMANN, 1975, p. 465, y 1985, p. 12; RIGHI, 1991, p. 318 y s.; NOVOA

MONREAL, 1987, p. 193; BAJO FERNANDEZ, 1978, p. 42; MARTOS NUÑEZ, 1987, p. 128).

Pero convivía con el anterior un “concepto amplio” en el que incidían dos factores: a) una visión “pragmática” del delito económico: que agrupaba los distintos tipos penales con “significación” económica⁹; y, b) un desarrollo proveniente de la investigación criminológica, cuya visión del *white collar crime* prescindió de la noción de bien jurídico, centrandó su preocupación en las características del autor.

Esta visión “amplia” presentaba las siguientes características: a) el “derecho penal económico” era definido como el conjunto de normas jurídico penales, destinadas a proteger el “orden económico”, entendido como la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo, de bienes y servicios; b) era una concepción “extensiva” que colocaba como objeto de protección en primer lugar intereses patrimoniales cuyo titular podía ser el Estado o los particulares; c) subsidiariamente, en segundo término se atendía a la tutela de bienes colectivos, relacionados con la regulación económica del mercado (BAJO FERNANDEZ, 1978, p. 43)¹⁰. Es de resaltar que para otros autores resulta prioritaria la protección de los intereses colectivos, precisamente, nos dice Mancuso, que su tutela define la autonomía conceptual de la corriente amplia al tiempo que evidencia las ventajas pragmáticas de la misma. Al respecto formula dos aclaraciones: a) de la afirmación de que el delito económico ampara básica y prioritariamente bienes supraindividuales, no se debe concluir que no pueda además quedar protegido el interés jurídico de un particular. Así, por ejemplo, las normas de defensa de la competencia, que naturalmente están orientadas a proteger la libre concurrencia en una economía de mercado (bien jurídico supraindividual), amparan también intereses individuales de los consumidores, y de los competidores del autor de la infracción. Lo que se afirma es que en el Derecho Penal socioeconómico la norma penal trasciende de la protección de esos bienes particulares, ocupando el bien colectivo el primer lugar, por ser el que otorga fundamento propio a la prohibición; b) por otra parte, algunos de los clásicos tipos patrimoniales que tutelan fundamentalmente bienes individuales pueden asumir modalidades trascendentes que permiten su caracterización como delitos económicos. Así, por ejemplo, el daño cuando se presenta bajo formas de sabotaje económico (MANCUSO, 1994, p. 34). Entre otros Bacrie, critican duramente esta concepción alternativa¹¹.

Por su parte Carlos Martínez-Bujan Pérez (1998, p. 33) también resalta que junto a la concepción estricta o restrictiva del Derecho Penal Económico se reconoce un concepto amplio del mismo caracterizado por incluir, ante todo, las infracciones que vulneran bienes jurídicos supraindividuales de contenido

económico que, si bien no afectan directamente a la regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía, trascienden la dimensión puramente individual, trátase de intereses generales o trátase de intereses de amplios sectores o grupos de personas. Ahora bien, dentro del concepto amplio de delitos económicos llegan a incluirse también aquellas infracciones que, aun afectando en primera línea a bienes jurídicos puramente individuales, comportan un abuso de medidas e instrumentos de la vida económica.

Pese a existir un notable consenso en torno a la aludida bipolaridad entre la concepción restrictiva, en ocasiones se utilizan la nociones amplia y estricta de delitos económicos con un significado diferente al que se acaba de expresar. Así, para un relevante especialista como Botke (1995, p. 637 y s.), el Derecho Penal Económico en sentido amplio abarcaría la comisión de delitos pertenecientes a la órbita del Derecho Penal “clásico”, en tanto en cuanto se ejecute en el ámbito de la empresa o de los negocios; este sector no plantearía, obviamente, especiales problemas de legitimidad a la hora de criminalizar comportamientos, dado que se articularía sobre la vulneración de bienes jurídicos también “clásicos”, como v. gr. El patrimonio o la seguridad en sentido *stricto* englobaría todos aquellos delitos orientados a la protección de las condiciones esenciales de funcionamiento del sistema económico respectivo y eventualmente dado al legislador penal en la Constitución. Sin embargo, este entendimiento minoritario de la doble caracterización del Derecho Penal Económico no va a ser acogido en lo que sigue, por las razones que se explicitarán más adelante. En este momento baste con dejar constancia de la toma de posición en cuanto a la fijación de los conceptos y, en todo caso, con añadir que la bipartición de Botke comporta calificar como Derecho Penal Económico en sentido amplio una materia cuya individualización únicamente resulta procedente a partir de un criterio exclusivamente criminológico, pero que debe quedar siempre al margen de nuestro objeto en estudio con arreglo al criterio rector del bien jurídico; de otro lado, propone el citado autor una noción harto simplificadora de Derecho Penal en sentido estricto en la que no se establece ningún criterio selectivo ulterior y en la que consecuentemente habría que incluir figuras delictivas ontológicamente muy diversas, que no suscitan, desde luego, todas ellas idénticos problemas de legitimidad de la intervención del Derecho Penal.

1.6 El desarrollo posterior

Cuando se observa el panorama del Derecho Penal Económico en la actualidad, resulta evidente que prevalece la adhesión a una concepción amplia, consecuencia de múltiples factores, entre ellos: el evidente predominio de la

economía de mercado, la decadencia del “dirigismo” estatal, la necesidad pragmática de contar con una categoría aglutinante de las más variadas agresiones sociales y también como consecuencia de una creciente tendencia a postergar los rigores sistemáticos que ofrece la dogmática. Nos adelantamos a nuestro desarrollo expresando que las críticas que sobrevienen a esta concepción amplia impondrán el reconocimiento del referente estructural, de un contenido personalista y una legitimación democrática. Ello llevará al concepto integrado de Derecho Penal Económico que propugnamos. Volviendo a la concepción amplia en su estado “puro”, resulta que al reparar en el conjunto de áreas involucradas, se advierte que como consecuencia de la referida noción “amplia”, son considerados delitos económicos: a) los delitos fiscales; b) los fraudes de subvenciones; c) los delitos cometidos en el seno de instituciones bancarias, financieras y cambiarias; d) los delitos vinculados al funcionamiento de empresas privadas de seguros; e) los delitos contra la regularidad del trabajo y la seguridad social; f) las quiebras, concursos y concordatos de tipo fraudulento; g) los balances falsos; h) la competencia desleal; i) los hechos punibles vinculados con el comercio exterior, j) los daños al eco-sistema, etc. etc.

Lo expuesto hasta aquí permite extraer al menos tres conclusiones: a) la primera es que se advierte una expansión de los “contenidos” del derecho penal económico; b) la segunda es que esa expansión se ha dado, tanto en la legislación extra-código como en el ámbito del derecho codificado; y, c) la tercera constatación es que este acelerado proceso expansivo se ha realizado careciendo de toda prudencia, coherencia sistemática, mínima afinidad con los principios dogmáticos de la ciencia penal, una deliberada desnaturalización del concepto de bien jurídico y algo más, como señala Bacrie, la concepción amplia tiene un claro desarraigo democrático pues desvanece su fundamento antropológico y se desentiende de las notas de garantía que trasuntan los bienes jurídicos individuales (BACRIE, 1980, p. 82 y s.).

Si tomamos el ejemplo de Alemania, nos dice Volk que se advierte una agresiva evolución que lejos de clarificar el panorama del Derecho Penal Económico lo ha enrarecido al nivel de fragante dispersión conceptual y jurídica (1998, p. 479 y s.). Así puede percibirse que en un primer momento se aprobaron en Alemania variadas leyes de reforma, orientadas a cubrir supuestas lagunas de punibilidad, como ocurrió en 1976 cuando la 1ª Ley Contra la Criminalidad Económica incorporó tipos para reprimir la obtención fraudulenta de subvenciones y créditos, como también delitos de quiebra. Diez años después, la misma finalidad tuvo la 2ª Ley Contra la Criminalidad Económica, fundamentalmente destinada a castigar la manipulación fraudulenta de computadoras. Luego, un nuevo salto cualitativo supuso la incorporación al Código Penal de un catálogo especial de competencias judiciales para un conjunto de conductas más o menos vinculadas con el concepto medular de

“delitos económicos”, reforma que concretó otra ampliación significativa, cuyo único fundamento fue de orden procesal. Finalmente, se adoptó otro criterio expansivo de tipo operativo-funcional que reconoce su origen en la investigación criminológica, y que consistió en considerar “delito económico” al cometido utilizando una empresa, realizado en beneficio de la misma o en su ámbito.

Igual situación se vive con la anodina y meramente simbólica aglomeración de tipos diversos que ostenta el actual Derecho Penal Económico de Italia (BACRIE, 1998, p. 99); en la pasmosa dispersión de “Droit Penal des Affaires” de Francia (BACRIE, 1998, p. 99); el más conocido desarrollo espasmódico de la legislación española (BAJO FERNÁNDEZ, 1996, p. 738 y s.; SALIERO ALONSO, 1998, p. 367 y s.; BARBERO SANTOS, 1997, p. 605 y s.) etc.

Como consecuencia de este proceso ocurrido tanto a nivel doctrinario como en el derecho positivo contemporáneo, la noción amplia o elástica de delito económico se vio crecientemente cuestionada en múltiples y variados aspectos, algunos de los cuales procuraremos esbozar rápidamente.

1.7 Problemas y cuestionamientos derivados de la concepción amplia del derecho penal económico

A vía de recapitulación, hemos señalado que el concepto de delito económico originario y clásico, derivado de las concepciones atadas a la matriz del bien jurídico originó la denominada teoría “restringida”. De acuerdo con este punto de vista, el contenido de la disciplina en sentido “estricto” comprendía las normas jurídico penales destinadas a proteger el orden económico, entendido como regulación jurídica del intervencionismo estatal en la economía (BAJO FERNÁNDEZ, 1978, p. 37; MARTOS NUÑEZ, 1987, p. 128). Ese criterio de delimitación se correspondía con una noción también restringida del derecho económico, asimilable al conjunto de normas vinculadas al derecho de la economía dirigida por el Estado. Consiguientemente, siempre en sentido estricto, el delito económico era apreciado como la infracción que lesionaba o ponía en peligro esa actividad interventora y reguladora del Estado en la economía. Ése fue también el punto de vista más aceptado en el contexto legislativo y científico de esa época, por considerarse el único concepto que resultaba a la vez garantizador y de utilidad, ya que era comprensivo tanto de las hipótesis de tutela en los casos de intervención anticrisis, como en las de promoción del desarrollo, incluyendo así los supuestos de protección de la economía de mercado y también la tutela de instrumentos de asignación forzosa de recursos. En realidad, se suele olvidar, que pese a que se trata de una noción “restringida”, permitía cierto juego

conceptual y considerar delitos económicos tanto al monopolio que afecta la libre competencia, como a los supuestos de lesión a medidas estatales que impiden el acceso a un mercado a determinadas personas, como sucedía, por ejemplo, con inversores extranjeros. Por ejemplo la legislación francesa y belga (BACRIE, 1998, p. 103).

Como consecuencia de criterios pragmáticos y fundamentalmente de los que orientaron la investigación criminológica, se fue desarrollando paralelamente una noción del delito económico, en un sentido amplio. Desde esta perspectiva, el derecho penal económico fue definido como el conjunto de normas jurídico penales que protegen el orden económico entendido como regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. Esta perspectiva supuso colocar la protección de los intereses patrimoniales en primer lugar, y sólo en segundo término la tutela de intereses colectivos relacionados con la regulación económica del mercado, por ejemplo el sistema crediticio, operaciones de pago sin dinero efectivo o el mercado de capitales (BAJO FERNÁNDEZ, 1978, p. 40). Ya señalamos también que las consecuencias inevitables de esta concepción extensiva fueron las evidentes dificultades para delimitar el ámbito de la disciplina, como también para precisar la noción de lo que debía entenderse por delito económico, el que fue definido como la infracción que afectando a un bien jurídico patrimonial individual, lesionaba o ponía en peligro en segundo término la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios. En teoría se adjudicó a esta concepción, la virtud de armonizar los objetivos de las investigaciones criminológicas sobre criminalidad de cuello blanco con los contenidos del derecho penal económico (BAJO FERNÁNDEZ, 1978, p. 43) pero ciertamente la imprecisión conceptual que la orientaba, necesariamente generó confusión y se fue perdiendo todo contacto con el rigor dogmático penal (LO MONTE, 1998, p. 323 y s.). También, como veremos más adelante, desgajó el objeto analizado de sus estructura y lo desvinculó de las prioridades paradigmáticas del Estado Democrático Social de Derecho (contenido personalista y legitimación democrática).

El primer cuestionamiento retoma los puntos de vista originados en Feuerbach y posteriormente desarrollados por Goldschmidt, quienes distinguían entre: a) los “delitos”, reconocidos por su esencia como lesiones de derechos subjetivos, y por lo mismo portadores de un verdadero injusto criminal; y, b) las “infracciones”, apreciadas como modalidades de comportamiento reprimidas por razones vinculadas a la seguridad y el orden público, meras contravenciones administrativas que no pertenecen al derecho penal criminal.

En la medida en que la pena penal sólo es legítima en función de la noción de bien jurídico, entendida como la condición jurídicamente garantizada de libre desarrollo de un individuo en sociedad y dado que el objeto de tutela del

derecho penal económico es el funcionamiento de subsistemas económicos, se considera que debe ser un derecho de infracciones administrativas, y no un derecho criminal. Esta perspectiva crítica si bien admite la existencia de bienes jurídicos “supraindividuales”, lo que niega es la posibilidad de que los mismos sean objeto de tutela del derecho penal económico, su fuero natural debe encontrarse en el ámbito de las infracciones administrativas (OEHLER, 1996, p. 128 y s.).

Otra perspectiva crítica parte de la base de que sólo cabe reconocer la existencia de un “bien jurídico” cuando es empíricamente demostrable que puede ser dañado. Se sostiene que una política criminal de base empírica exige demostrar que existe una inequívoca relación de causalidad, entre el comportamiento individual y el referido daño supraindividual, por lo que la cualidad de una acción de ser “lesiva” depende de que esté casualmente vinculada a la clara afectación de un bien jurídico determinado. En tal sentido se observó que si bien hay delitos individuales en los cuales el daño patrimonial es efectivamente acompañado de gran dañosidad social, también hay otros ilícitos individuales de gravedad en los cuales el daño patrimonial no trasciende al plano de los bienes jurídicos supraindividuales y otros casos en los cuales, que lejos de estar colocado en primer plano el daño patrimonial, el mismo puede inclusive no existir siendo muy claro el daño colectivo. Righi (1991, p. 322) nos aporta el siguiente ejemplo: cuando se abre una línea especial de crédito para fomentar una determinada actividad económica o cubrir una necesidad social, el comportamiento puede consistir en obtener un crédito mediante ardid. En esos casos lo lesionado son los intereses colectivos vinculados a los objetivos de política económica o social involucrados, pudiendo no haber lesión individual ni perjuicio patrimonial, cuando por ejemplo, el autor paga el crédito en los plazos pactados.

También se ha señalado con singular agudeza crítica por parte del publicista Esteban Righi que, desde el punto de vista ontológico, la afirmación de que un delito económico en sentido amplio lesiona en primer lugar intereses individuales, entra en contradicción con su enunciada “vocación supraindividual final”, es decir con la exigencia de que lo afectado por los delitos económicos deben ser prioritariamente bienes jurídicos “supraindividuales” (RIGHI, 1991, p. 323)¹². Entre esos tipos claramente orientados a tutelar preferentemente intereses supraindividuales, se suelen mencionar las infracciones previstas con motivo de la formación de carteles. Otro ejemplo de esa contradicción se manifiesta en la tutela penal del medio ambiente. Los delitos ecológicos giran en torno a la idea de protección del “medio ambiente natural”, habiéndose definido sus objetos de tutela en la conservación del suelo y la flora, el mantenimiento de la pureza de las aguas, la eliminación de basuras, la protección contra gases perjudiciales, la eliminación o reducción de los efectos nocivos de la

radioactividad y los desperdicios químicos y la protección contra los ruidos (BACIGALUPO; STAMPA BRAUN, 1980, p. 102). La definición de bien jurídico protegido, es claramente indicativa de que se orienta a proteger intereses de la comunidad en su conjunto (RODRÍGUEZ RAMOS, 1977, p. 281; 1980, p. 473; 1982, p. 307). Reconoce Rodríguez Ramos que si bien no puede negarse que con la protección al medio ambiente pueden verse tutelados mediatamente bienes tradicionales como la vida o la propiedad, esos bienes jurídicos añejos no agotan ni son el inmediato y principal objeto de protección de las normas aludidas, pues lo que primariamente se ampara es el derecho de “todos”, del colectivo a un entorno de vida adecuado (1977, p. 281). Los delitos ecológicos normalmente se engloban dentro de la categoría derecho penal económico, pero no por efecto del desarrollo de una noción “amplia” del mismo. Lo integran más por su significación social que por coherencia conceptual o sistemática (RIGHI, 1980, p. 324). Sin embargo, aún empíricamente, veremos que los delitos ecológicos se vinculan estrechamente al derecho penal de la empresa, en tanto de regla, serán cometidos mediante la utilización de corporaciones, constituyendo verdaderas conductas disvaliosas hacia el exterior de la empresa.

Otra vertiente crítica ha expresado que un concepto tan heterogéneo y elástico del derecho penal económico denuncia o pone en evidencia, más la impotencia que la versatilidad de dicho concepto. En esta tesitura Beristain señala que la mejor demostración de que ese concepto laxo provoca una insalvable imprecisión, como para impedir acotar el contenido del derecho penal económico, esté dada por la enmarañada y dispar enumeración de tipos que algunas formulaciones, sin mayor rigor o coherencia agrupan dentro de esta categoría¹³. En el mismo sentido Bajo Fernández expresa que esta pseudo categoría es en un todo equiparable a un “cajón de sastre”. Señala que se suele adjudicar al Derecho Penal económico todo aquel disvalor socialmente grave que no se puede ubicar fácilmente dentro de los bienes jurídicos tradicionales (1978, p. 42). Posteriormente se remite a la clasificación que de los delitos económicos ha ofrecido un conocido especialista, Zirpins, para comprobar que estamos ante un campo sin lindes definidas y en el que se comprenden hechos absolutamente dispares¹⁴. Agrega que estos intentos de clasificación evidencian que el concepto amplio de delito económico es desde el punto de vista de la dogmática pura, algo inadmisibles, desde el momento en que se incluyen en el mismo acciones de muy diverso contenido, que lesionan bienes jurídicos de muy diversa naturaleza, sin que sea posible reconducirlos a una misma categoría conceptual por la simple circunstancia de que “eventualmente” puedan lesionar el orden económico. Si así fuera habría que acabar reconociendo que prácticamente todos los delitos pueden ser, en principio, delitos económicos. El suicidio inducido de un banquero, el asesinato de un empresario, la difamación de

una firma social, etc., pueden perturbar también gravemente el orden económico, entendido en sentido lato. En ausencia de toda técnica sistemática, inducción al suicidio, asesinato, injurias, podrían llegar a ser considerados también delitos económicos.

La agrupación y consiguiente sistematización de los delitos se debe llevar a cabo, en atención a su contenido sustancial y éste se determina, a su vez, en función del bien jurídico determinado que, en abstracto y por definición, resulta necesariamente ofendido por la correspondiente figura delictiva, y no en función de los intereses que, a través de su concreta e histórica realización, puedan resultar eventualmente lesionados. La inclusión bajo la rúbrica de derecho penal económico o socioeconómico de delitos de tan dispar contenido como la estafa, la prevaricación, el contrabando, el tráfico ilícito de alimentos y medicamentos, etc., no supone, desde el punto de vista dogmático, ningún avance, sino un claro retroceso (BALESTRINO, 1978, p. 12 y s.), porque se está tomando como punto de referencia para la clasificación una característica que, por su condición de eventual, no permite definir esencialmente los correspondientes delitos, hasta el extremo de que los hechos que se consideran como delitos económicos en sentido amplio pueden resultar, en definitiva, en algún caso concreto, beneficiosos y no perjudiciales para el orden económico. Por ejemplo, una apropiación indebida o un cohecho pueden evitar una quiebra, que provocaría graves perturbaciones económicas de orden nacional.

Pese a los esfuerzos hasta ahora realizados, un concepto de delito económico con perfiles unitarios no se ha conseguido y para muchos autores es probable que no pueda obtenerse nunca, entre otras razones porque, como observa Lopez-Rey, un concepto claro de lo económico es difícil y en el mejor de los casos tiene un carácter descriptivo-enumerativo que nunca podrá estimarse como completo (1975, p. 144). A lo que otros añaden, con indiscutible acierto, la circunstancia de que cada sistema económico genera su propia delincuencia económica, sucediendo por ello que lo que se considera delito en una economía dirigida no lo es en una economía de libre mercado, y a la inversa (RUIZ VADILLO, 1981, p. 224-225). Sobre este aspecto, que constituye a nuestro entender una de las críticas más feroces al concepto amplio, volveremos con más detalle en el apartado siguiente. Por otro lado, también se reconoce que la noción de “delincuencia económica” ha cumplido y cumple importantes funciones desde el punto de vista criminológico, de política criminal y en lo que hace a la percepción del tema a nivel de los tribunales y del mismo colectivo social involucrado. El concepto amplio de delito económico parece, en cambio, técnicamente inviable desde la perspectiva dogmática. Esta realidad, nos dice Bajo Fernandez, no debe preocuparnos demasiado, hay que aprender a vivir con ella, porque en cualquier caso, no debemos dejarnos prender por la cuestión dogmático-sistemática. Agrega que muy probablemente lo más importante en

esta hora no es determinar si éste o aquel hecho deben considerarse o no como delitos contra el orden económico y si éste puede o no considerarse desde el punto de vista dogmático como un específico bien jurídico, sino si, para el buen desarrollo de la vida económica, es necesario o no, que un determinado hecho se configure como delito (1978, p. 51). También para otros autores se debe otorgar primacía a la cuestión político-criminal sobre la relativa a la sistematización y coherencia dogmática de los llamados delitos económicos¹⁵. Afortunadamente aún quedan otros publicistas que, por diversos caminos, no se resignan y continúan aferrados a las seguridades y garantías que otorga un bien jurídico afirmado en una adecuada definición conceptual, propia del verdadero Estado de Derecho¹⁶. Desde estrategia confluyente ha señalado Severin que esta tendencia al pragmatismo tan fuertemente arraigada en el llamado nuevo realismo de la doctrina criminal norteamericana conlleva un inevitable apartamiento de las garantías sustantivas y adjetivas, en el cada día más vasto campo derecho penal económico, y soslayan temas centrales en lo sustantivo, como su inevitable vinculación estructural con el funcionamiento global del mundo económico-financiero y en la faz metodológica, como la imprescindible profundización conceptual y operativa de los mecanismos o resortes superiores de la economía involucrados. Agrega y compartimos, sólo a través de una renovación metodológica que lleve al adecuado conocimiento técnico-operativo de aquellos institutos a priori cuestionados y en vías de criminalizar, se posibilitará la más eficaz cobertura jurídica de su abordaje, tanto en el plano de la prevención, legislación, aplicación de la ley y efectiva realización de las garantías constitucionales de los sujetos eventualmente concernidos por la actuación penal (SEVERIN, p. 59).

1.8 El necesario referente estructural de la objetividad jurídica en los delitos contra el orden económico

Actualmente un número creciente de autores creen que el delito económico y consecuentemente la criminalidad económica no pueden entenderse en forma aislada del contexto social concreto donde se producen. Pensamos que el delito económico, como en general todos los delitos (convencionales o no convencionales) son productos sociales o más exactamente *sub-productos estructurales* ya que obedecen a los condicionamientos concretos que se observan en una determinada sociedad en un momento histórico determinado. Cada estructura social genera, de acuerdo con su propia realidad, su propia criminalidad. Luego la conducta constitutiva de delito económico estará funcionalmente condicionada por la estructura socioeconómica concreta de un

lugar y en un momento determinado. Precisamente en el ámbito de la doctrina penal se está aludiendo inequívocamente a la estructura económica cuando se señala que la infracción lesiona el “orden público económico”, pero se introduce el error de creer que este “orden público económico” es similar en todos los países. Ello no es así, e incluso comparte la nota de la mutabilidad y consecuentemente puede ir cambiando en matices dentro de cada país.

Se ha sostenido que sin perjuicio de sus otras funciones (límite, teleología, crítica), el bien jurídico cumple también una función sistemática immanente al sistema penal y una función legitimadora trascendente al sistema penal (HORMAZABAL MALAREE, 1992, p. 12 y s.). Desde una perspectiva sistemática y considerando que los bienes jurídicos reflejan relaciones sociales concretas protegidas por la norma penal en un sistema social determinado, se han clasificado jerárquicamente en dos grandes grupos: los que dicen relación con las bases de existencia del sistema social y los que están en relación con el funcionamiento del sistema social (BUSTOS RAMÍREZ, 1984; 1987, p. 129).

Los bienes jurídicos referidos a las bases de existencia del sistema social son aquellos sin los cuales el sistema social concreto, en este caso el que garantiza el Estado Social y Democrático de Derecho previsto en la Constitución, no podría existir, como la vida, la libertad, la salud individual, el patrimonio¹⁷. A juicio del citado Bustos Ramírez los bienes jurídicos conexos al funcionamiento del sistema tienen por objeto asegurar su correcto funcionamiento y equilibrar los desajustes que pudieran producirse en el sistema social al producirse situaciones sociales conflictivas. Legitiman la intervención coercitiva del Estado no ya para proteger un bien jurídico que está en la base de existencia del sistema social, sino para asegurar las condiciones indispensables para que esas relaciones sociales básicas (vida, libertad, salud individual, patrimonio) puedan producirse. A partir de ello, enfatiza que los bienes jurídicos no pueden entenderse sino en conexión con un sistema social determinado y agrega más. El Derecho Penal es el Derecho coercitivo de ese sistema social y protege relaciones sociales concretas dentro de ese sistema social, que no es otro que el del Estado Social y Democrático de Derecho. Estrictamente corresponde hablar de bienes jurídicos microsociales y de bienes jurídicos macrosociales. Estos últimos bienes jurídicos están al servicio de los bienes jurídicos microsociales. Se trata de proteger las condiciones mínimas para que las relaciones microsociales (vida, libertad, salud individual, patrimonio) puedan desarrollarse. Así, el medio ambiente está al servicio de la vida y la salud individual. Si el Estado no interviene castigando al que contamina el aire y el agua o destruye y explota abusivamente los recursos naturales, las relaciones microsociales que están representadas por los bienes jurídicos vida y salud individual no podrán realizarse o podrán verse seriamente perturbadas en su realización. Esta concepción permite cerrar algunos aspectos críticos antes señalados. Visiblemente el orden público socioeconómico es un concepto que no

es nada pacífico¹⁸. Dicha noción está ligada a las condiciones concretas de cada país y de cada época con sus particulares, diversos y a veces antagónicos enfoques ideológicos. Así, por ejemplo, no es lo mismo el orden económico en un período de emergencia bélica, como sucedió en Europa después de la Primera Guerra Mundial, en que se dictaron agresivas medidas económicas para prevenir la especulación y asegurar el abastecimiento, que en un período de cierta normalidad como el actual, en que se confía en la fuerza autorreguladora del mercado.

Lo expuesto permite reforzar la idea de que en el proceso de selección de las conductas socialmente disvaliosas en el proceso económico no puede prescindirse de las condiciones concretas de la estructura social y de la forma concreta en que se dan las relaciones económicas en dicha estructura social. Esto de por sí representa una invaluable limitación al *jus puniendi*. Así no puede prescindirse de la forma de Estado y del grado de su intervención en los procesos económicos y sociales, pues éstos condicionarán las relaciones individuales. En consecuencia, no puede hablarse de orden público socioeconómico en abstracto, sino sólo en relación con una determinada estructura social que impondrá su propia racionalidad y marco de legitimidad. De allí tampoco se pueda hablar de delito económico como una categoría atemporal, ontológica, sino sólo en relación de una estructura social concreta que lo define en un momento histórico determinado. El orden público económico protegido por las disposiciones penales socioeconómicas variarán con el sistema imperante. En particular el Estado Democrático Social de Derecho configura un escenario político en el que, si bien se contempla un modelo socioeconómico que reconoce, sin perjuicio de su función social, la propiedad privada y la libertad de empresa en el marco de la economía de mercado, también otorga al Estado ciertos derechos-deber, facultades interventoras de carácter económico y social para alcanzar la plena libertad, justicia e igualdad. Este paradigma es precisamente el que legitima la intervención del Estado.

De acuerdo con estos principios constitucionales, el llamado orden socioeconómico es del interés y está al servicio de todos los ciudadanos, en esto radica su contenido personalista microsociales. Así, por ejemplo, la difusión de una noticia falsa con la intención de alterar los precios de un producto debe entenderse e interpretarse como una intervención intolerable desde una posición de poder en el funcionamiento del mercado y que en último término perjudica a los consumidores. Ese obstáculo que impide la realización de la libre competencia impidiendo la formación del justo precio, viene en último término también a afectar al patrimonio del consumidor. La protección de la libre competencia como factor específico del orden socioeconómico implica en última instancia la protección de un bien jurídico macrosocial. La lesión de este bien jurídico macrosocial, en este caso la libre competencia, produce distorsiones

en el funcionamiento del sistema, ya que obstaculiza la libre circulación de las mercancías. Pero esta lesión del bien jurídico macrosocial, en la medida que está referido al funcionamiento del sistema, en último término también perjudicará al patrimonio de uno de los sujetos de la relación económica de mercado. En consecuencia, en la medida que la lesión del bien jurídico macrosocial implica obstáculos para su desarrollo, hay también una lesión de un bien jurídico microsociales que es condición de existencia del orden socioeconómico reconocido por la Constitución de todo Estado Social Democrático de Derecho. Por eso, en la protección de una relación macrosocial, en este caso el libre mercado, se están protegiendo también las condiciones para que pueda desarrollarse una relación microsociales que, como se ha dicho, es el patrimonio del consumidor¹⁹. Como vemos el orden socioeconómico conlleva intervención estatal dentro de la relación social para impedir las disfunciones que la injerencia de poderes distintos al del Estado pudiera producir.

En síntesis, el sistema crediticio, el sistema monetario, el proceso de ingresos y egresos del Estado y la libre competencia son relaciones sociales macrosociales. La lesión a estos bienes jurídicos macrosociales denuncia una disfunción del sistema y da contenido material al injusto económico. Su perturbación pone en peligro el funcionamiento del modelo económico constitucional. Pero su protección también implica en último término la protección de las relaciones microsociales que se realizan en el circuito económico. Proteger el sistema crediticio castigando las quiebras o insolvencias fraudulentas implica también la protección del patrimonio del acreedor. Hay una necesaria relación teleológica entre el bien jurídico macrosocial, relativo al funcionamiento del sistema, y el bien jurídico microsociales, que es a la vez, condición de existencia del sistema y limitante de sus eventuales excesos.

1.9 Otros referentes sociales y jurídicos del bien jurídico

Las dificultades que hemos denunciado para lograr un racional equilibrio entre concepto y bien jurídico vienen dadas, en parte, por la complejidad de intereses afectados, que plantean problemas de identificación y concreción de los bienes

Se ha entendido que la función propulsora, no meramente conservadora, que el Estado reivindica hoy, impone una nueva configuración dinámica del concepto de bien jurídico, que no se agota en la cristalización de situaciones y relaciones existentes, sino que, como sugiere Pedrazzi, ha de abarcar los objetivos estatales de justicia social (1985, p. 287). En todo caso, el carácter promocional que se pretende asignar al Derecho penal implica el riesgo de un

intervencionismo gravemente restrictivo de derechos individuales, en pos de programas económicos que, en una sociedad conflictual o, cuando menos, plural, no pueden gozar de unánime aceptación. Así, por ejemplo, Hassemer subraya que el paso de la tutela penal de bienes a la tutela penal de funciones pone en peligro el papel crítico-garantista del bien jurídico. Los denominados *grossflächige Rechtsgüter*, por su carácter multiforme y por sus difusos contornos, no podrían erigirse en criterio definidor ni delimitador del poder punitivo, y menos aún en los delitos de peligro, sobre todo abstracto, que, nominalmente orientados a la defensa de bienes jurídicos, les son, en realidad, excesivamente ajenos (1988, p. 47 y s.). El interés de quien concede subvenciones en que sean utilizadas debidamente o el interés en conservar un ambiente – ejemplos propuestos por Hassemer – por evidente que sea su relevancia, no son fácilmente caracterizables como bienes jurídicos, sino como objetivos de carácter político, social o económico y su tutela, más que de auténticos bienes lo es de funciones (1984, p. 109 y s.).

Recuerda Marinucci (1975, p. 61) que los últimos años están siendo, en efecto, testigos de programas de criminalización y descriminalización tendientes a proporcionar tutela penal al catálogo de bienes, derechos e intereses de relevancia constitucional, y, en concreción de tal tendencia, se viene aceptando la necesidad de acentuar la presión penal en un sector que, aún con excepciones, había sido inmune a ella, el de los bienes jurídicos de carácter social, de tipo colectivo, supraindividual o difuso, que todas estas denominaciones se emplean, sin precisar, las más de las veces, las señas de identidad de cada uno de estos conceptos.

Se trata de una alternativa político-criminal frente a la que, en principio, puede oponerse pocas objeciones. Pero sí parece imperioso examinar si las técnicas penales tradicionales pueden seguir funcionando, en el sentido propuesto por Liszt, como barrera infranqueable de la política criminal, o si, por el contrario, se ha de recurrir, para hacer frente de modo eficaz a la nueva situación, a un adelantamiento funcional de la intervención penal. Sobre el peligro de que este recurso ignore principios garantizadores ya consolidados, se han alzado autorizadas voces doctrinales. En concreto, se ha denunciado el olvido del bien jurídico como ineludible punto de referencia material. Éste, cualquiera que fuese la función que teóricamente se le asignara – con la excepción de su negación como subproducto del liberalismo y del positivismo por la doctrina penal nacional-socialista – ha venido cumpliendo una innegable función de garantía, que hoy no puede dejarse de lado (BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 150). Hay que admitir también honestamente, con Padovani, que, en ocasiones, cuando se habla de bienes jurídicos de amplio espectro, se convive con una hipocresía, ya que más que a bienes jurídicos propiamente dichos, se alude a “metáforas conceptuales que designan el ámbito particular donde se percibe y se

individualiza un conflicto de intereses, y a las modalidades normativas establecidas para resolverlo o atemperarlo” (1984, p. 116). Pero entre el modelo brindado por un Derecho penal promocional que responda a las más genuinas aspiraciones del pragmatismo funcionalista, y otro constreñido por los contornos que definieron al Derecho penal liberal, entre el conductismo economicista y el absentismo autocomplaciente, hay quienes intentan posibilidades intermedias. Nosotros creemos necesario y posible mantener las garantías connaturales al bien jurídico de inspiración democrática, admitiendo excepcionalmente una muy prudente ampliación, en la medida en que mantenga su *reconocibilidad*. Es decir, en tanto y en cuanto no se vea desdibujado. Sobre este aspecto volveremos en el punto 5 de este parágrafo.

La cuestión que queda así sobre el tapete es la de fijar criterios que determinen los casos en que tales situaciones instrumentales puedan acceder a la condición de bien jurídico penalmente tutelado. Y para resolverla surge, entre otras, la propuesta de Bustos, que, como hemos referido, distingue entre los bienes jurídicos que constituyen las bases y condiciones de subsistencia del sistema – directamente vinculados a la persona, tienen un carácter microsocioal – y los relacionados con el funcionamiento del sistema – aseguran materialmente las bases y condiciones de aquellos –. Entre estos últimos cabe, a su vez, diferenciar bienes jurídicos institucionales – referidos a instituciones básicas para el funcionamiento del sistema –, colectivos – dirigidos a la satisfacción de necesidades de carácter social y económico – y de control – orientados a la protección del aparato estatal para que éste pueda cumplir sus funciones (BUSTOS RAMÍREZ, 1986, p. 161). Debe señalarse que Fiandaca (1984, p. 454), dentro de la doctrina italiana, recrea el mismo esquema pero distinguiendo entre bienes individuales y bienes institucionales o colectivos. Esta clasificación tiene interés sobre todo porque jerarquiza los bienes jurídicos, ya que los referidos al funcionamiento del sistema son complementarios de los que constituyen sus bases y condiciones, y están teleológicamente preordenados a su defensa. La conclusión a extraer de ello es doble: a) el catálogo de bienes jurídicos no se agota en los tradicionales de impronta fundamentalmente individualista; b) el carácter funcionalmente subordinado de los colectivos veta, en buena lógica, el recurso a técnicas de tutela más incisivas y contundentes que las empleadas en la defensa de los que constituyen la base del sistema.

Finalmente, dedicados al estudio crítico del bien jurídico protegido en los delitos económicos, y siguiendo el pensamiento de Grasso (1986, p. 727), vemos que la tutela de los intereses individuales afectados puede acometerse y eventualmente agravarse, acudiendo a uno de estos expedientes: 1) castigar los ataques que supongan lesión a los mismos; 2) en procedimiento paralelo al de las *injunctio* del modelo anglosajón, se puede confiar a la Administración la tarea de determinar cuál sea, en caso concreto de conflicto de intereses, el prevalente,

reservando la sanción penal para las conductas violadoras de la resolución administrativa; 3) dotar de sustantividad y autonomía a las “situaciones instrumentales”, de modo que los ataques a las mismas constituyan auténticos delitos de lesión; 4) adelantar la intervención penal al momento de creación del peligro para aquellos intereses individuales, con lo que la problemática se desplaza a los índices definidores de ese peligro, todos ellos reconducibles, si no se quiere renunciar a un referente material, a las diversas modalidades de ataque a la situación marco. De todas estas opciones encontramos ejemplos en Derecho penal económico. De la primera – la vía más tradicional y garantizadora pero, a la vez, y teóricamente, menos eficaz ya que implica ignorar el marco que asegura la existencia del bien en cuestión – son muestra ciertos delitos que afectan a bienes jurídicos cuya titularidad individual es indiscutida (piénsese en los derechos patrimoniales del acreedor damnificado por el alzamiento). En cuanto a la segunda, presenta indudables ventajas, puestas de relieve por la práctica anglosajona fundamentalmente, pero también conocida en otras áreas, como puede ser el caso italiano. Este sistema parte de la constatación de situaciones conflictuales en las que no se decide la prevalencia de un interés sobre el otro acudiendo al binomio “juez aplicador-ley que jerarquiza los intereses”, sino haciendo que la ley renuncie a establecer prioridades absolutas y confiando la definición de las condiciones de conciliabilidad a la Administración, que de este modo es llamada a “gestionar” el conflicto, y que se añade al binomio ley-juez. Es lo que ocurre cuando se castiga el ejercicio de industria contaminante de las aguas sin haber obtenido la preceptiva licencia o sin observar las limitaciones impuestas por ésta. No se incrimina, así, *a priori*, una determinada solución del conflicto, sino la solución adoptada al margen de los procedimientos establecidos. Es obvio que atribuir a órganos de alta cualificación técnica la función de formular prescripciones dirigidas a un destinatario determinado (y la consiguiente conminación por parte del legislador de sanción penal en caso de violación) permite profundizar en las peculiaridades de cada situación, facilitando así una mayor eficacia, pero los riesgos que con este proceder se corren no son menos evidentes, ya que si la decisión sobre bienes e intereses en conflicto, consecuente con la valoración respectiva de los mismos, ha de realizar la autoridad administrativa, que por esta vía decide sobre la imposición o no de penas, se puede convertir al Derecho penal en apéndice de las decisiones administrativas. Aquí la corrección debe venir de la mano del principio de lesividad, que obliga al legislador a evitar la criminalización de injustos meramente formales y al intérprete a la construcción teórica de cada tipo integrando la afección, actual o potencial, pero en todo caso constatada, al bien jurídico. La tercera de las posibles opciones – la consideración de la “situación instrumental” como auténtico bien jurídico, aunque de naturaleza subsidiaria, por cuanto, de acuerdo con Bustos, su protección está

tendencialmente dirigida a asegurar los bienes jurídicos que constituyen las bases y condiciones de subsistencia del sistema – no queda, tampoco, a salvo de objeciones. No puede, en efecto, construirse el concepto de bien jurídico colectivo sin que en él sean identificables bienes jurídicos individuales. En definitiva todo Derecho Penal de Inspiración Democrática responde a una esencia antropológica. Ciertamente se puede pensar que esos bienes colectivos trascienden la mera acumulación de los individuales, conformando una entidad comprensiva de todos ellos, aunque distinta y superior. Pero sólo en contadas ocasiones esa nueva entidad, por su abstracción, podrá ser un bien jurídico en sentido estricto. Más bien constituye un marco de referencia o un conjunto de condiciones que aseguran la viabilidad de los bienes jurídicos individuales. Finalmente la cuarta opción nos coloca en el camino especialmente crítico del adelantamiento de la protección de bienes jurídicos mediante la creación de tipos de peligro abstracto. Esta práctica concreta normalmente es una invasión ilegítima a la esfera de libertad de las personas.

Tratando aspectos metodológicos referidos al Derecho Penal económico y macroeconómico hemos adelantado en aporte anterior que cuanto más abstracto, ambiguo, difuso o nebuloso se conciba el bien jurídico, tanto más será posible que cualquier acción que se involucre con él, por más remota que sea, pueda ser considerada como en sí misma generadora de peligro. También hemos señalado que en los últimos tiempos, se impone la tendencia no ya de anticipar la tipificación de una acción relativamente remota al bien jurídico, sino de aproximar éste, mediante una óptica de amplificación conceptual que, al mismo tiempo que lo atrae hacia la acción, le hace perder la necesaria nitidez. Es decir, que se dan dos formas de ampliar el marco de protección de los bienes jurídicos socialmente relevantes: anticipar la tipificación de acciones que en sí mismas no son dañosas para el bien jurídico (vía tradicional), o emplear el recurso de desplazar el bien jurídico hacia la acción (criterio más reciente). Esto lleva inexorablemente a borrar la nitidez de contornos del bien jurídico y pone en cuestionamiento por vía indirecta los principios de lesividad y legalidad que deben presidir un Derecho Penal garantizador. Sin duda se lesionan estos principios cuando no hay forma de saber si la conducta ataca a un bien jurídico que se ha desdibujado a través de la amplificación antes mencionada, al punto de que ha perdido la necesaria definición. En tal circunstancia, no se sabría si la conducta ataca una realidad o una fantasía. De más está decir que esta simple duda debería absolver la conducta.

Desde nuestra perspectiva, reiteramos solo existe una única vía de tipificar los delitos de peligro y ésta supone la debida comprensión y concreción del objeto de tutela. Es precisamente a raíz de esta comprensión y concreción y solamente por ésta que el bien jurídico puede y debe protegerse. Una ampliación del bien jurídico puede hacerse siempre y cuando se mantenga su

reconocibilidad. Este es, o debe ser, el límite y este camino requiere imprescindiblemente una metodología idónea para comprender el fenómeno que se quiere reprimir en su específico funcionamiento y proyección. Se trata de una tarea compleja, pero no imposible. En muchos casos se logrará la anhelada concreción suficiente del objeto de tutela, en otros casos se percibirá que la conducta que se pretende punir carece de bien jurídico y por consiguiente no se justifica de modo alguno su inclusión típica en un Estado que pretenda considerarse como Democrático y de Derecho.

1.10 El concepto integrado del derecho penal económico que vincule la realidad estructural con un bien jurídico determinado y los principios del estado democrático social de derecho

El Derecho Penal del orden socioeconómico, al que se alude hoy día en la doctrina más moderna e incluso en el Título XIII del actual Código Penal de España, dista mucho de ser un concepto bien claro, concreto y dotado de firmes contornos en el panorama doctrinal contemporáneo (MUÑOZ CONDE, 1996, p. 423). Sin embargo, pese a esas inocultables dificultades, parece necesario dar un contenido a ese mentado orden socioeconómico, ya que existen una serie de delitos, bien tradicionales, bien de nueva creación, que sólo pueden comprenderse desde la perspectiva de su incidencia en un orden socioeconómico superior al puramente patrimonial individual, del que indudablemente derivan, pero con el que no coinciden exactamente.

Actualmente, nadie discute que el Estado debe intervenir en la economía, no tanto en sustitución de la iniciativa privada, como controlándola y corrigiendo sus excesos, evitando que la economía de mercado se convierta en una jungla dominada por la ley del más fuerte, y, en todo caso, redistribuyendo la riqueza a través de una política fiscal que le permita conseguir ingresos para destinarlos a la realización de actividades caracterizadas más por su necesidad social que por su rentabilidad económica (sanidad, educación, transportes, etc.). Lo que desde el punto de vista de una economía inspirada en el liberalismo capitalista del *laissez faire, laissez passer*, se consideraba como una anomalía o una cuestión excepcional, es hoy algo absolutamente normal e incluso consustancial a la propia economía de mercado, que debe estar también al servicio de objetivos sociales. Esta concepción estricta del orden económico no parece hoy día suficiente como para abarcar en él una serie de hechos de gran trascendencia también para los intereses socioeconómicos y que exceden del ámbito puramente patrimonial individual, por lo que se hace difícil incluirlos o sancionarlos correctamente con los clásicos delitos patrimoniales. Valgan de

ejemplo los fraudes a los consumidores, los abusos en el ámbito de las sociedades mercantiles y, las alteraciones de los precios en el mercado. También los delitos patrimoniales clásicos cuando producen un grave perjuicio en intereses económicos colectivos, como sucede con las grandes estafas financieras y las quiebras fraudulentas de sociedades mercantiles de gran importancia económica, parece que merecen una distinta consideración a la que tradicionalmente se les ha dado. Para agrupar todos estos hechos se empezó a hablar en la década de los setenta, primero en el ámbito doctrinal y luego en el legislativo, de un *Derecho penal económico latu sensu*, al que serviría de base o de bien jurídico común un *orden económico en sentido amplio* entendido como “la regulación jurídica de la producción, distribución y consumo de bienes y servicios”.

Pero la misma amplitud de este concepto de orden económico le hacía perder al “nuevo” Derecho penal económico en precisión conceptual todo lo que ganaba en importancia cuantitativa. Las críticas a esta concepción amplia del derecho penal económico cubrieron sus más variados aspectos. Entre otras cosas, parece evidente que no puede intentarse a priori – sin el recurso a otras categorías – un concepto de derecho penal socioeconómico de alcance universal. Acá retomamos todo lo dicho respecto de los componentes de un concepto integrado, entre ellos, el necesario referente estructural de la objetividad jurídica y por vía de consecuencia del propio concepto de derecho penal socioeconómico. Tampoco la magnitud del daño o perjuicio económico producido puede ser un factor determinante para diferenciar los delitos patrimoniales de los delitos contra el orden socioeconómico. Es imprescindible que estos hechos sean calificados por una efectiva trascendencia colectiva, es decir, deben ser casos en los que, además del bien jurídico patrimonial, se lesiona o pone en peligro en forma concreta la producción, distribución y consumo de bienes y servicios, de modo tal que un colectivo determinado se vea ciertamente afectado. Pese a la multiplicidad de críticas certeras, no puede negarse, sin embargo, la necesidad de regular específicamente la incidencia de algunos delitos patrimoniales clásicos en intereses económicos colectivos o socioeconómicos, en todo caso más amplios que los puramente patrimoniales, o de tipificar algunos hechos críticos, denotativos de abusos en el manejo de los mecanismos o resortes básicos de la economía, que difícilmente se encuentran en el catálogo de delitos ya existentes. Pero ello, a nuestro modo de ver, no puede hacerse por vía del acertijo, debe necesariamente realizarse a partir de la identificación de un bien jurídico determinado y recurriendo a una tipificación adecuada y muy precisa, ajustada a un conocimiento también adecuado, de los mecanismos económico involucrados.

Lo últimamente expresado nos lleva nuevamente al fermental tema del bien jurídico e impone unas reflexiones complementarias. Ha expresado Juares Tavarez (1994, p. 123) que, en términos generales, el bien jurídico ha suscitado

innumerables posiciones. El principal enfoque que envuelve las discrepancias reside en saber si ese concepto es puramente una producción del derecho o recibe de éste únicamente su reconocimiento, como dato pre-jurídico.

Estos debates redoblan su importancia al momento de considerar la debatida objetividad jurídica de los delitos socioeconómicos. Pensamos que – también en este campo – la conducta prohibida debe ser encarada como realidad suficientemente concreta y tangible, no como simple relación causal, neutra y formal, de modo que tanto la prohibición como la determinación de conductas sólo tendrán sentido si tienen como objetivo impedir una lesión concreta de un bien jurídico suficientemente determinado²⁰. El problema radica en que una visión unilateral sobre el bien jurídico no podrá reflejar nunca la cuestión en toda su dimensión. Compartimos con el citado Tavares que el bien jurídico tiene un abstracto de realidad natural, no porque resulte de un supuesto derecho natural, sino porque se produce en el contexto de una relación social concreta, con todas las contradicciones que esa realidad encierra. Esa relación concreta hace generar necesidades, que a su vez conducen a la elaboración de medios para satisfacerlas. Pero, aunque se reconozca el origen natural del bien jurídico, su protección jurídica no se hace directamente, sino a través de un proceso mediatizado de interacción simbólica, donde el que hace las leyes y asume la protección del bien jurídico, aunque actúa en interés de los grupos o partidos a los que pertenece, la realiza sobre la base de la invocación del interés general (POULANZAS, 1977, p. 224). El concepto de bien jurídico pasa hoy por una transformación en el sentido de su comprensión con base en su contenido personalista (BUSTOS RAMÍREZ, 1984, p. 64) y en su legitimación democrática (HASSEMER; MUÑOZ CONDE, 1989, p. 111). Esto implica un doble control material. Tanto su contenido personalista como su legitimación democrática conducen a que el Estado no puede prohibir cualquier conducta, sino solamente aquella que implique una lesión o peligro de lesión a bienes jurídicos, tomados como valores concretos que hacen posible la protección de la persona humana individualmente considerada o como integrante de un colectivo suficientemente definido, o que aseguren su participación en el proceso democrático, sin referencia alguna a un deber general de obediencia. Desde este punto de vista, también los tipos penales socioeconómicos constituidos sobre la base de la protección del bien jurídico deben reflejar la realidad de cada sociedad y relaciones sociales concretas, nacidas de la conflictividad y no de meras imágenes causales. En estos aspectos también se coincide sustancialmente con la perspectiva que sobre el alcance del bien jurídico en el contexto del sistema del delito propone con extrema profundidad el tratadista Gonzalo Fernández en su más reciente obra (FERNÁNDEZ, 2004, p. 40 y s.).

Debido a la influencia del positivismo, que vinculó no sólo a los aplicadores de las leyes, sino también a los legisladores, durante mucho tiempo

se pensó que el proceso de formalización ejercido por el derecho sobre las conductas o la protección de bienes jurídicos se hacía a través de una selección formal, donde lo que interesaba era la descripción de una acción causal, que configuraba, por consiguiente, un tipo neutro, tanto valorativa como ideológicamente, dando la impresión que el derecho penal sobrepasaba las realidades estructurales y las contradicciones sociales. El mismo finalismo de Welzel, que no pensaba en la acción desde el punto de vista de la conflictividad social, ya había percibido la fragilidad y la dificultad conceptual de una idea puramente causal de acción y proponía una sumisión del legislador y del aplicador de la ley a la estructura óptica de esa acción. Como bien resalta Zaffaroni (1990, p. 154), la exigencia de esa fidelidad al contenido óptico de la acción constituye una construcción altamente positiva para limitar de modo técnico y efectivo el arbitrio del poder de punir. La construcción de un tipo penal socioeconómico, por lo tanto, no puede seguir un procedimiento puramente causal. El legislador, al considerar una conducta como prohibida, lo debe hacer teniendo en cuenta su realidad estructural social, su conflictividad, lo que implica la consideración del disvalor que ella tiene en sí misma y en su manifestación (disvalor del acto) y en la producción de sus efectos (disvalor del resultado). La prohibición de acciones sólo tendrá sentido, evidentemente si esas acciones pudieran provocar una lesión o un peligro concreto de lesión a un bien jurídico. La prohibición tiene como presupuesto, por consiguiente, que la acción que se quiere prohibir implique un lesionar o poner en peligro valores concretos referidos como bienes jurídicos. También y muy especialmente el campo de la delincuencia socioeconómica sólo los delitos íntimamente referidos a bienes jurídicos puedan acarrear la ejecución de actos de coacción. El bien jurídico debe tener papel preponderante, en la solidificación de los principios de identidad y especialidad de la materia, imponiendo, en primer término al legislador y luego al poder judicial una interpretación limitadora del jus puniendi.

La distinción entre delito contra el patrimonio y delito contra el orden socioeconómico tiene hasta la fecha – en la mayor parte de los publicistas – un valor sistemático y apoyatura jurídica muy relativos y materialmente escasos. Como dicen Lopez Garrido/García Aran, comentando la debatida tramitación del Código Penal Español de 1995:

No parece que nos encontremos ante una concepción precisa de lo que deba entenderse como orden socioeconómico como bien jurídico protegido penalmente, sino más propiamente, ante el reconocimiento de una cierta vinculación entre la protección del patrimonio y la de otros intereses económicos colectivos que se ven implicados en determinadas lesiones patrimoniales. (GARRIDO; ARAN).

Precisamente el mayor o menor grado de esa vinculación dependerá del rigor empleado en el manejo de las categorías sociológicas conceptuales y metodológicas anteriormente expresadas. A nuestro criterio el debate no puede resolverse en términos excluyentes. Suscribimos las consideraciones dogmáticas que sobre el bien jurídico realiza el Prof. Tavares, y desde el ángulo metodológico aplicado al Derecho Penal Económico-Financiero acompañamos el pensamiento de Severin. En tal sentido, la objetividad jurídica en estos delitos estará estrictamente vinculada al ejercicio ilícito u objetivamente abusivo de los mecanismos e instrumentos superiores de la economía. Todo ello en el contexto de cada realidad concreta y bajo los parámetros garantistas del Estado Democrático de Derecho.

Desde nuestra postura, como sostiene Tavares, el concepto de bien jurídico pasa hoy por una transformación en el sentido de su comprensión con base en su contenido personalista y en su legitimación democrática, no en una mera tutela de la función por sí misma. Dada la inexorable vinculación entre el bien jurídico y el tipo penal, creemos también que es tarea compleja pero no imposible, intentar la construcción de tipos penales socioeconómicos que se encuentren legitimados democráticamente, se muestren eficaces en el contexto de una realidad social concreta y en función de las necesidades de hombres también concretos. Todo ello previo adecuado conocimiento de aquello que se pretende punir. Procediendo con tal cautela veremos que las nuevas tipificaciones podrán ser acompañadas por una determinación suficientemente precisa o al menos reconocible de su inherente objetividad jurídica, sin forzar el alcance de las acciones ni desdibujar artificiosamente la necesaria nitidez del pretendido bien jurídico. Todo este proceso de afinamiento jurídico, con vocación garantista, presupondrá una lectura abierta y democrática de la realidad y sus contradicciones, así como de una metodología especializada e idónea como para abordar los sofisticados procesos funcional-operativos que crean los nuevos conflictos de la actualidad. Evidentemente cuando el objeto de tutela no se encuentra suficientemente definido o reconocible, los medios jurídicos serán necesariamente vagos. Contrariamente a ello, la nitidez del objeto lleva a la nitidez de los medios y con ello, por lo general, a la eficacia normativa y a la seguridad jurídica.

Las consideraciones precedentes demuestran que es ciertamente posible trabajar a partir de un concepto integrado y democrático del Derecho Penal Económico, compatibilizando un concepto de base amplia, pero estructuralmente referenciado y consecuentemente acotado, con la protección de un bien jurídico de contornos suficientemente precisos, una legislación con vocación antropológica destinada a la protección del individuo o de un colectivo delimitado,

y el componente de inexorable legitimidad democrática que impone la participación de todos en el proceso de gestación e implementación del control social punitivo en el Estado Democrático Social de Derecho.

En mérito a ello podemos ensayar una primera aproximación conceptual integrada, manifestado que *el delito económico es una modalidad de desviación estructural, tipificada penalmente mediando un proceso de legitimidad democrática y exacta determinación del bien jurídico penalmente tutelado, con el fin de proteger las personas concretas y su entorno humano. Esta modalidad se traduce en la realización por un agente económico de un comportamiento ilícito u objetivamente abusivo y ello respecto del normal funcionamiento de las leyes y/o mecanismos ordinarios de la economía, afectando a un interés patrimonial individual y/o poniendo en peligro el equilibrio del orden económico de un colectivo determinado. De tal guisa es que en los delitos económicos convencionales el comportamiento ilícito u objetivamente abusivo se vinculará al funcionamiento de los mecanismos económicos cerrados. En lo que a las formas de extra o macro-criminalidad económica respecta, el comportamiento ilícito u objetivamente abusivo se vinculará al normal funcionamiento de los mecanismos económicos abiertos.*

Todo ello teniendo presente que en nuestra perspectiva concepto y metodología responden a una unidad indisoluble²¹.

REFERÊNCIAS

- AFTALION, Enrique R. El bien jurídico tutelado por el derecho penal económico. **Revista de Ciencias Penales**, Santiago de Chile, v. XXV, n. 2, 1966.
- Alonso, Carmen Saliero. Reflexiones en torno a la tutela penal del ambiente: especial consideración de los delitos contra el ordenación del territorio en el nuevo código penal español. **Rivista Diritto Penale Dell'Economia**, Padova, v. XI, n. 2-3, 1998.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (dir.). **Derecho penal económico**. Buenos Aires: Hammurabi, 2000.
- _____; STAMPA BRAUN, José Maria. La reforma del derecho penal económico español. **Revista Jurídica de Cataluña**, v. extra [El Proyecto de Código Penal], 1980.
- Bacrie, Stéphane. El debate sobre el bien jurídico en el derecho penal de los negocios. **Revista del Instituto de París**, v. 11, avr. 1998.

Bajo Fernandez, Miguel. **Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial**. Madrid: Editorial Civitas, 1978.

_____. Los delitos societarios en el nuevo código penal español de 1995. **Rivista Diritto Penale Dell'Economia**, Padova, v. IX, n. 3, 1996.

_____. PEREZ MANZANO, Margarita; SUAREZ GONZALEZ, Carlos. **Manual de derecho penal**: parte especial: delitos patrimoniales y económicos. 2. ed. Madrid: Centro de Estudios Ramón Areces, 1993.

Balestrino, Giuliani. **I problemi generali dei reati societari**. Milano: Casa Editrice Puglia S.p.A., 1978.

Barbero Santos, Marino. Introducción general a los delitos socio-económicos: los delitos societarios. **Rivista Diritto Penale Dell'Economia**, Padova, n. 3, 1997.

Bergalli, Roberto. Las líneas de política criminal y los métodos y medios del derecho penal económico en la República Argentina. **Nuevo Pensamiento Penal**, Buenos Aires, v. 2, n. 2, 1973.

Beristain Ipiña, Antonio. **Ciencia penal y criminología**. Madrid: Editorial Tecnos, 1985.

BOTTKE. **Sobre la legitimidad del derecho penal económico en sentido estricto**. Madrid: L.H. Tiedemann, 1995.

BURELLI, Paolo. **Diritto penale dell' economia**. Napoli: Ed. Tesitore, 1976.

Bustos Ramírez, Juan. **Manual de derecho penal español**: parte general. Barcelona: Ariel, 1984.

_____. Los bienes jurídicos colectivos: repercusiones de la labor legislativa de Jiménez de Asúa en el Código Penal de 1932. **RFDUC**, v. 11, 1986. [Estudios de Derecho Penal en homenaje al profesor Luis Jiménez de Asúa].

_____. **Control social y sistema penal**. Barcelona: PPU, 1987.

CERVINI, Raúl; ADRIASOLA, Gabriel. **Derecho penal de la empresa**: desde una visión garantista. Buenos Aires: Editorial BDF, 2005.

Cousiño Mac-Iver, Luis. Delito socio-económico. **Revista de Ciencias Penales**, Santiago de Chile, v. XXI, n. 1, p. X, 1962.

Everin, Louis W. Economía y derecho penal. **Law and Criminology Review**, Austin, v. 2, n. 4, p. X, 1970.

Fernandez, Gonzalo D. **Bien jurídico y sistema de delito**: un ensayo de fundamentación dogmática. Montevideo: Editorial B. de F. Ltda., 2004.

Fiandaca, Giovanni. La tipizzazione del pericolo. *In: Dei delitti e delle pene*.

Rivista di Studi Sociali Storici e Juridici sulla Cuestione Criminali. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, p. 441-472, 1984.

Fortuna, E. **Manuale di diritto penale dell'economia.** Padova: CEDAM, 1988.

Gallino, Rafael Miranda. **Delitos contra el orden económico.** Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970.

Grasso, Giovanni. L'anticipazione della tutela penale: i reati di pericolo e i reati de attentato. **RIDPP**, v. 3, 1986.

Hassemer, Winfried. **Theorie und Soziologie des Verbrechens, Anätze zu einer praxisorientierten Rechtsgeslehre.** Frankfurt am Main: Europäische Verlagsanstalt, 1973.

_____. Il bene giuridico nel rapporto di tensione tra Costituzione e diritto naturale: aspetti giuridici. *In*: Dei delitti e delle pene. **Rivista di Studi Sociali Storici e Juridici sulla Cuestione Criminali.** Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1984.

_____. Umweltschutz durch Strafrecht. **Neue Kriminalpolitik** 1988.

_____. MUÑOZ Conde, Francisco. **Introducción a la criminología y al derecho penal.** Valencia: Tirant lo Blanch, 1989.

Hormazábal Malarée, Hernán. **Bien jurídico y estado social y democrático de derecho: el objeto protegido por la norma penal.** 2. ed. Santiago de Chile: Conosur, 1992.

Hulger, Wilson. Sobre los conceptos de bien jurídico y policy en el Estado moderno. **Documento Morton Banking Institute**, MD-680/2000, Nueva York, 2000. Jescheck, Hans Heinrich. El derecho penal económico alemán. **Cuadernos de los Institutos**, Córdoba, n. 74, 1963.

Kaiser, Günter. La lucha contra la criminalidad económica: análisis de la situación en la República Federal de Alemania. **Rev. INGLAS Derecho**, Miami, v. 6, n. 1, 1996.

Lampe, Ernst-Joachim. La protección jurídico-penal de la competencia económica en el Anteproyecto de Código Penal español de 1983. *In*: **La reforma penal: delitos socio-económicos** (obra colectiva). Madrid: Ed. de Barbero Santos, 1985.

Lo Monte, Elio. Riflessioni in tema di controllo della criminalità economica tra legislazione simbolica ed esigenze di riforma. **Rivista Diritto Penale Dell'Economia**, Padova, v. XI, n. 2-3, 1998.

Lopez-Rey, Manuel. **Criminología.** t. I. Madrid: Editorial Aguilar, 1975.

- Mancuso, Elio. Concepto y alcances del bien jurídico en los delitos socioeconómicos. **Revista Ciencias Penales**, Bogotá, v. VI, n. 5, 1994.
- Manna, Adelmo. Le tecniche penalistiche di tutela dell'ambiente. **Rivista Diritto Penale Dell'Economia**, Padova, 1997.
- Marinucci, Giorgio. Política criminal e reforma del Codice Penale. **Democracia e Diritto**, Milano, 1975.
- MARTINEZ-BUJAN PEREZ, Carlos. **Derecho penal económico**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.
- Martos Nuñez, Juan Antonio. **Derecho penal económico**. Madrid: Ed. Montecorvo, 1987.
- Maugeri, Anna Maria. La sanzione patrimoniale fra garanzie ed efficienza. **Rivista Diritto Penale Dell'Economia**, Padova, v. IX, n. 3, 1996.
- Mezger, Edmund. Derecho penal. *In*: **Libro de estudio**: parte especial. Buenos Aires: Ed. Del Foro, 1959.
- Migal De Buen, Daniel. El bien jurídico en el derecho económico y social. **Revista de Sociología Jurídica de México**, México/DF, v. II, n. 3, 1999.
- Mir Puig, Santiago. **Derecho penal**: parte general. 4. ed. Barcelona: Tectoto SL, 1996.
- Moccia, Sergio. **La giustizia contrattata**: dalla bottega al mercato globale. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1998.
- _____. **El derecho penal entre ser y valor**: función de la pena y sistemática teleológica. Montevideo: Editorial B. de F. Ltda., 2003.
- Muñoz Conde, Francisco. Delincuencia económica. Estado de la cuestión y propuestas de reforma. *In*: **Hacia un derecho penal económico europeo**: jornadas en honor al profesor Klaus Tiedemann (obra colectiva). Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995.
- _____. **Derecho penal**: parte especial. Valencia: Tirant lo Blanch, 1996.
- _____. Principios político criminales que inspiran el tratamiento de los delitos contra el orden socioeconómico en el proyecto de Código Penal español de 1994. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**.
- Novoa Monreal, Eduardo. **Cuestiones de derecho penal y criminología**. Santiago de Chile: Editorial Veritas, 1987.
- Oehler, Dietrich. Tendenze e controtendenze nel diritto penale dell'economia. **Rivista Diritto Penale Dell'Economia**, Padova, v. IX, n. 3, 1996.

- Otto, Harro. Rechtsgutsbegriff und Deliktstatbestand. *In: Strafrech-**tsdogmatik und Kriminalpolitik***(obra colectiva). Köln: Carl H. Verlag,1971.
- Padovani, Tullio. La problematica del bene giuridico e la scelta delle sanzioni. *In: Dei delitti e delle pene*, v. 1, 1984, p. 116.
- Paliero, Carlo Enrico. Problemi e prospettive della responsabilità penale dell'ente nell'ordinamento italiano. *Rivista Diritto Penale Dell'Economia*, Padova, v. IX, n. 4, 1996.
- Pedrazzi, Cesare. El bien jurídico en los delitos económicos. In: Barbero Santos, Marino (coord.). **La reforma penal: delitos socioeconómicos**. Madrid: Universidad de Madrid, Facultad de Derecho, Sección Publicaciones, 1985.
- PEÑA Cabrera, Raúl. El bien jurídico en los delitos económicos (con referencia al Código Penal peruano). *Revista Brasileira de Ciências Criminas*, v. 3, n. 11, p. 36-49, jul./set. 1995.
- Poulanzas, Nicos. **Poder político e classes sociais**. São Paulo: Martins Fontes, 1977.
- Ramos, Luís Rodríguez. Aproximación a la política criminal desde la protección penal del medio ambiente. *Revue Internationale de Droit Pénal*, Madrid: Plasencia, 1977.
- _____. Sobre una inadecuada pretensión de proteger penalmente el medio ambiente (arts. 323 a 325 del Proyecto). *In: La reforma penal y penitenciaria* (obra colectiva). Santiago de Compostela: Universidad de Santiago de Compostela, 1980.
- _____. Presente y futuro de la protección penal del medio ambiente en España. *In: Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Santiago de Compostela, v. V, 1982.
- Reyna Alfaro, Luis M. **Manual de derecho penal económico**. Lima: Gaceta Jurídica, 2002.
- Righi, Esteban. **Derecho penal económico: estudios de derecho económico**. v. I. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1980.
- _____. **Derecho penal económico comparado**. Madrid: Ed. de Derecho Reunidas S.A., Editor, 1991.
- RODRIGUEZ MOURULLO. El bien jurídico protegido en los delitos societarios con especial referencia a la administración desleal. *In: BACIGALUPO ZAPATER, Enrique (dir.). La administración desleal*. 1. ed. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 1999.

Ruiz Vadillo, Enrique. Los delitos contra el orden socio-económico. **Anuario de la Escuela Judicial**, n. XIII, 1981.

SCHMIDT, Eberhard. **Das neue westdeutsche wirtschaftsstrafrecht**, Tübingen: L. C. Moler, 1950.

Sieber, Ulrich. Responsabilità penali per la circolazione di datti nelle reati internazionali di computer: le nuove sfide di internet. **Rivista Diritto Penale Dell'Economia**, Padova, n. 3, 1997.

SUAREZ GONZALEZ, Carlos. Sobre la tipificación del delito contable en el derecho español. In: MAZUELOS COELHO, Julio (compilador). **Derecho penal económico y de la empresa: concepto sistema y política criminal**. 1. ed. Lima: Editorial San Marcos, 1996.

Tavares, Juarez. **Los principios democráticos del derecho penal**. Conferencia dictada en el ámbito del Grupo de trabajo coordinado por la Dra. Ofelia Grezzi. Montevideo, mayo 1992. [mimeo]

_____. Límites dogmáticos de la cooperación penal internacional. In: Alvarez, Carlos (ed.). **Curso de cooperación judicial penal internacional**, Montevideo: Carlos Alvarez, Editor, 1994.

Terradillos Basoco, Juan. **Derecho penal de la empresa**. Madrid: Editorial Trotta, 1995.

Tiedemann, Klaus. El concepto de delito económico. In: **Nuevo pensamiento penal**, Buenos Aires, v. 4, n. 8, 1975.

_____. **Poder económico y delito**. Barcelona: Ariel Derecho, 1985.

_____. Concepto y principios del derecho penal económico. **Boletín de Información del Ministerio de Justicia**, Madrid, n. 248, 1981.

_____. **Lecciones de derecho penal económico**. Barcelona: Editorial PPU, 1993.

URUGUAY. **Ley de Ilícitos Económicos n. 14.095**.

Valencia, Carlos Luis. El derecho penal socioeconómico latinoamericano. **Revista ILRS**, San José, n. 12, 1985.

Volk, Klaus. Diritto Penale ed economia. **Rivista Diritto Penale Dell'Economia**, Padova: CEDAM, v. XI, n. 2-3, 1998, p. 479 e s.

Wergel, Samuel. El concepto de delito económico para las Ciencias Penales. **Cuadernos de Ciencias Penales de Guatemala**, Editorial Galkir, 1972.

YACOBUCCI, Guillermo. **La responsabilidad al interno: de la empresa: la**

designación de funciones. *In*: III Corso Internazionale de Diritto Penale de Salerno. Disponible em: <<http://www.austral.edu.ar/web/Derecho>>.

Zaffaroni, Eugenio. **En busca de las penas perdidas**. Bogotá: Temis, 1990.

1 Klaus Tiedemann expresa “El Derecho Penal Económico constituye tan solo la ‘última ratio’ reservada a los actos más graves contra la regulación de la vida económica. Al mismo tiempo, debido a limitarse a proteger los valores e intereses fundamentales de una sociedad determinada, el derecho penal refleja, de forma casi negativa, estos valores fundamentales y dirige la opinión pública hacia la finalidad de crear o mantener ciertas reglas ‘mínimas’ en las relaciones y transacciones económicas...” (1988).

2 Un claro ejemplo de esto lo es la ley uruguaya de Ilícitos Económicos n. 14.095, que pretendió tutelar penalmente la política económica en materia de comercio exterior y control de divisas, mediante tipos penales en blanco. Una vez abandonada esa política económica la normativa, pese a su formal vigencia, sufrió una descriminalización de facto.

3 En este sentido: Eberhard Schmidt, Klaus Tiedemann y Kurt Lindemann.

4 Definición de Eberhard Schmidt (1950, p. 20 y s.).

5 Así, Kaiser (1996, p.102 y s.). Con ciertos matices es la misma postura que sostiene Daniel Migal de Buen (1999, p. 45).

6 Este autor entiende que el Derecho Penal Económico “es el conjunto de norma jurídico-penales que protegen el sistema económico-constitucional”. “Por sistema económico constitucional ha de entenderse el conjunto de instituciones y mecanismos de producción, distribución, consumo y conservación de bienes y servicios que fundamentan el orden socio-económico justo, objetivo esencial del Estado social y democrático de Derecho” (MARTOS NUÑEZ, 1987, p. 123-124).

7 Así, Cousiño (1962, p. 47); Carlos Luis Valenca (1985, p. 67).

8 En el mismo sentido **The economic crime an it profits**, cit. ut *supra*, p. 72.

9 Expresiva de ese punto de vista fue la 2ª Ley Alemana contra la Delincuencia Económica de 1986, cuyo § 263ª incriminó la defraudación mediante computadoras.

10 Del mismo autor, Bajo Fernandez (1996, p. 738). Así, Martos Nuñez, Antonio

Beristain Ipiña (1985, p. 180).

11 Stephane Bacrie (1998, p. 97) critica a esta posición señalando que construye una categoría totalmente ajena al natural fundamento antropológico que debe presidir todas las ramas del Derecho Penal. Prioriza demasiado los intereses de la comunidad situados en primer plano y por ello la incriminación no toma en cuenta la esfera privada del individuo, su patrimonio e intereses subjetivos, los cuales sólo reciben, en el mejor de los casos, una protección incidental.

12 Otra opinión en Tiedemann (1975, p. 469).

13 Así cf. Beristain (1986, p. 181). El autor enumera a vía de ejemplo, entre otros hechos punibles: las normas referidas al medio ambiente, las insolvencias punibles, las formaciones de carteles, las infracciones en el campo de la informática (manipulación de datos o robo de los mismos, violación de secretos), la falsificación de balances de una empresa, la violación del deber de tener una contabilidad, las competencias desleales, los abusos de crédito, las estafas, los fraudes en perjuicio de los acreedores (por ejemplo: quiebras e infracciones de los derechos de propiedad intelectual e industrial), los fraudes al consumidor, la falsificación de las mercancías, la presentación engañosa, el abuso de la inexperiencia del consumidor, infracciones en aduanas, infracciones bancarias o bursátiles, manipulación abusiva del mercado bursátil, las infracciones de las normas de seguridad e higiene laboral, las infracciones contra las sociedades mercantiles, el envío al extranjero de grandes cantidades de dinero procedentes de delitos (*hold-ups*), los boicots empresarios, las receptaciones, las malversaciones de caudales públicos, los cohechos, las apropiaciones indebidas, las falsedades de documentos, los fraudes acerca de la situación comercial de la empresa y de sus fondos financieros, los abusos de situaciones económicas por parte de empresas multinacionales, y la creación de sociedades ficticias.

14 Zirpins distinguió seis grandes grupos de delitos económicos: 1) la estafa; 2) delitos contra el principio de confianza, como malversación, prevaricación, cohecho y otras formas de corrupción de funcionarios; 3) delitos contra la libertad de competencia; 4) delitos fiscales y de contrabando; 5) delitos de insolvencia; y, 6) otros delitos como agio arrendaticio, receptación, tráfico de alimentos y medicamentos no incluidos en los apartados anteriores. Ver Bajo Fernández, *Ibidem*, p. 131.

15 En esa línea: Urlich Sieber (1997, p. 743 y s.).

16 Cfr. obra de Sergio Moccia, Luigi Ferrajoli, Marzia Ferraioli y otros autores del garantismo italiano. Especialmente corresponde destacar Sergio Moccia (2003).

17 Pensamos que este tipo de clasificación no es ajustada desde un enfoque normativista pues los llamados *bienes jurídicos referidos a las bases de existencia*

del sistema social son previos al propio sistema social, inherentes a la persona humana y reconocidos por el orden normativo, creándose a partir de ello relaciones de disponibilidad normativamente tuteladas y protegidas en distintos grados, siéndolo, alguna de ellas por intermedio de la ley penal. Por ello, el propio concepto de bien jurídico penalmente tutelado siempre estará referido al buen funcionamiento del sistema social, puesto que busca tutelar dichas relaciones de disponibilidad ante situaciones sociales de gran conflictividad, pero aclaramos, no se trata en ningún caso de la mera tutela de la función por sí misma.

18 Con motivo del proyecto de 1980, se criticó por un sector de la doctrina (BACIGALUPO; STAMPA BRAUN, 1980, p. 5) de que el aludido proyecto al reunir los delitos económicos bajo el epígrafe “Delitos contra el orden socioeconómico” aludiera a un bien jurídico que por difuso era inaceptable, a lo que se contestó (RODRIGUEZ MOURULLO, 1981, p. 707) que el epígrafe sólo quería expresar “simplemente una categoría sistemática de referencia”.

19 Como plantea Bustos Ramirez (1987) en la protección de los bienes jurídicos macrosociales hay una protección teleológica de bienes jurídicos microsociales.

20 Para visión profunda del concepto de bien jurídico y su problemática, Winfried Hassemer (1973, p. 65 y s.).

21 Sobre el tema Raúl Cervini y Gabriel Adriasola (2005, cap. 1).

Arnaldo Malheiros Filho

Orientador acadêmico e professor do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw; graduado em Direito pela Universidade de São Paulo; advogado criminal em São Paulo.

2.1 Conceitos introdutórios de direito penal

O ordenamento jurídico é constituído por regras cuja inobservância traz, como consequência, a incidência de *sanções*, com as quais o Direito pretende garantir a eficácia de seus mandamentos. Por isso, todos os ramos do Direito trazem consigo esses apêndices coativos dos preceitos estatuídos².

Existe porém um único ramo do Direito no qual a sanção não é acessória, mas nuclear. Trata-se do Direito Penal, incumbido de aplicar *as mais graves sanções* que a sociedade permite ao Estado, diante da ocorrência de agressões a valores que – a critério do legislador e dentro dos parâmetros constitucionais – não poderiam ser de outra forma enfrentadas. Essas agressões são tipificadas como *delitos*, dos quais a pena não é apenas consequência, mas “sua própria condição de existência jurídica”³. Não por acaso a designação Direito *Penal* se impôs pelo uso generalizado, inclusive sobre a variante Direito *Criminal*.

O Direito Penal é, portanto, o *direito da sanção máxima*. Não tolerada no Brasil a pena de morte⁴, a sanção máxima é a que recai sobre bem humano de altíssima significação, a ponto de integrar a própria condição de pessoa, que é a *liberdade*. Já o Direito Romano considerava a privação do *status libertatis* contrária à natureza⁵ tendo os escravos como *semoventes*, ou seja, coisas e não pessoas⁶.

Com efeito, o homem existe para a liberdade e as declarações de direitos humanos costumam dizer já no átrio que “os homens nascem livres e

iguais”⁷. Dramático, portanto, é o estabelecimento de exceções a essa regra. Ocorre, porém, que enquanto a maioria dos integrantes da comunidade interage em sua vida usufruindo da própria liberdade sem atentar contra os semelhantes, há os que abusam da força ou astúcia para violar a liberdade alheia. Ora, a idéia de Direito é diametralmente oposta à “lei do mais forte”. Por isso a experiência jurídica – como magistralmente ensina Miguel Reale – “sendo sempre uma *exigência de liberdade* e uma constante escolha entre múltiplas alternativas, é em si mesma problemática, sendo tal problematicismo acentuado pela presença de um outro fator, não menos necessário, que é *exigência de autoridade* capaz de assegurar e preservar a coexistência efetiva das liberdades e o bem-estar social”⁸.

A sociedade, contudo, não conseguiu ainda descobrir como enfrentar certo tipo de perturbação do convívio, especialmente aquela que se manifesta através de violência física⁹, a não ser pela supressão da liberdade do agente. Os resultados têm sido péssimos, não só pelo elevado custo humano, social e econômico do sistema, não só pela desnaturação da condição humana através do enjaulamento, mas sobretudo pelo retumbante fracasso da “terapia”, especialmente se medido pelas taxas de reincidência.

A *liberdade* é o problema central do Direito Penal. Ele se legitima quando nasce para protegê-la do crime, mas não consegue atuar senão suprimindo a liberdade humana. É certo que suprime a liberdade do “pecador” para garantir a liberdade do “inocente” (e não fosse assim sua existência sequer se proporia...), mas o Direito Penal não consegue se apartar – nem mesmo quando acalenta quimeras de ressocialização – do retributivismo essencial e tosco de pagar o mal com o mal, a violência cometida contra a vítima com a violência da pena¹⁰.

Dessa forma repressiva – valendo-se de “pesado e rude instrumental”¹¹ – com que procura se desincumbir da missão de proteger a convivência humana em comunidade¹² decorre que o *direito da sanção máxima* é ao mesmo tempo o *direito da intervenção mínima*. De fato, cometeria o ordenamento grave engano se permitisse a desvalorização de tão onerosas reprimendas através de um surto inflacionário, ou seja, abalar o prestígio da norma penal em razão de sua incidência tão ampla que sequer terá o Estado meios para reprimir ou o Judiciário para processar e julgar.

É a esta altura que surge um dos pilares do Direito Penal no Estado Democrático de Direito, que é o princípio da *intervenção mínima*. Com efeito, a esfera *mínima* de incidência é o único *pendant* admissível para a *sanção máxima*, o que leva ao Direito Penal o epíteto de *ultima ratio*¹³. Assim a intervenção

mínima se alça à condição de princípio basilar do Direito Penal do Estado Democrático de Direito. Como observa com propriedade Luiz Luisi, não só a garantia constitucional de liberdade, como também a de proteção à dignidade da pessoa humana (que não viceja nas jaulas) convolam-se em proclamação do princípio da intervenção mínima: “embora não explícito no texto constitucional, o princípio da intervenção mínima se deduz de normas expressas de nossa *Grundnorm*, tratando-se, portanto, de um postulado nela inequivocamente implícito”¹⁴.

A partir da fixação do princípio da intervenção mínima como constitucional, ainda que implicitamente, abre-se um manancial de repercussões, as chamadas *funções* do princípio, que segundo Maura Roberti seriam: *a) antes da norma incriminadora*, a limitação do poder de incriminar às hipóteses de insuficiência dos outros ramos do Direito; *b) no juízo de tipicidade*, a penetração na dinâmica da hermenêutica, restringindo as possibilidades de aperfeiçoamento do tipo, inclusive pela aplicação do princípio da insignificância [e, diria eu, pela vedação da analogia maligna] e *c) no juízo das conseqüências do delito*, de imposição da sanção, pela restrição da aplicação de penas privativas da liberdade às hipóteses em que indispensável¹⁵.

O princípio da intervenção mínima, por sua vez, expõe o *caráter subsidiário do Direito Penal* – inspirador do chamado *princípio da subsidiaridade* – que existe para regular a complexa e difícil tarefa de aplicar a sanção máxima para atitudes humanas *já reprovadas por outros ramos do Direito*. Existe entre os doutos acalorada discussão sobre o tema, merecendo destaque a vigorosa defesa que Bettiol faz do chamado Direito Penal *constitutivo* ou *preceptivo*, em oposição ao meramente *sancionador*¹⁶. A discussão, todavia, parece de *lana caprina*¹⁷, em razão da reconhecida plurivocidade da palavra *lei*: veículo do enunciado normativo penal, a lei em sentido formal pode, perfeitamente, criar direitos e proibições; assim, a lei em sentido formal, a partir de cujo texto se produz uma norma penal, pode, *além disso*, criar direito e não somente sancionar sua violação, *sem com isso estar sendo caracteristicamente penal*¹⁸. Conquanto não crie preceitos, a norma penal propriamente dita circunscreve a tipicidade, excluindo de sua incidência tudo quanto não for compreendido pela definição.

A demonstrar a relatividade desse inegável caráter subsidiário, Maurach-Zipf afirmam que o Direito Penal é dependente dos outros ramos em seus pressupostos, embora seja absolutamente independente quanto às conseqüências¹⁹. Essa conjugação de independência e dependência é apontada como a *originalidade* do Direito Penal, pois, a despeito da diversidade de proveniência das normas que ele sanciona, sua marca distintiva é dada por “um

conjunto de princípios e instituições que lhe são rigorosamente próprios”²⁰

Na realidade, o que importa destacar com esse caráter subsidiário é que a constitutividade não pertence à essência da norma penal: esta é essencialmente sancionadora, subsidiária de outra, que criou o preceito protegido pela incriminação²¹.

Na fundamentação que autores mais antigos dão ao suposto caráter preceptivo ou constitutivo do Direito Penal nota-se um viés privatista, pelo qual o *outro* Direito com o qual o Penal contracena seria sempre o Civil, quando muito o Comercial. No entanto, o desenvolvimento de ramos do Direito Público e a respectiva criminalização, que levou à criação de novos braços de Direito Penal *especial* ou *extravagante* e revigorou a tese da subsidiariedade. Muñoz Conde registrou isso em sua *Introdução*, ao falar das “fricções e zonas cinzentas”, a propósito do tema, entre o Direito Penal propriamente dito e “outros pretendidos ‘direitos penais’”, dentre os quais o “direito penal econômico, comercial, bursátil, trabalhista, tributário, societário...”²². De fato, a simples presença da autoridade estatal na relação jurídica da qual deriva o ilícito, trazendo a esta seu inerente poder regulador, fiscalizador e punitivo, deixa muito evidente o caráter subsidiário do Direito Penal.

Outro corolário indiscutível do princípio da intervenção mínima é o de que, existindo somente para a proteção dos bens jurídicos de maior relevância, quando atingidos com gravidade, o Direito Penal se marca por seu *caráter fragmentário*, ou seja, de incidência apenas sobre frações da desordem social que justifiquem sua intervenção.

A legitimidade do poder de incriminar legislativamente deve submeter-se a um rol de exigências. Em primeiro lugar, é preciso verificar a relevância e indispensabilidade do bem jurídico (ofensividade); a seguir, a impossibilidade de assegurar sua preservação por outros meios (subsidiariedade); depois, certificar-se de que a intervenção penal é meio eficaz de proteção do bem jurídico em questão (idoneidade) e, por fim, de que os custos sociais e jurídicos da aplicação da lei penal, incluindo as restrições aos direitos fundamentais do agente, tenham correlação com a violência que se pretende prevenir ou combater (proporcionalidade). Ao Direito Penal toca sempre o ônus de provar sua eficiência, o que confere especial relevo ao princípio da idoneidade. Se o conflito não puder ser evitado por outros meios, mas a pena criminal tampouco for eficaz para sua solução, é melhor não fazer nada do que aceitar o custo social da pena²³.

Por isso se diz que não poderia o Direito Penal dar-se à pretensão de regular *toda* a vida social, de interferir em *todos* os conflitos e perturbações da boa harmonia coletiva, de reprimir *todos* os comportamentos ilícitos ou contrários

ao Direito *tout court*. O Direito Penal só incide sobre fragmentos da antijuridicidade. Sendo subsidiário e fragmentado, logo se vê que o Direito Penal é extremamente *limitado*²⁴. Por isso, quando se exclui a incidência de norma penal sobre determinado fato, não se está a declarar que ele é lícito, justo, socialmente útil ou moralmente elogiável: o fato pode ser o oposto disso tudo e, ainda assim, estranho ao Direito Penal.

É muito importante ressaltar essa afirmação, para que não se confunda *descriminalização* com *legitimação da conduta*. Na conhecida representação gráfica da responsabilidade jurídica em círculos concêntricos, o penal é o mais central deles, o de menor raio; assim, qualquer fato que se situe dentro dele estará também, *ipso facto*, dentro de todos os demais, porém um fato pode estar fora dele mas sujeito à incidência da responsabilidade que é própria aos demais (administrativa, civil etc.). Essa distinção assume grande importância no Direito Penal Econômico na medida em que, em setores de grande regulação e fiscalização – como as relações tributárias e a operação de instituições financeiras –, punições administrativas poderiam resolver problemas (carência de subsidiariedade) gerados por condutas que não chegam a agredir o bem jurídico (carência de ofensividade) de maneira mais eficaz do que o faria o Direito Penal (carência de idoneidade) sem, de modo algum, legitimar a conduta que desmerece repressão criminal.

Com o que até aqui se expôs, temos que o Direito Penal é o direito da sanção máxima e da intervenção mínima, subsidiário aos outros ramos do ordenamento, voltado, apenas, a fragmentos gravíssimos da desordem social, o que já delimita bastante sua potencial esfera de incidência. Esta me parece uma noção preliminar importante para o que se examina a seguir.

2.2 Matriz constitucional do direito penal

Como prontamente se percebe, a vinculação do Direito Penal com a Constituição é muito estreita, maior talvez que a de qualquer outro ramo do Direito, sabido que nenhum deles escapa a essa filiação. A Lei Maior já pressupõe o Direito Penal ao editar preceitos – ainda que limitadores – relativos a ele. Se não há crime sem definição anterior em lei é porque *há crime*; se a pena não pode passar da pessoa do delinqüente nem ser desumana ou cruel é porque *há pena*; se a prisão só pode ocorrer em virtude de flagrante ou de ordem judicial é porque *há prisão e os juízes têm o poder de impô-la*. Mas a previsão constitucional não pára na pressuposição: também entra a Constituição a falar de crimes inafiançáveis, imprescritíveis e inaniistáveis²⁵, a tornar obrigatória a pena

de reclusão para o crime de racismo, então só existente *de lege ferenda*, a tratar de tráfico de entorpecentes e de infrações penais de menor potencial ofensivo, além de outras referências à existência de um sistema punitivo limitador da liberdade física do indivíduo.

E se a lei pode criar crimes e penas, desde que sem efeito retroativo, tem-se que o Legislativo foi investido da função de instituir situações de privação da liberdade. Porém a própria Constituição cuidou de impor-lhe uma série de barreiras que não podem ser ultrapassadas no uso do poder inerente a essa função, como a própria exigência de lei com proibição de retroatividade, o respeito à dignidade do preso e do condenado, a individualização da pena, a garantia de ampla defesa, a presunção de inocência. Mesmo estas duas últimas, que parecem limitar-se ao Direito Processual, têm grande significado também em termos materiais.

O aspecto mais polêmico do tema, porém, é o relativo à exigência de relevo constitucional do bem jurídico tutelado pelas normas penais. A Constituição assegura a todos o direito à liberdade (art. 5º, *caput*). Sendo ela a “lei das leis”, o legislador é o destinatário da maioria de seus comandos, pois só pode atuar *dentro dos limites constitucionais*. Assim, ao assegurar a todos o direito à liberdade, está proibido o Legislativo de criar hipótese de supressão da liberdade de alguém, *salvo em caso de agressão a bem jurídico essencial de relevância constitucional* que, por isso, justifique exceção à regra geral de liberdade para todos. A garantia universal de inviolabilidade do direito à liberdade, prevista no *caput* do art. 5º da Constituição, não pode ser considerada “cláusula não escrita” ou mero atavio retórico.

À idéia de bem jurídico é inerente a sua indispensabilidade para a vida digna das pessoas, sendo o *status* constitucional um requisito a mais na legitimação da lei penal. Ou seja, somente os valores previstos constitucionalmente que sejam indispensáveis ao mencionado objetivo constituem o bem jurídico legitimador. Dito de outra forma, *o bem jurídico legitimador da edição de lei penal é o valor reconhecido constitucionalmente que seja essencial à vida digna das pessoas*.

A exigência de reconhecimento na Constituição é muito claramente exposta por Roxin, para quem somente os bens instituídos pela “Lei Fundamental de nosso Estado de Direito baseado na liberdade do indivíduo”²⁶ podem dar lugar a um conceito de bem jurídico vinculante do ponto de vista político-criminal. A partir daí, extrai o autor diversas consequências de relevo, como as de que as “cominações penais arbitrárias” (dir-se-ia, os crimes de mero capricho, decorrentes de uma vontade do legislador de “não pode porque eu não quero”), as inspirações puramente ideológicas (é do autor o exemplo da regra sobre a

“manutenção da pureza do sangue alemão”, vigente com o nacional-socialismo) e as simples imoralidades não se relacionam com a proteção legal a bens jurídicos²⁷.

Bricola, invocando “u’a maior consciência constional”, afirma que “a sanção penal somente pode ser adotada diante da violação de um bem, o qual, caso não seja do mesmo grau em comparação ao valor (liberdade pessoal) sacrificado, deve, pelo menos, ser dotado de relevância constitucional. Ou seja: o ilícito penal pode se concretizar exclusivamente numa lesão significativa de um valor constitucionalmente relevante”²⁸. E enfatiza: “Relevância constitucional de um bem não significa simplesmente ausência de caráter antiético do mesmo ante a Constituição, mas assunção do mesmo pelos valores explícita ou implicitamente garantidos pela Carta Constitucional”²⁹.

Esse posicionamento, que a mim parece irresponsável, nada tem de pacífico, sendo contestado por juristas de expressão. Pagliaro³⁰, por exemplo, principia por dizer que se fala de um preceito tão importante que, se existisse, o constituinte tê-lo-ia explicitado; aduz que a liberdade é garantia constitucional que admite limitações instituídas por lei ordinária; que a adoção do princípio erige a liberdade a alturas tais que acabaria por “negar a própria possibilidade de existência do Direito Penal”, e que tal restrição ao espaço de manobra do Legislativo não é sequer oportuna.

Creio, no entanto, que o simples estabelecimento de garantias constitucionais é revelação mais que suficiente de que elas existem e só podem ser excepcionadas dentro da própria Constituição, dispensando um texto mais explícito. A ser tomada em seu verdadeiro sentido, a garantia de liberdade pode, sim, ser suprimida por via legislativa, *mas desde que em atenção à defesa de um bem essencial de relevância constitucional*, em observância ao princípio da proporcionalidade, o que exclui a aventada inviabilização do Direito Penal. Finalmente, entendo que o Legislativo conserva, de fato, um amplo espaço de manobra, pois a ele cabe identificar os bens essenciais de relevância constitucional que necessitam da proteção da *ultima ratio*, definindo quais as condutas a criminalizar, e em que termos; além do mais, o argumento de oportunidade é de ser dirigido ao constituinte e não ao intérprete. O que não faz sentido é admitir que a lei possa elevar qualquer valor à categoria de bem jurídico protegível penalmente, pois isso resultaria em círculo vicioso. A lei penal serve para proteger bens jurídicos e bens jurídicos são aqueles protegidos pela lei penal!³¹

O mesmo raciocínio leva à completa impossibilidade de se admitir a existência válida de crime que não atente contra bem jurídico. Luís Greco, em primoroso trabalho³², invoca o apoio de Roxin e Hefendehl para afirmar a

possibilidade de “exceções” à regra de que a ofensa ao bem jurídico é fundamental para a legitimação da incriminação penal³³. Por maior que possa ser minha consideração ao pensamento desses três juristas, não consigo aceitar essa posição.

Penso que o bem jurídico é o *valor* que anima a norma penal incriminadora e não concebo norma descolada de algum valor que justifique sua edição. Um tipo penal que não tutela bem jurídico é uma norma que não reflete um valor e, portanto, não tem existência legítima.

Luís Greco exemplifica sua tese com o delito de maus-tratos contra animais³⁴ (art. 32 da Lei n. 9.065/98) cujo bem jurídico protegido não entrevê. De fato, não se pode acolher o delírio de imaginar um sujeito de direitos que não seja o ser humano (como ocorre com os que sustentam supostos “direitos dos animais”), nem erigir a bem jurídico um sentimento humano de “revolta” contra certas condutas pois, como bem adverte o autor, isso levaria à criminalização do traquear durante regabofes³⁵, conduta também revoltante. Mas essa figura penal é catalogada pelo *jus positum* como crime contra o meio ambiente. Não tenho dúvida de que o meio ambiente é um valor constitucionalmente reconhecido; já a interessantíssima discussão sobre se se trata ou não de valor essencial não cabe nos limites deste artigo.

O que eu questiono, no particular, é a afirmação de que a criminalização dos maus-tratos contra animais seria “incriminação legítima, apesar de não tutelar dado necessário à realização de indivíduos nem tampouco à subsistência do sistema social”³⁶, ou seja, apesar de não tutelar bem jurídico. Ora, se não há bem jurídico sendo tutelado, de onde vem a proclamada “legitimidade” da incriminação? O próprio autor já nos precata da impossibilidade de tutelar meros sentimentos humanos de indignação contra certos atos. Por outro lado, é possível entender que o legislador ouviria com atenção argumentos no sentido de que é melhor que alguém descarregue sua ira contra um animal do que contra seus filhos menores, seus pais idosos, seus vizinhos, colegas de trabalho etc. Assim, creio que ou bem se reconhece que o meio ambiente é um bem jurídico merecedor de proteção penal, ou bem se nega aplicação ao dispositivo mencionado, por inconstitucionalidade decorrente da não proteção e bem jurídico.

Voltando à proposição de Bricola acima transcrita, vê-se que Ramacci³⁷ endossa seu tópico final, no sentido de que os valores constitutivos dos bens jurídicos hão de estar explícita ou implicitamente contidos na Constituição, até porque a limitação aos explícitos reduziria em muito o rol dos crimes possíveis. Mas pondera que a aceitação não só dos valores previstos *implicitamente* como também *indiretamente* alarga tanto o leque da possível incriminação que implica

“deixar de novo imprecisos os confins da legitimação da opção penal”. Parece-me, no entanto, que essa circunstância é precipuamente um incentivo ao controle jurisdicional da constitucionalidade das leis penais – seja ele difuso ou concentrado – penetrando no cerne do bem jurídico, avaliando sua essencialidade e relevância constitucional e a adequação do preceito punitivo ao permissivo constante da Lei Maior.

Essencial, no entanto, é que o Judiciário se dê conta da importância de seu papel no Estado Democrático de Direito, atendendo à convocação de Geraldo Ataliba: “É mister que os tribunais retomem plena consciência de que seu precípuo compromisso com o Direito está, em primeiro lugar, na fidelidade à Constituição. E que a ordem social só prevalecerá condignamente se assegurada, a todo custo, a eficácia da Constituição”³⁸. Em matéria penal adverte Schünemann³⁹ que “os espaços de discricionariedade⁴⁰ do legislador devem (...) ser projetados no âmbito do reexame constitucional do poder legislativo pelo poder judiciário. Os limites a esses espaços de discricionariedade marcarão, assim, a barreira insuperável da política criminal no Estado de Direito.”⁴¹

É verdadeiramente inacreditável que nada, absolutamente nada, tivesse que ser modificado na leitura e aplicação de um Código Penal cuja Parte Especial foi baixada por Decreto-lei sob a mais autoritária das Constituições brasileiras⁴² e a Parte Geral editada durante o regime militar de 1964, isso a despeito da estreitíssima vinculação entre Direito Penal e Constituição! Tal situação decorre do fenômeno que o Ministro Sepúlveda Pertence chamou de *misoneísmo exegetico*, a “interpretação retrospectiva que sói atribuir-se, muitas vezes com razão, à jurisprudência constitucional que, avessa às inovações de uma Constituição, continua a decidir, na sua vigência, como se nada houvesse mudado...”⁴³, em geral por mera repulsa ao novo ou por não perceber que o País passou a viver uma nova ordem, que instituiu e consagrou o Estado Democrático de Direito ou, ainda – e pior – porque não percebeu o significado disso.

Nem sempre as leis existentes são integralmente recepcionáveis, como o Judiciário em certas ocasiões se esforça por dizer. Como advertia Ataliba, o número de declarações de inconstitucionalidade “deveria ser substancialmente mais significativo do que é. Só assim se ‘limpa’ e corrige o sistema existente, só assim se prestigia a *correttezza costituzionale*”;⁴⁴. E seu apelo não se limitou aos Tribunais, mas se dirigiu também às partes e seus representantes processuais, advogados e promotores: “E aos postulantes, públicos e privados, caberá insistir, reiterar, repetir, renovar pleitos de danoção de toda norma que repugne à Constituição”, porque esta, enfatiza, é a única possibilidade de “distanciar-nos dos padrões de Uganda (com todo o respeito)”⁴⁵.

2.3 Importância do evento no direito penal

Da conjugação do princípio da intervenção mínima com a garantia constitucional de liberdade surge o chamado *princípio da ofensividade* ou da *lesividade*. Ferrajoli destaca que a idéia inspiradora desse princípio vem de Aristóteles e Epicuro e se torna ponto comum de toda a cultura penal do Iluminismo, que vê somente “no dano causado aos outros as razões, os critérios e as medidas das proibições e das penas”⁴⁶. Em suma, o fato só é de se dizer criminoso se acarreta ofensa significativa ao bem jurídico protegido, que há de ter *status* constitucional. Tal ofensa constitui o *evento* causado pela conduta, entendido sempre que “evento não é o resultado naturalístico da conduta, mas seu resultado jurídico”⁴⁷. Como diz Garofoli, pelo princípio da ofensividade “não pode existir norma penal legítima se não na medida em que o comportamento nela proibido venha a ameaçar ou ofender um interesse merecedor de tutela”⁴⁸. Por essa razão Mantovani afirma que o princípio da ofensividade é o “centro de gravidade do Direito Penal não totalitário e não autoritário”⁴⁹.

Não cabe nos limites deste trabalho uma exposição mais ampla do debate em torno da oposição do *desvalor da ação* ao *desvalor do resultado*. Na realidade o Direito Penal não se sustenta somente sobre o desvalor da ação ou do resultado, não prescindindo de ambos, pois, como anotou Stratenwerth, o desvalor do resultado é a “contrapartida objetiva do desvalor da ação”⁵⁰. É óbvio dizer que sem ação não há delito, mas se fosse possível sua existência sem resultado ele não seria um *fato* e sim mero *ato*⁵¹.

Assim, ninguém pode ser punido por uma ação sem qualquer reflexo no mundo exterior, como tampouco pode ser punido por um resultado lesivo não causado por ação (ou omissão) sua. Essa idéia exurge como preceito implícito de nossa Constituição, que garante a liberdade a todos, além de instituir um leque de garantias que deságua nessa conclusão.

Explícitos foram os argentinos, cuja Constituição proclama no art. 19: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados”. Mais técnica – seja porque dirige seu comando, como de rigor, ao legislador e não ao juiz, seja porque poupa-se de recorrer à divindade – a Constituição da Costa Rica estatui no art. 28: “Las acciones privadas que no dañen la moral o el orden públicos, o que no perjudiquen a tercero, están fuera de la acción de la ley”. De maneira exemplar

estatuíu a Constituição de Portugal em seu artigo 18º, n. 2: “A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos”.

Nossos irmãos argentinos, costarriquenhos e lusitanos explicitaram o que para nós ficou implícito, ainda que não menos cogente.

Não sendo necessariamente *naturalístico*, ou seja, não se confundindo com *dano*, pode o evento constituir-se apenas na criação de um risco a alguém, vedado por lei, sem se esquecer de que, como anotava Carnelutti, “perigo e dano são dois graus diversos de lesão do mesmo interesse”⁵². Não há dúvida de que a criação de riscos inaceitáveis, apuráveis posteriormente – como veremos mais adiante – daqueles que costuma exemplificar a doutrina com as condutas de dirigir embriagado, despejar resíduos industriais no rio cujas águas abastecem uma cidade, disparar arma de fogo em local público, pode atentar contra bens jurídicos e, assim, ser objeto de tutela penal.

A *ação* é aspecto proeminente em Direito Penal, chegando Toledo a afirmar que, “em nossa caminhada introdutória pela ciência penal, penetramos repentinamente em uma zona turbulenta [a concepção de ação], na qual não se pode permanecer e da qual não se pode sair sem uma tomada de posição”⁵³. No entanto a importância do resultado se evidencia quando o mesmo autor fala na *teoria social da ação*, segundo a qual, o que conta para o Direito Penal é a *ação socialmente relevante*⁵⁴ que Miguel Reale Júnior entende como a “ancoragem do sistema”⁵⁵. Ora, o que há de ser uma ação socialmente relevante senão aquela que cause um resultado a outrem, seja na forma de um dano efetivo, seja na da criação desarrazoada de um risco?

A exigência de resultado deflui da própria Constituição, que pressupõe uma graduação dos delitos de acordo com seu potencial *ofensivo* (art. 98, n. I)⁵⁶. Na legislação ordinária ela é não só a vontade do legislador⁵⁷, como da lei. É o que se depreende da primeira parte do *caput* do art. 13 do Código Penal: “O resultado, de que depende a existência da infração, só é imputável a quem lhe deu causa”.

Não há como ler esse dispositivo qual se dissesse “o resultado, quando dele depender a existência da infração...”. Tenho para mim que tal entendimento é equivocado pois o que leio no texto é “o resultado, cuja presença é essencial à existência de qualquer infração...”⁵⁸. Como se vê, exigir resultado para a configuração de infração penal não é consequência de modismos⁵⁹ ou doutrinas, mas da própria letra da lei. Quem o reconhece é nosso maior tratadista da relação de causalidade, Paulo José da Costa Júnior: “*De jure condito*, em face do

art. 13, no que se refere ao resultado de que depende a existência do crime, podemos concluir que *não há crime sem resultado (jurídico)*. De fato, não se pode conceber crime que não encerre uma lesão (agressão ou ameaça) a bem ou interesse tutelado normativamente. Crime sem evento (jurídico) é *contraditio in adiectis*. Fato que não contenha em sua estrutura esse elemento não chega a ser crime.”⁶⁰

E não é só. O conceito legal de dolo (art. 18) exige, sem restringir seu alcance, a vontade de causar um resultado, não soando legítimo falar em dolo “ínsito à conduta”, muito menos numa inadmissível *praesumptio doli*.⁶¹ Mais ainda, na tentativa (art. 14, II) revela-se a importância do resultado, já que se reduz a pena se este não ocorre por circunstâncias alheias à vontade do agente.⁶²

Crime, pois, é ação e resultado, até porque crime não é mero ato, mas sim fato.⁶³ Da mesma forma que não se admite punir alguém por um resultado estranho a sua conduta, é inadmissível fazê-lo quando a conduta não provoca resultado algum, não repercute no mundo exterior, está despida de relevância social.

2.4 A teoria dos crimes de mera conduta

A idéia de que há crimes que prescindem totalmente de resultado – seja de dano, seja de perigo – teve como corifeu entre nós a inesquecível figura de Manoel Pedro Pimentel.⁶⁴ Na tese com que, em 1959, conquistou a livredocência no Largo de São Francisco (*Crimes de Mera Conduta*, com edição comercial da RT, 1968) defende, com a clareza que sempre caracterizou suas preleções, a utilidade social da adoção desse conceito.

Segundo a exposição feita na obra, “a punição dos crimes de mera conduta está fundada nos mesmos motivos que tornam puníveis as contravenções, repressão de um mal menor para evitar um mal maior”. Daí a necessidade de tipos nos quais “a ação ou omissão bastam para constituir o elemento material”, prescindindo de qualquer resultado desde que praticadas com “dolo de ação ou dolo de omissão”. Assim, ao arrepio da lei, a existência da infração deixa de depender do resultado, e cria-se uma nova espécie de dolo na qual o agente não quis resultado algum, mas simplesmente quis agir ou deixar de agir. Propunha o autor, ainda, unificar crimes e contravenções de mera conduta, abreviando o processo, confiando a “Tribunais de Polícia”⁶⁵.

O desenho ideal dos crimes de mera conduta apresentado na tese é em

muito semelhante às modernas “contra-ordenações”, infrações menores, consistentes em condutas que ainda não causaram, mas podem vir a causar mal maior, sujeitas somente a punições administrativas⁶⁶. Ou seja, propunha-se, então, criminalizar exatamente o que hoje se advoga descriminalizar, não para legitimar, mas para sujeitar a uma hierarquia inferior de sanções, compatível com a natureza pouco ou não ofensiva a bens jurídicos essenciais das ações vedadas.

O espírito animador dessa proposta é a tão questionável *antecipação de tutela penal*, ou seja, fazer com que a sanção ocorra ante a primeira manifestação de que um resultado *pode* vir a ocorrer. Essa antecipação de tutela, atentatória à dignidade humana, é claramente violadora dos princípios da intervenção mínima (pois faz o Direito Penal atuar ante mera sinalização da possibilidade de um resultado) e da ofensividade.

Insuperável é a conclusão de Miguel Reale Júnior, em paráfrase ao lema da antiga UDN, de que “o preço da liberdade é o eterno delito”⁶⁷. De fato, é possível uma sociedade sem delitos, desde que não haja liberdade alguma⁶⁸.

2.5 A interpretação como “crime de mero capricho”

Na verdade a doutrina dos crimes de mera conduta é uma tentativa de resolver um problema (o de como reduzir o “mal maior”) à custa da violação de princípios, tais, notadamente, os da intervenção mínima e da ofensividade, além de afronta à própria letra da lei, como vimos acima.

Todas as vezes em que se tenta resolver um problema violando princípios e agindo à margem da lei, por melhores que sejam as intenções, acaba-se não resolvendo problema algum e, ainda, perdendo o controle sobre a excepcionalidade criada.

O descontrole começa pelo surgimento de certa interpretação, nada rara, de que algumas vedações são consequência de mero capricho do legislador que, como vimos acima, estaria a dizer “não pode porque eu não quero”⁶⁹. É o que basta! Caem por terra a teoria social da ação, o princípio da ofensividade, a exigência legal de resultado jurídico que decorra da conduta. Por essa interpretação, a garantia constitucional de liberdade é derogável ao talante do legislador, que pode mandar às galés transgressores de qualquer tipo de ordem, ainda que tão socialmente irrelevante quanto o chapéu de Gessler, exemplo de Roxin⁷⁰ de inadmissível cominação arbitrária por não proteger bens jurídicos⁷¹.

Sob o aspecto legislativo os absurdos ocorrem igualmente, com criação

de tipos de perigo apenados com mais rigor do que alguns dos danos que poderiam causar. Examinemos duas hipóteses:

a) Ao aproximar-se de sua casa João vê um homem “em atitude suspeita” fitando-a. Para afastá-lo dali, João saca da pistola de uso restrito que porta sem autorização e dá um tiro no pé de Antônio. Este tem que fazer uma cirurgia para a retirada do projétil de baixo calibre e leva quinze dias para tornar a andar normalmente.

b) Ao aproximar-se de sua casa João é interceptado por um policial que o revista e apreende a pistola de uso não restrito que porta sem autorização.

Na situação *a*, em que ocorreu um dano, consistente na penetração de um projétil que precisou ser retirado mediante intervenção cirúrgica, temos um caso de lesão corporal leve, que sujeitaria João à pena de 3 meses a um ano de detenção, nos termos do art. 129, *caput*, do Código Penal. Na situação *b*, sem mal maior algum, João estaria sujeito à pena de 2 a 4 anos de reclusão, mais multa, conforme o disposto no art. 14 da Lei n. 10.826/03! Ou seja, intenta-se punir com mais rigor um grau menor de ofensividade (o risco decorrente do porte de arma) do que o dano causado à pessoa, esboroando-se a tese de que a criminalização da mera conduta seria prevenção do mal maior. Cabe ao Judiciário a consideração da quantidade da pena cominada como elemento hermenêutico para coibir esse desequilíbrio iníquo.

Na seara que mais de perto nos interessa, do chamado Direito Penal Econômico⁷², temos interessante exemplo na Lei n. 7.492/86, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional. O tipo penal ali apenado com maior rigor, a gestão fraudulenta de instituição financeira (art. 4º – reclusão de 3 a 12 anos e multa) – portanto o maior dos males que pode sofrer o bem jurídico protegido – é de mera conduta!⁷³ Essa condição é invocada para sustentar decisões no sentido de que o delito de gestão temerária (art. 4º, parágrafo único) prescinde de prejuízo⁷⁴. Ora, Henry Ford é hoje mais venerado como herói das finanças que da indústria: Mais revolucionária do que a linha de montagem foi a elaboração de planos de financiamento que permitiam aos operários adquirir os carros que fabricavam; na época chamaram-no temerário, hoje o endeusam por isso. Mas se estivesse à frente de um Banco brasileiro, correria o risco de ser denunciado e condenado...

Essa criminalidade de mera conduta vem do fato de ter o legislador, pensando em ampliar o espectro punitivo, adotado a política do *leito de Procusto*⁷⁵, amputando de tipo de lei anterior o resultado, que considerava difícil provar. Por isso a gestão fraudulenta ou temerária da Lei n. 1.521/51, que se tornava criminosa quando levava a instituição à falência, à insolvência ou ao inadimplemento de obrigação contratual, teve os pés cortados no novo diploma e

assim o “mal menor” (a mera conduta) passou a ser o delito mais grave de quantos ele prevê.

Essa interpretação é absolutamente desconforme à Constituição e, por isso mesmo, não leva – ou não deveria levar – à ampliação da esfera de incidência penal.

De fato, o que a sociedade não quer que ocorra são resultados, não simples condutas desprovidas deles. Porém, a falsa idéia de que a previsão de resultado significa óbice probatório ao encarceramento faz com que se proíbam apenas condutas, deixando aberto o espaço para o agente procurar licitamente atingir o resultado, através de condutas outras que não a vedada.

Disso dá exemplo a figura prevista no art. 17 da mesma Lei n. 7.492/86, que pune o empréstimo vedado de instituição financeira a controlador ou a controlada. Tive oportunidade de escrever alhures que se o que se proíbe é a conduta e não o resultado, não tem cabimento o que denominei de “doutrina da Estrada de Santos”, segundo a qual “quando se proíbe o tráfego no complexo Anchieta-Imigrantes (rodovias que ligam a Capital paulista à cidade de Santos) o paulistano que se deslocar àquela cidade viola a norma”⁷⁶. Esse, no entanto, é o raciocínio que leva à incriminação das chamadas “operações triangulares” ou “operações cruzadas”, em que se visa a alcançar o resultado *sem* a prática da conduta incriminada.

Se o que se pune é a mera conduta, é irrelevante alegar que o agente conseguiu o mesmo resultado com conduta diversa e aí criar um conceito inexistente de “empréstimo indireto”; esse conceito fictício serve para fundamentar a incriminação na hipótese de suposta “equivalência do resultado”, em infração que se diz alheia ao resultado! Na verdade se o que se quis proibir foi a transferência de recursos, isso tinha que ser dito; no entanto, seria indispensável quantificar limites, pois é absurdo que um diretor de Banco não possa ter cheque especial da instituição, sendo que seu limite de crédito, se compatível com as outras pessoas físicas clientes, não teria o menor potencial ofensivo sobre a higidez da instituição.

Assim, a previsão de resultado significativo pouparia a máquina judiciária de acusações desprezíveis e permitiria maior rigor nas situações de efetiva criação de risco inaceitável ao sistema financeiro.

A realidade é que aplicação desideologizada da lei nos crimes ditos de mera conduta tem levado em conta a existência de um evento jurídico, ainda que na forma de risco, porém concreto e efetivo. Vejamos, ainda que rapidamente, algumas das figuras classicamente invocadas como exemplo desses crimes:

– *Porte de arma* – Exige-se idoneidade e disponibilidade⁷⁷, além da proximidade de alguém que possa ser alvejado, como elementos de concretização do perigo.

– *Falso testemunho* – Necessita “verificação da potencial lesividade da declaração”⁷⁸, que exige certa credibilidade. O depoimento de quem viu um elefante passar voando está mais próximo do desacato que do falso testemunho. Além disso, por falta de potencial lesividade, é impunível o *falsum super accidentalibus*⁷⁹.

– *Injúria* – Sendo crime de ação privada, a exigência de resultado torna-se transparente, pois é difícil supor que alguém arrostasse os ônus de movimentar o aparato judiciário se o fato imputado não tivesse lhe trazido significativo sofrimento moral. Não é o escandir dos fonemas da palavra *ca-na-lha* que configura o delito, mas o resultado disso, a dor que ela causa em quem a ouve.

– *Invasão de domicílio* – Possivelmente não há afronta maior a uma pessoa do que a entrada em sua casa de quem não foi convidado. Tanto o resultado – consistente na dor pelo agravo sofrido – é necessário que, se o morador vier a consentir com a permanência de quem lá entrou clandestina ou astuciosamente, não se há falar em consumação do delito.

– *Perigo de contágio venéreo* – É preciso que ocorra contato físico do agente com o ofendido. Por isso, é possível a tentativa, ou seja, se o agente é fisicamente impedido por terceiro de tocar a vítima, o resultado (ei-lo!) não se realiza por motivos alheios a sua vontade. Demais disso, não há resultado se o ofendido já é portador da mesma moléstia, pois o perigo não se concretiza.

Outro dado mostra a importância do evento no chamado Direito Penal Econômico. É que os delitos podem se dividir, grosso modo, entre abusos de força e abusos de astúcia, sendo a chamada criminalidade econômica uma subespécie desses últimos. Ora à maioria tipos de abuso de astúcia subjaz uma falsidade ideológica, verdadeiro tipo-matriz dessa categoria de ilícitos. Assim, por exemplo, o ardil do estelionato, a informação falsa prestada a autoridade, o balanço maquiado, a declaração omitida para obter redução do lançamento tributário, a indispensável *imutatio veri* das falsidades materiais, a omissão de advertência ao consumidor sobre periculosidade de produto contêm em seu interior uma falsidade ideológica, sendo os delitos respectivos verdadeiras formas qualificadas dela.

E, sobre falsidade ideológica, nossa cultura jurídico-penal, manifestada pelas reflexões dos intérpretes na doutrina e jurisprudência, impõe a perquirição do evento que é a criação de uma potencialidade lesiva, de uma idoneidade ao engano⁸⁰. Aliás, como é impossível ao juiz abrir a cabeça do acusado para examinar seus sentimentos, o elemento subjetivo do injusto da falsidade ideológica (o fim especial de prejudicar direito, criar obrigação ou alterar a verdade sobre fato juridicamente relevante) só se apura através da verificação do evento *criação de potencialidade lesiva*.

Decisão antológica do Superior Tribunal de Justiça assentou: “O crime, além da conduta, reclama resultado normativo, acarretando dano ou perigo (concreto) para o bem jurídico tutelado. Toda mentira é falso, mas nem todo falso é crime. Faz-se imprescindível evidenciar potencialidade lesiva e seja relevante para repercutir em alguma relação jurídica”⁸¹.

Por tudo isso não pode o intérprete acomodar-se⁸² na afirmação – tão sonora quanto oca – “basta que a conduta se amolde ao tipo penal”, pois estaria considerando o crime como mero *ato* e não como *fato*, apurando a mera tipicidade formal e não material⁸³. Enquanto *fato* o delito exige *evento*, que há de ser verificado para que se configure a infração penal. O que jamais se pode admitir é aplicar a lei como se uma conduta fosse punível sem ter qualquer relevo para o meio social, somente por um capricho do legislador.

2.6 A questão do perigo abstrato e do perigo presumido

Autores há que classificam o perigo, quando integrador do evento, em concreto e abstrato. Este último seria “o que a lei presume, *juris et de jure*, inscrito em determinado fato, pouco importando, assim, que não se realize, no caso ocorrente, por alguma circunstância excepcional, um perigo efetivo”⁸⁴.

Ultimamente tem se falado com mais insistência sobre crimes de perigo abstrato – com os quais se confundiriam os de mera conduta – em razão das elucubrações sobre hoje vivermos numa “sociedade de risco”. Partindo da premissa de que atualmente os riscos não só são maiores do que antanho, e reconhecendo que eles agora resultam da ação do homem e não da natureza, há quem proponha que o Direito Penal deve relançar-se à fracassada antecipação de tutela, ampliando o número de infrações de perigo abstrato, como maneira de desincentivar essa geração de riscos.

O formulador do conceito da “sociedade do risco”, Ulrich Beck, começa sua obra a dizer que “na modernidade avançada a produção social de *riqueza* é sistematicamente acompanhada pela produção social de *riscos*”⁸⁵. Estes riscos afetam de forma mais intensa as camadas mais pobres, mas tampouco os ricos e poderosos estão seguros diante deles, que constituem “um barril de necessidades sem fundo”⁸⁶, surgido graças à ação humana. Há quem afirme que atingimos “o estágio em que as formas contínuas de progresso técnico-econômico podem se transformar em autodestruição”⁸⁷, como se a humanidade caminhasse para o suicídio coletivo.

Vê-se com nitidez, entretanto, que a premissa é falsa.

Um único dado permite essa conclusão dissidente. Em todo o mundo a média de vida das pessoas aumentou muito com o passar dos últimos anos, obviamente porque os riscos são mais controláveis que outrora. A paulatina substituição da mecânica pela eletrônica, os progressos da Medicina, as tecnologias de prevenção de acidentes (há 30 anos os automóveis não tinham cintos de segurança nem apoios de cabeça... para não falar em *air bags* e freios ABS), as técnicas de segurança do trabalho, a expansão das fontes de energia limpa, tudo contribui para a redução dos riscos e o prolongamento da vida humana, que é uma realidade numérica, estatística, palpável.

Das relações amorosas às pesquisas científicas, qualquer atividade humana envolve risco. O risco é inerente à vida e, por mais que seja reduzido, como acontece na “modernidade avançada”, não desaparece jamais. Isso não justifica que a sociedade de hoje – e só ela – mereça o título de “sociedade de risco”. Perfeita, para o tema, a consideração de Toledo: “Viver é um risco permanente, seja na selva, entre insetos e animais agressivos, seja na cidade, por entre veículos, máquinas e toda a sorte de inventos da técnica, que nos ameaçam de todos os lados. Não é missão do direito penal afastar, de modo completo, todos esses riscos – o que seria de resto impossível – paralisando ou impedindo o desenvolvimento da vida moderna, tal como o homem, bem ou mal, a concebeu e construiu.”⁸⁸

Mas, mesmo que o fosse, não seria o Direito Penal o remédio adequado para tal patologia, especialmente através do recurso à criação de crimes de perigo abstrato ou do atropelo das conquistas da civilização em matéria criminal. Como bem observa Blanca Mendoza, fazendo a crítica da *idoneidade* da criminalização, “precisamente nos âmbitos em que se criam mais delitos de perigo abstrato – meio ambiente, condutas relacionadas com drogas, entre outros – é onde mais se reconhece a alarmante *inefetividade* da repressão penal”⁸⁹. Ou seja, além de romper com princípios, a proposta se mostra inepta para alcançar a almejada eficácia. Por isso não faz sentido a proposta de “utilização do aparato penal para combater novos riscos e garantir o sentimento de segurança dos cidadãos” entendendo-se que “o Direito Penal concebido em sentido liberal durante a modernidade resulta inidôneo para executar tal tarefa”⁹⁰. Cabe lembrar, ainda, que se o catastrofismo de Beck tivesse vínculos com a realidade, estaríamos cercados por tantos perigos concretos que os crimes respectivos absorveriam a capacidade do sistema, sem deixar espaço para os de perigo abstrato.

Como bem pondera Figueiredo Dias, pode-se procurar o desenvolvimento do Direito Penal sem abrir mão do “patrimônio irrenunciável dos direitos humanos” representados pelo “quadro axiológico que nos acompanha

desde o Século XVIII e deve ser aperfeiçoado no futuro”⁹¹. Bem por isso adverte que não devemos “ceder à tentação de ‘dogmáticas alternativas’ que podem, a todo momento, volver-se em ‘alternativas à dogmática’ incompatíveis com a regra do Estado de Direito e, como tal, democraticamente ilegítimas”⁹². Numa palavra, não há razão para retrocessos nas conquistas que a civilização impôs à ciência criminal.

Bem por isso não se pode admitir que se interprete e aplique a lei considerando a existência de crimes de perigo abstrato, expressão que *não tem sinonímia* com crimes de perigo presumido⁹³. Quem bem expõe a distinção é Paulo José da Costa Júnior: “O perigo abstrato identifica-se com o perigo genérico e indeterminado, que dispensa comprovação. *Semelhante categoria de perigo, todavia, parece destituída de fundamento lógico*. Desde que o perigo exige a verificação de uma probabilidade de evento danoso, o perigo abstrato não preenche tal requisito. (...) O que o direito positivo aceitou foram crimes de *perigo presumido* que repelem prova em contrário de sua irrealidade.”⁹⁴

Posta assim a distinção terminológica, ousou divergir de meu Mestre no Largo de São Francisco quanto ao caráter *juris et de jure* da presunção de perigo, que me parece hoje inconstitucional, por contrastar com a garantia de presunção de inocência. Entendo contudo essa diferenciação nos termos que exponho a seguir.

Não é lícito entender que o legislador tenha o poder de criar *ex nihilo* uma forma de perigo normativo e impor a abstenção de uma conduta despida de qualquer exteriorização efetivamente arriscada. Mas é admissível que, a partir da experiência comum, o legislador *presuma*, meramente *juris*, que certas situações são perigosas, mas para a imputação é necessário que o perigo se concretize de alguma forma, verificável *ex post*, como no caso da poluição ambiental.

Exemplifico com o delito de porte de arma. É da experiência comum que o fato de uma pessoa portar arma é, só por si, gerador de risco, como se vê pela existência de *crimes de ocasião*, cuja ocorrência advém apenas em virtude dessa circunstância. Incidentes que poderiam se encerrar com injúria, vias de fato ou mesmo lesões corporais deixariam de ter um custo em vidas humanas se um dos contedores não estivesse armado⁹⁵. Legítima, em princípio, a incriminação.

Mas para que o delito se aperfeiçoe é mister que o perigo se concretize através da *idoneidade* da arma como capaz de produzir disparos (atipicidade do porte de arma desmuniada), de sua *disponibilidade* para o agente (o fato de estar a seu alcance em condições de pronto uso), bem como da exposição de alguém a perigo (exclusão do caso de porte em lugar ermo e desabitado). Vários

professores de Direito Penal (tantos que não consegui chegar ao autor original) perguntam a seus alunos da edesp sobre assunto outrora controvertido na jurisprudência: “Pode a arma de brinquedo justificar a agravante do roubo com arma de fogo? Arma de brinquedo é arma? E ursinho de pelúcia é urso? Mulher inflável é mulher? Enseja aplicação da ‘Lei Maria da Penha’?”.

A Suprema Corte, com o registro de não estar, ainda, proclamando sua filiação à tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato, decidiu que “para a teoria moderna – que dá realce primacial aos princípios da necessidade da incriminação e da lesividade do fato criminoso – o cuidar-se de crime de mera conduta – no sentido de não se exigir à sua configuração um resultado material exterior à ação – *não implica admitir sua existência independentemente de lesão efetiva ou potencial ao bem jurídico* tutelado pela incriminação da hipótese de fato” ⁹⁶.

Admitir que o legislador possa vedar condutas cujo perigo não se exteriorize é transgredir a garantia constitucional de liberdade e permitir o encarceramento por mero capricho. Por isso, mesmo quando o legislador, à base da experiência, presume o perigo, a imputação deve envolver alguma forma de concreção, que somente pode ser verificada *após* a prática da conduta. Do contrário estaríamos retornando à época do Direito Penal da obediência que, como adverte com razão Mantovani, é “típico dos sistemas totalitários, para os quais o delito é sobretudo violação de um ‘dever de fidelidade’, ‘rebelião da vontade’ do indivíduo contra a vontade estatal-coletiva” ⁹⁷.

Com percuciência Nilo Batista demonstra que essa idéia aparece – ainda que inconscientemente – até mesmo no pensamento dos abstratistas. Com efeito, ante o posicionamento de autores que afirmam ser de mera conduta o delito do art. 17 da Lei n. 7.492/86 (empréstimo vedado), mas vêem atipicidade no comodato entre as pessoas ali mencionadas, o juriconsulto anotou: “Na verdade, como transparece da fundamentação de Manoel Pedro Pimentel, o que se verifica é que as características do comodato não envolvem perigo para o bem jurídico tutelado; é, portanto, o princípio da lesividade que orienta tais opiniões, desmentindo a suposta tirania do perigo presumido [eu teria dito “abstrato”], pois o comodato constitui um *empréstimo*: formalmente a conduta é típica, porém inidônea para ameaçar o bem jurídico, refoge materialmente ao âmbito de proteção da norma” ⁹⁸.

2.7 Conclusão

Partindo do pressuposto de que há uma “equação” entre as atividades de

interpretar e de aplicar o Direito⁹⁹, procuro, com as idéias aqui expostas, mostrar que a via hermenêutica é suficiente para a correção de um raciocínio que – se é que teve seu momento – mostra-se incompatível com a ordem constitucional do Estado Democrático de Direito.

Para tanto não é preciso ir ao extremo de declarar a inconstitucionalidade de todas as figuras penais de mera conduta hoje vigentes, abrindo um indesejável “buraco negro”, até que o legislador se dê ao trabalho de adequar as proibições à ordem constitucional. Na grande maioria dos casos é possível “salvar” os enunciados existentes, desde que se lhes dê a conhecida *interpretação conforme a Constituição*. A ela se recorre “sempre que determinada disposição legal oferece diferentes possibilidades de interpretação, sendo algumas delas incompatíveis com a própria Constituição”¹⁰⁰.

Exatamente isso é o que fez a Suprema Corte no tantas vezes citado RHC 81.057/SP. Depois de afirmar a exigência de ofensividade para a configuração do delito de porte de arma, dito de mera conduta¹⁰¹, consignando que se tratava de “raciocínio que se funda em axiomas da moderna teoria geral do Direito Penal” o Tribunal assentou: “para o seu acolhimento, convém frisar, não é necessário, de logo, acatar a tese mais radical que erige a exigência da ofensividade a limitação de raiz constitucional ao legislador, de forma a proscrever a legitimidade da criação por lei de crimes de perigo abstrato ou presumido: basta, por ora, aceitá-los como princípios gerais contemporâneos da *interpretação da lei penal*, que hão de prevalecer sempre que a regra incriminadora os comporte”¹⁰².

Em outras palavras, a Alta Corte não disse que é plenamente constitucional a privação da liberdade do transgressor de regra da qual deflui um perigo presumido *juris et de jure*. Apenas deixou de declarar a *inconstitucionalidade* do tipo assim descrito, vez que ele pode existir no ordenamento *desde que interpretado em conformidade com a Constituição*.

Não bastasse o contexto do voto condutor nesse sentido, vê-se claramente essa afirmação no voto concorrente do Min. Cezar Peluso: “A antecipação de tutela penal aos momentos antecedentes ao da lesão somente será justificada quando se puder estabelecer relação de proporcionalidade entre a aplicação da pena (lesão do direito à liberdade do condenado) e o perigo (probabilidade de lesão do bem jurídico tutelado pela norma penal) causado pela conduta incriminada. E é nesta seara que se fala, então, em *princípio da ofensividade*, ou da *lesividade*, como critério, não só de política criminal mas, no que interessa ao caso, de *interpretação do tipo penal* [destaquei], como já afirmava o Min. Sepúlveda Pertence”.

É sabido que a lei não traz a norma, mas apenas o texto, o enunciado

normativo. O intérprete produz a norma¹⁰³. “Os textos ou enunciados legais constituem o *veículo de expressão* das normas legais”¹⁰⁴. Portanto, é possível entender que não viola a ordem constitucional o enunciado que se limite a descrever conduta, sem referência a sua relevância social, *desde que* dele não se extraia norma segundo a qual a desatenção a caprichos irrelevantes do legislador pode redundar em perda da liberdade. Ao construir a norma a partir do enunciado veiculado pela lei o intérprete deverá verificar se a conduta típica revestiu-se de ofensividade, para só então afirmar o caráter delituoso do fato imputado ao acusado.

Um problema, no entanto, remanesce. Como bem registra Gilmar Mendes, o princípio da interpretação conforme “não contém uma delegação ao Tribunal para que proceda à melhoria ou ao aperfeiçoamento da lei”¹⁰⁵.

Ainda que, em matéria penal, a interpretação *in bonam partem* possa ser extensiva e auxiliada pela analogia, a da regra penal incriminadora – em atenção ao princípio da *taxatividade* – há de ser estritíssima já que, do princípio do *nullum crimen sine lege*, consagrado constitucionalmente¹⁰⁶, defluem quatro requisitos enumerados por Toledo¹⁰⁷: *Lex praevia, lex scripta, lex stricta et lex certa*. Na lição de Maximiliano, “interpreta-se a lei penal como outra qualquer, segundo os vários processos de Hermenêutica. *Só compreende, porém, os casos que especifica. Não se permite estendê-la, por analogia ou paridade*”¹⁰⁸.

Por isso, se a interpretação conforme pode limitar o alcance do enunciado normativo para adaptá-lo à ordem constitucional, não lhe cabe tentar aprimorar a lei para alargar sua esfera de incidência, nem mesmo a pretexto de dar cumprimento a suposta *mens legislatoris* (diferente da *mens legis*).

Vimos o exemplo do delito de empréstimo vedado (art. 17 da Lei n. 7.462/86) em que o sensato seria proibir um resultado, porém o legislador achou que fazer isso tornaria trabalhosa sua aplicação e resolveu amputar o resultado para punir a infração como de mera conduta, dando aquele por irrelevante. Ora, o agente não quer praticar conduta, quer resultado, como percebeu o legislador que definiu o dolo (art. 18, I, do CP). Assim, procurará meios de atingir o resultado sem praticar a conduta vedada, o que – *de jure condito* – é absolutamente lícito.

A interpretação conforme, mesmo ao ver que o legislador *deveria ter querido* proibir o resultado, não goza de mandato para corrigir a lamentável falha técnica. Só resta aguardar providências *de jure condendo*, ou seja, a tomada de consciência, pelo legislador, da impropriedade que cometeu e a promoção, por ele mesmo, do aperfeiçoamento necessário.

As garantias individuais consagradas na Constituição representam a concretização do Estado de Direito, que se funda no princípio da dignidade da pessoa humana¹⁰⁹. Por isso, a modernização do Direito Penal, particularmente na área dos negócios, não pode jamais significar o abandono do acervo cultural construído ao longo dos séculos a partir do Iluminismo, mas antes seu reforço e enriquecimento. Essa modernização, a meu ver, passa pela releitura dos enunciados penais de forma consentânea com a Constituição e seus princípios, o que exige a proscrição do direito penal de obediência e das penas correspondentes a condutas sem ofensividade.

REFERÊNCIAS

- AMARAL, Sylvio do. **Falsidade Documental**. São Paulo: RT, 2. ed., 1978.
- ATALIBA, Geraldo. **República e Constituição**. Atualizada por Rosolea Miranda Folgosi. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 2001.
- _____. “Denúncia espontânea e exclusão de responsabilidade penal”. **Revista de Informação Legislativa**, n. 125, p. 241 e s.
- BAIGÚN, Davi. **Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo**. Montevideu e Buenos Aires: Bdef, 2. ed. (1ª de 1967), 2007.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. **Curso de Direito Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 17. ed., 2004.
- _____. **Discricionariedade e Controle Jurisdicional**. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 1998.
- BARATTA, Alessandro. **Il Diritto Penale Mínimo – la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo**. Napoli: Ed. Scientifiche Italiane, 1985.
- BATISTA, Nilo. **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 1996.
- _____. “Empréstimos ilícitos na Lei n. 7.692/86”. In: PODVAL, Roberto. **Temas de Direito Penal Econômico**. São Paulo: RT, 2000.
- BECK, Ulrich. **La Sociedad del Riesgo – hacia una nueva modernidad**. Barcelona, Buenos Aires, México: Paidós, 2002.
- BETTIOL, Giuseppe. **Direito Penal**, v. I. Trad. Paulo José da Costa Jr. e Alberto Silva Franco. São Paulo: RT, 1966.

- BRICOLA, Franco. “Teoria generale del reato”. *In: Nuovissimo Digesto Italiano*, v. XIX. Torino: UTET, 1973.
- CARNELUTTI, Francesco. **Lezioni di Diritto Penale – il reato**, v. I. Milano: Giuffrè, 1943.
- CARVALHO, Paulo de Barros. **Teoria da Norma Tributária**. São Paulo: Max Limonad, 4. ed., 2002.
- CORRÊA, Alexandre e SCIASCIA, Gaetano. **Manual de Direito Romano**. São Paulo: RT, 6. ed., 1988.
- COSTA JÚNIOR, Paulo José. **Nexo Causal**. São Paulo: Malheiros, 2. ed., 1996.
- DOTTI, René Ariel. **Curso de Direito Penal – Parte Geral**. Rio de Janeiro: Forense, 2003.
- FERRAJOLI, Luigi. **Diritto e Ragione – teoria del garantismo penale**. Roma: Laterza, 4. ed., 1997.
- FIGUEIREDO DIAS, Jorge. **Temas Básicos da Doutrina Penal**. Coimbra: Coimbra Ed., 2001.
- GAROFOLI, Roberto. **Manuale di Diritto Penale – Parte Generale**. Milano: Giuffrè, 2005.
- GOMES, Luiz Flávio (com ANTONIO GARCÍA-PABLOS e ALICE BIANCHINI). **Direito Penal**, v. 1. São Paulo: RT, 2007.
- _____. “A contravenção do art. 32 da Lei das Contravenções Penais é de perigo abstrato ou concreto? (A questão da inconstitucionalidade do perigo abstrato ou presumido)”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 8, p. 69 e s.
- GRAU, Eros Roberto. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação do Direito**. São Paulo: Malheiros, 3. ed., 2005.
- GRECO, Luís. “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato – Uma introdução ao debate sobre o bem jurídico e as estruturas do delito”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, v. 49, p. 89 e s.
- HASSEMER, Winfried. **Direito Penal Libertário**. Trad. de Gilmar Ferreira Mendes. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.
- HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao Código Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 1959.
- JESCHECK, Hans-Heinrich. **Tratado de Derecho Penal – Parte General**. Trad. Santiago Mir Puig e Francisco Muñoz Conde. Barcelona: Bosch, 1981.

LOPES, Jair Leonardo. **Curso de Direito Penal**. São Paulo: RT, 2. ed., 1996.

LUIZI, Luiz. **Os Princípios Constitucionais Penais**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 1991.

MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. **Sociedade do Risco e Direito Penal**. São Paulo: IBCCrim, 2005.

MALHEIROS FILHO, Arnaldo. “Crimes contra o sistema financeiro: as triangulações e a doutrina da Estrada de Santos”. **Revista do Advogado, da Associação dos Advogados de São Paulo**, n. 53, outubro de 1998.

MANTOVANI, Ferrando. **Diritto Penale – Parte Generale**. Padova: CEDAM, 1992.

MAURACH, Reinhart e ZIPF, Heinz. **Derecho Penal – Parte General**. Trad. Jorge Bofill Genzch e Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea, 1994.

MAXIMILIANO, Carlos. **Hermenêutica e Aplicação do Direito**. Rio de Janeiro: Forense, 11. ed., 1991.

MENDES, Gilmar Ferreira. **Jurisdição Constitucional – o controle abstrato de normas no Brasil e na Alemanha**. São Paulo: Saraiva, 5. ed., 2005.

MENDOZA BUERGO, Blanca. **El Derecho Penal de la Sociedad del Riesgo**. Madrid: Civitas, 2001.

MERLE, Roger e VITU, André. **Traité de Droit Criminel**, tomo I, Principes généraux de la science criminelle – Droit Pénal Général. Paris: Cujas, 7. ed., 1997.

MIR PUIG, Santiago. **Direito Penal – fundamentos e teoria do delito**. Trad. Cláudia Viana Garcia e José Carlos Nobre Porciúncula Neto. São Paulo: RT, 2007.

MUÑOZ CONDE, Francisco. **Introducción al Derecho Penal**. Montevideo-Buenos Aires: Bdef, 2001.

_____; GARCÍA ARÁN, Mercedes. **Derecho Penal – Parte General**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

PAGLIARO, Antonio. **Principi di Diritto Penale – Parte Generale**, Milano: Giuffrè, 7. ed., 2000.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes de Mera Conduta**. São Paulo: RT, 1968.

RAMACCI, Fabrizio. **Corso di Diritto Penale – I: Principi costituzionali e interpretazione della legge penale**. Torino: Giappichelli, 1991.

REALE, Miguel. “Preliminares ao estudo da estrutura do delito”. **Revista da**

Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, v. 63, 1968, p. 155-168.

REALE JÚNIOR, Miguel. **Instituições de Direito Penal**. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

ROBERTI, Maura. **A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro**. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris, 2001.

ROXIN, Claus. **Derecho Penal, Parte General – tomo I: Fundamentos. La estructura de la teoría del delito**. Trad. Diego-Manuel Luzón Peña, Miguel Díaz y Garcia Conlledo e Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

SCHÜNEMANN, Brendt. “O direito penal é a *ultima ratio* da proteção de bens jurídicos! – Sobre os limites invioláveis do direito penal em um Estado de Direito Liberal”. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, 53/9 e s.

STRATENWERTH, Günther. **Disvalor de Acción y Disvalor de Resultado en el Derecho Penal**. Buenos Aires: Hammurabi, 2. ed., 2006.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios Básicos de Direito Penal**. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 1991.

ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel. **Fundamentos de Derecho Penal**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1993.

1 Este trabalho contou com a valiosa colaboração de minha colega de escritório Cecília Tripodi, a quem agradeço. Sou grato, também, ao Instituto Brasileiro de Ciências Criminais (particularmente nas pessoas de Alberto Silva Franco e Marco Antônio Nahum), pois foi a seu generoso convite que, nos Cursos de Pós-Graduação em Direito Penal Econômico e Europeu, expus as idéias que agora vão para o papel.

2 Paulo de Barros Carvalho, depois de considerar que “o Direito é essencialmente coativo”, mas que isso não o difere dos demais sistemas normativos, afirma que a singularidade do Direito em relação aos outros sistemas reside em que “só o Direito coage mediante o emprego da força, com a aplicação, em último grau, das penas privativas da liberdade ou por meio da execução forçada” (**Teoria da Norma Tributária**, p. 30).

3 Nilo Batista, **Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro**, p. 44.

4 Com a única e extrema exceção dos crimes militares em tempo de guerra

(Constituição, art. 5º, XLVII, a).

5 Cf. Florentino: “Servitus est constitutio juris gentium, qua quis dominio alieno *contra naturam* subiicitur” (D, I, V, 4, § 1 – destacamos). Traduzindo via García del Corral teríamos: A escravidão é uma instituição do direito das gentes pela qual alguém, contra a natureza, é submetido a domínio alheio.

6 Corrêa e Sciascia, **Manual de Direito Romano**, p. 40, § 19, a.

7 Cf. Declaração Universal dos Direitos Humanos, arts. 1º e 7º.

8 “Preliminares ao estudo da estrutura do delito”, **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**, v. 63, p. 157.

9 Segundo Hassemer não é a criminalidade econômica que justifica o que chama de “esbulho da liberdade pelo Direito Penal” mas sim os delitos de violência, como homicídios e estupros, cuja existência faz com que “permaneça o Direito Penal como instrumento de despojamento da liberdade”. Cf. o prefácio à edição brasileira de **Direito Penal Libertário**.

10 A pena, ensina Zugaldía Espinar, “não é senão um instrumento de violência institucionalizada em mãos do Estado” – **Fundamentos de Derecho Penal**, p. 59. Veja-se, ainda, as palavras com que Muñoz Conde e García Arán dão início a seu **Derecho Penal – Parte General** (p. 29). Ainda, Alessandro Baratta, **Il Diritto Penale Mínimo – la questione criminale tra riduzionismo e abolizionismo**, Edizione Scientifiche Italiane, 1985.

11 Toledo, **Princípios...**, p. 12.

12 Jescheck, **Tratado de Derecho Penal**, I/3.

13 Cf., por todos, Jescheck, **Tratado**, I/5.

14 **Os Princípios Constitucionais Penais**, p. 26.

15 **A Intervenção Mínima como Princípio no Direito Penal Brasileiro**, p. 71-103. A autora não é responsável por minha maneira de tentar sintetizar seu pensamento.

16 **Direito Penal**, I/88 e s.

17 Ou, como diz Muñoz Conde ao se referir ao caráter subsidiário, “¿Qué expresión más adecuada para producir equívocos!” (**Introducción...**, p. 108).

18 A propósito da distinção entre *texto* veiculado pela lei em sentido formal e *norma* produzida pelo intérprete, v. os conceitos de Eros Grau em seu clássico **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação do Direito**, p. 80 e s.

19 **Derecho Penal – Parte general**, I/36.

20 Roger Merle e André Vitu, **Traité de Droit Criminel**, I/216-217. Essa *originalidade* é a cruz dos penalistas, pois exige deles que aparelhem seus conhecimentos para navegar no conjunto de princípios e instituições próprios do Direito Penal sem descuidar dos diversos ramos do Direito que trazem as normas por ele sancionadas.

21 Não precisam se apoquentar os que velam pela altitude do *status* do Direito Penal: “Ainda que essa opinião [da subsidiariedade] fosse pacífica na doutrina, isso em nada diminuiria a dignidade do Direito Penal” – Jair Leonardo Lopes, **Curso de Direito Penal**, p. 41.

22 **Introducción**, p. 113. Em certas áreas, como na dos crimes tributários, o caráter subsidiário do Direito Penal chega a dar-lhe a condição de mero *dereito de superposición* (v. Geraldo Ataliba, “Denúncia espontânea e exclusão de responsabilidade penal”). O fenômeno acontece também na maior parte dos crimes financeiros.

23 Schünemann nos informa (**RBCCrim** 53/22-23) que o mercado de capitais alemão “é regulado de modo exclusivo e em absoluto menos eficiente pelo direito penal”, o que lhe garantiria vantagem sobre o sistema americano, sendo mencionado o caso Enron. No Brasil, aquilo que se evitou nesse mercado foi por ação das autoridades administrativas; o Direito Penal só entrou após o leite derramado, mostrando-se incapaz de atuar preventivamente.

24 Toledo, **Princípios...**, p. 14.

25 Consta, até, que esteve para ser criada uma categoria de crimes que, de tão graves, seriam *inabsolvíveis*, mas a inovação teria sido suprimida à última hora.

26 **Derecho Penal**, p. 55.

27 *Idem*, p. 56.

28 “Teoria generale del reato”, in **Nuovissimo Digesto Italiano**, v. XIX, p. 15.

29 *Idem*, p. 16.

30 **Principi di Diritto Penale**, p. 230 e s.

31 Cf. Zugaldía Espinar, **Fundamentos de Derecho Penal**, p. 45.

32 GRECO, “Princípio da ofensividade e crimes de perigo abstrato”, **RBCCrim** 49/89 e s. O autor é digno de reconhecimento por qualquer leitor em razão de sua cultura, seriedade e acuidade intelectual. Além disso dedico-lhe especial consideração porque reconheço que sua crítica à tese da inconstitucionalidade dos crimes de perigo abstrato nada tem de autoritária, sendo, na verdade, garantista.

33 RBCCrim, cit., p. 110-111.

34 A mesma figura já fora mencionada por Bettiol como suporte a sua afirmação do caráter supostamente constitutivo do Direito Penal, citada acima (v. **Direito Penal**, I/93).

35 RBCCrim, cit., p. 108, *in fine*.

36 RBCCrim, cit., p. 111.

37 **Corso di Diritto Penale**, p. 30-31.

38 **República e Constituição**, p. 18.

39 RBCCrim, 53/23.

40 Creio que a palavra “discrecionarietàade” só pode ser entendida no sentido de Celso Antônio, como dever de busca da solução ótima para o caso concreto, não como liberdade de decisão *ad nutum*. V. **Discrecionarietàade e Controle Jurisdiccional**, p. 32 e s.

41 **Princípios**, p. 17.

42 Refiro-me à *Polaca* de 1937, que instituiu no Brasil o tenebroso Estado Novo, de abominável contorno fascista.

43 Voto no RE 210.917-RJ (item 10) – DJU 18-6-2001.

44 **República e Constituição**, p. 17.

45 *Idem*, p. 18.

46 **Diritto e Ragione**, p. 468.

47 Paulo José da Costa Júnior, **Nexo Causal**, p. 41.

48 **Manuale di Diritto Penale – Parte Generale**, p. 238.

49 **Diritto Penale**, p. 207.

50 **Disvalor de Acción y Disvalor de Resultado**, p. 89.

51 Como diz Carnelutti, “assim como não há fato sem resultado, não há fato jurídico sem que ao menos seu resultado seja regulado pelo Direito” (**Lezioni di Diritto Penale**, p. 173, n. 129).

52 **Lezioni di Diritto Penale**, p. 172, n. 127. Cf., ainda, Baigún, **Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo**, escrito de 1967 recentemente republicado, p. 1: A diferença entre dano e perigo é dada pelo “grau de energia” da ação desencadeada contra o bem jurídico.

53 **Princípios**, p. 93.

54 *Ibidem*, p. 103-105.

55 **Intuições**, v. I, p. 132. Discordando desse papel de “pedra-base do sistema” em prol da teoria da realização típica do ilícito, Figueiredo Dias, **Temas Básicos**, p. 217. Roxin critica o conceito social de ação, especialmente porque, já que a ação tanto pode ser como não ser socialmente relevante, ao não sê-lo não deixará de ser ação (**Derecho Penal**, p. 247, n. 31). Mas para o Direito Penal o que importa é somente a primeira, já que a ação sem relevo social tampouco terá relevo penal.

56 Sobre o *status* constitucional do princípio da ofensividade, ainda que implícito, v. Mantovani, **Diritto Penale**, p. 296. Entre nós, Luiz Flávio Gomes, **Direito Penal**, v. 1, p. 495.

57 Cf. a Exposição de Motivos de Francisco Campos para o Código Penal de 1940, ainda em vigor na Parte Especial.

58 Nesse sentido, Luiz Flávio Gomes, **Direito Penal**, v. 1, p. 495.

59 Concordo plenamente com Luis Greco (artigo citado na nota n. 31, *supra*, **RBCCrim**, 49/89) quando diz que se a moda influencia o que vestimos e comemos, “o que cantar, como andar, onde ir”, há de influenciar também o que pensamos. Mas discordo da idéia de que afirmar a inconstitucionalidade dos crimes sem expressão exterior seja um modismo. Creio que a responsabilidade pela disseminação desse pensamento é “a maior consciência constitucional” que passou a inspirar os juristas, mencionada por Bricola (v. nota n. 27, *supra*).

60 **Nexo Causal**, p. 43 – destaques da transcrição.

61 Cf. David Baigún, **Los Delitos de Peligro y la Prueba del Dolo**, esp. p. 29 s. *et passim*.

62 V. o elenco de menções ao resultado no Código Penal em René Dotti, **Curso de Direito Penal**, p. 321.

63 Cf. a lição de Carnelutti transcrita na nota n. 48.

64 Fui seu aluno em graduação e orientando em pós-graduação, sempre nutri por ele especial afeto. Ao divergir de suas opiniões sei que o homenagem, pois ele sempre incentivou essa postura em seus pupilos.

65 p. 172.

66 Cf. Figueiredo Dias, “Do direito penal administrativo ao direito de mera ordenação social”, in **Temas Básicos da Doutrina Penal**, p. 135 e s.

67 **Instituições**, p. 11.

68 O cinema trouxe bom exemplo disso no filme *Minority Report*, de Steven

Spielberg (2002), baseado num conto de Philip K. Dick sobre os extremos da antecipação de tutela penal, ali chamada de “*precrime*”. A história se passa numa cidade onde a Polícia consegue detectar o pensamento das pessoas e prender quem pretenda matar outrem. A taxa de homicídios local cai a zero, como a de liberdade... suprimindo-se até mesmo aquela de um ser humano dominar seus desejos.

69 O uso da expressão *capricho* foi inspiração de Bettiol: “O legislador não cria preceitos *ad nutum*, por um capricho onde ‘o que agrada é lei’”. **Direito Penal**, I/91.

70 Luzón-Peña, como tradutor da parte citada do **Derecho Penal** de Claus Roxin, explica em rodapé que Herman Gessler era o governador austríaco da Suíça ocupada e resolveu expor seu chapéu em praça pública exigindo do povo que lhe prestasse reverência, porque “o chapéu era como se lá estivesse o governador em pessoa”. Guilherme Tell recusou-se a tanto, tendo sido preso, mas logrou fugir e matar o governador, dando início à rebelião dos suíços contra a Áustria. Cf. **Derecho Penal**, p. 56.

71 *Ibidem*, n. 10.

72 Este não é o foro adequado para o debate, mas quero registrar que tenho restrições a essa expressão.

73 E.g. STJ, HC 38.385; TRF/2, ACR 2.088; TRF/2, ACR 11.266.

74 E.g. TRF/1, ACR 199901000109054; TRF/2, HC 4.999; TRF/3, ACR 9.429.

75 Expressão usada pelo Ministro Sepúlveda Pertence (TSE – HC 177/SP), assim conceituada por Aurélio: “Leito de ferro onde, segundo a mitologia grega, este famigerado salteador estendia aqueles que capturava, cortando-lhes os pés quando o ultrapassavam e estirando-os quando não lhe alcançavam o tamanho”.

76 “Crimes contra o sistema financeiro: as triangulações e a doutrina da Estrada de Santos”, **Revista do Advogado da Associação dos Advogados de São Paulo**, n. 53, out. de 1998, p. 30.

77 Cf. STF, HC 81.057/SP, Rel. designado Min. Sepúlveda Pertence.

78 E.g. STJ, REsp 659.512.

79 E.g. TRF/1, ACR 200434000270161.

80 Sobre a exigência de potencialidade lesiva v., e.g., STF, HC 84.440/SP; STJ, REsp 62.513/PR. Sobre a idoneidade para produzir resultado (*in casu*, documento sujeito a verificação), STJ, RHC 6.385/ES. Quanto ao posicionamento doutrinário sobre *imitatio veri* e *imutato veri*, v., por todos, Sylvio do Amaral, **Falsidade Documental**, *passim* e p. 70 e s.

81 STJ, REsp 96.726/PR, Rel. Min. Vicente Cernicchiaro.

82 Como diz Hassemer, nos crimes de perigo abstrato “La labor del juez queda así facilitada extraordinariamente”. *Apud* Marta Machado, **Sociedade do Risco e Direito Penal**, p. 167.

83 Sobre a necessidade de apuração da ofensividade, v. Luiz Flávio Gomes: “O juiz deve (em cada caso) não só verificar se o fato concreto corresponde à descrição típica (essa é a constatação da tipicidade formal), senão também sua ofensividade efetiva (lesão ou perigo de lesão – que retrata a tipicidade material)” – **Direito Penal**, v. 1, p. 500.

84 Néelson Hungria, **Comentários**, v. IX, p. 15.

85 **La Sociedad del Riesgo**, p. 25.

86 Ob. cit., p. 29.

87 Marta Machado, **Sociedade do Risco**, cit., p. 30.

88 **Princípios**, cit., p. 17.

89 **El Derecho Penal en la Sociedad del Riesgo**, p. 81.

90 Cf. a referência feita por Marta Machado, ob. cit., p. 154.

91 “O direito penal na sociedade do risco”, *in* **Temas Básicos**, cit., p. 185.

92 *Ibidem*. Cf., ainda, as conclusões da obra citada de Blanca Mendoza, p.181 e s.

93 Cf. René Dotti, **Curso de Direito Penal**, p. 323.

94 **Nexo Causal**, p. 61 – destaque da transcrição.

95 Apesar dessa lição da experiência comum, a lei absurdamente permite que magistrados e membros do Ministério Público, simplesmente por ostentarem essa condição, possam andar armados, de tal forma que não raro se vê um deles envolvido nesses crimes de ocasião.

96 STF, RHC 81.057/SP – grifamos.

97 **Diritto Penale**, p. 203.

98 “Empréstimos ilícitos”, p. 335, nota de rodapé 71.

99 Invocando Gadamer, afirma Eros Grau que “a interpretação do direito consiste em *concretar a lei* em cada caso, isto é, na sua *aplicação*”. Cf. **Ensaio e Discurso sobre a Interpretação/Aplicação do Direito**, p. 86.

100 Gilmar Mendes, **Jurisdição Constitucional**, p. 287.

101 V. a parte da ementa referida na nota 79 *supra*.

102 Os grifos são nossos.

103 Eros Grau, **Ensaio e Discurso**, p. 80-85. Segundo Celso Antônio, “o que se aplica, sim, é a própria norma, porque o conteúdo dela é pura e simplesmente o que lhe resulta da interpretação” (**Curso**, p. 651).

104 Mir Puig, **Direito Penal**, p. 41 – grifamos.

105 **Jurisdição Constitucional**, p. 290.

106 Art. 5º, n. XXXIX.

107 **Princípios Básicos**, p. 23 e s. – destacamos.

108 **Hermenêutica...**, p. 321.

109 Como diz Luiz Flávio Gomes, a admissão de punibilidade de condutas que não lesionem bens jurídicos “significa inverter autoritariamente a ordem jurídica e fazer *tabula rasa* ao espírito e à letra da Magna Carta, que tem na dignidade da pessoa humana um de seus pilares básicos”. Cf. “A contravenção do art. 32”, **RBCCrim**, 8/79.

3 OS CARTÉIS NA LEGISLAÇÃO CONCORRENCIAL BRASILEIRA: TEORIA E PRÁTICA¹

Barbara Rosenberg

Professora do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw; professora dos cursos de educação continuada da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas; doutora e bacharel em Direito pela Universidade de São Paulo, mestre (LL.M.) pela Universidade da Califórnia, em Berkeley; sócia responsável pela equipe de Direito da Concorrência do escritório Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados, foi Diretora no Departamento de Proteção e Defesa Econômica da Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça.

José Carlos da Matta Berardo

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo; pesquisador do programa de educação continuada da Escola de Direito do Rio de Janeiro da Fundação Getúlio Vargas; advogado da equipe de Direito da Concorrência do escritório Barbosa, Müssnich & Aragão Advogados.

Marcos Antonio T. Exposto Junior

Graduado em Direito pela Universidade de São Paulo, mestrando em Direito Econômico e Financeiro pela Universidade de São Paulo; advogado da equipe de Direito da Concorrência do escritório Barbosa, Müssnich & Aragão

3.1 Introdução

Muito embora a prática de cartel configure ilícito há muito no Brasil², a estrutura atual que permite o combate à cartelização foi instituída com a edição da Lei n. 8.884, de 11 de abril de 1994. Ainda assim, é inegável que os órgãos que compõem o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência³ (SBDC) no Brasil passaram, apenas nos últimos cinco anos, a concentrar seus esforços no combate às práticas anticoncorrenciais, com ênfase, especificamente, nos cartéis.

A prática de cartel configura um ilícito administrativo, punível pelo CADE nos termos da Lei n. 8.884/94, além de estar tipificado como crime contra a ordem econômica na Lei n. 8.137/90. Não obstante haja uma crescente interface entre essas investigações, a investigação administrativa não se confunde com a criminal, cada uma seguindo procedimentos específicos e buscando finalidades distintas, ainda que complementares.

Nesse contexto, tem o presente artigo o objetivo de analisar, sem a pretensão de esgotar o tema, a atuação do SBDC no combate aos cartéis, avaliando a questão especificamente sob a perspectiva administrativa. Para tanto, serão examinados (a) o conceito de cartel, tal como previsto na Lei n. 8.884/94 e à luz da jurisprudência do CADE; (b) os elementos estruturais de mercado que podem contribuir para a formação de cartéis e os efeitos dessa prática sobre o mercado; e, ao final, (c) os poderes e a competência do SBDC para investigar e punir a conduta de cartel, com foco nos métodos de investigação utilizados pela Secretaria de Direito Econômico, do Ministério da Justiça, e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, e também nos critérios utilizados pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica para o julgamento dessas condutas.

3.2 Cartel: seu conceito e as estruturas de mercado que o facilitam

Independentemente das diversas posições doutrinárias existentes, a definição da prática de cartel passa necessariamente pelo exame dos seus

efeitos, ainda que potenciais⁴. Pode-se dizer que esta é, inclusive, a “lógica” da legislação brasileira de defesa da concorrência no âmbito administrativo, segundo a qual determinada prática é considerada ilícita na medida em que gera, ou possa gerar, determinados *efeitos*, ainda que não sejam alcançados.

É fato que a concorrência entre fabricantes de um determinado produto aumenta o excedente do consumidor⁵ e, como resultado, leva as empresas a atuarem de forma mais eficiente. Isso porque, em tese, em mercados em concorrência perfeita as empresas não poderiam, individualmente, determinar os preços de seus produtos, sendo forçadas a vendê-los pelo preço de mercado⁶. Um mercado em monopólio, ao menos em tese, promove uma atuação menos eficiente por parte do monopolista, na medida em que este determina o preço a que seu produto será vendido, com isso gerando pelo menos dois efeitos perversos: primeiro, uma apropriação indevida da renda dos consumidores pelo monopolista; segundo, e até mais importante, uma perda de excedente que não é apropriada nem por consumidores nem por produtores (chamada, na teoria econômica, “perda de peso morto” ou *deadweight loss*⁷).

Uma vez que os ganhos das empresas tendem sempre a serem maiores em situações mais similares aos monopólios, parece razoável assumir que, ausente qualquer mecanismo punitivo que as iniba, empresas concorrentes tenham grandes incentivos para deixar de concorrer e passar a cooperar. Dessa forma, por meio de um acordo, as empresas poderiam passar a atuar de forma coordenada, determinando, por exemplo, o preço dos produtos de maneira uniforme. Resta claro que essa prática resultaria, em termos de eficiência alocativa, em uma situação bastante semelhante à de monopólio.

Logo, por meio de acordo celebrado entre os produtores de determinado produto, um cenário em que originalmente havia concorrência entre empresas poderia passar a corresponder a uma situação de monopólio⁸, gerando os respectivos efeitos negativos sobre o bem-estar social (menor eficiência das empresas individuais, a perda de peso-morto e a transferência de renda entre produtores e consumidores⁹). A esse acordo dá-se o nome de cartel. Afirgam Carlton e Perloff:

Em qualquer mercado, as empresas têm incentivos para coordenar suas atividades de produção e fixação de preço para aumentar os lucros coletivos e individuais por meio da restrição da quantidade total ofertada e aumentar o preço de mercado. Uma associação de empresas que explicitamente concorda em coordenar suas atividades é chamada de cartel. Um cartel que incluía todas as

empresas no mercado é, com efeito, um monopólio, e as empresas membro dividem os lucros de monopólio. (tradução livre)¹⁰

3.2.1 O conceito de cartel

Nas palavras de Luis Fernando Schuartz (2002, p. 119), o cartel pode ser definido como:

(...) uma associação de agentes econômicos que, expressa ou tacitamente, acordam em coordenar as decisões estratégicas no tocante a variáveis relevantes do ponto de vista concorrencial. Nesse sentido amplo, cartéis de preços (isto é, acordos entre concorrentes para a fixação dos preços de venda) aparecem somente como uma dentre várias espécies de cartel (...)¹¹.

Os efeitos perniciosos da prática de cartel são amplamente apontados pela literatura e jurisprudência nacionais e estrangeiras¹², reconhecendo-se, inclusive, que essa conduta configuraria a prática mais deletéria dentre aquelas referidas na Lei n. 8.884/94 (“Lei de Defesa da Concorrência”). Nesse sentido, o Conselho Administrativo de Defesa Econômica assim dispôs, em sua Resolução n. 20/99, a respeito das práticas restritivas horizontais, das quais o cartel é espécie:

As práticas restritivas horizontais consistem na tentativa de reduzir ou eliminar a concorrência no mercado, seja estabelecendo acordos entre concorrentes no mesmo mercado relevante com respeito a preços ou outras condições, seja praticando preços predatórios. Em ambos os casos visa, de imediato ou no futuro, em conjunto ou individualmente, o aumento de poder de mercado ou a criação de condições necessárias para exercê-lo com maior facilidade.

Da mesma forma, deve-se destacar o entendimento jurisprudencial do Conselho Administrativo de Defesa Econômica acerca do assunto, já que ilustra os efeitos prejudiciais dos cartéis:

A essência do argumento em defesa da competição é que esta gera benefícios sociais, que são perdidos através do aumento do poder de mercado das empresas. Mas o crescimento das empresas e a concentração e centralização empresarial são características da dinâmica econômica das sociedades de mercado. Uma legislação de defesa da concorrência se justifica, porque esse instrumento legal, pode reduzir os efeitos anti-concorrenciais da dinâmica da concorrência. Isto é, como a competição gera empresas vencedoras e perdedoras, a própria dinâmica da concorrência pode produzir menos competição. Entretanto, os efeitos deletérios do aumento do poder de mercado podem ser controlados ou mesmo eliminados por mecanismos legais.

Mesmo abandonando-se a premissa de concorrência perfeita, os efeitos negativos para o bem estar dos consumidores de cartéis são determinados de forma conclusiva por economistas das várias correntes de pensamento econômico. Quando bem sucedidos os cartéis elevam preços acima do que seria possível na ausência de coordenação das decisões alocativas. Os consumidores, inclusive empresas ou governo, são compelidos a pagar preços mais elevados ou não consumir esses produtos. Em muitos casos, portanto, os cartéis reduzem o nível de produção para viabilizar seus níveis de preços: esses apropriam-se dos excedentes econômicos e da renda dos setores que consomem seus produtos. Finalmente, ao ficarem protegidas da competição e da rivalidade, as empresas cartelizadas são desestimuladas a controlar seus custos ou inovar. Dessa forma pode-se afirmar que cartéis são sempre (e sem qualquer exceção) nocivos à eficiência de uma economia de mercado¹³.

A literatura econômica também parece convergir nesse sentido, não havendo muito espaço para alegar que os cartéis que dispunham sobre variáveis competitivas relevantes (usualmente referidos como cartéis intrinsecamente nocivos ou *hard-core*) gerariam efeitos líquidos positivos sobre o bem-estar social, os quais, em última instância, se traduzem em um aumento artificial de preço que inexistiria em condições nas quais as empresas estivessem concorrendo¹⁴.

Note-se que os efeitos prejudiciais dessa prática poderiam decorrer de acordos que dispunham sobre tantas quantas forem as variáveis competitivas

relevantes de um determinado mercado¹⁵. Nesse sentido, além de definir preços ou alocar quantidades¹⁶, é possível que os agentes econômicos tenham por objetivo dividir o mercado em regiões geográficas ou de acordo com o tipo de cliente (atacado e varejo ou públicos e privados, por exemplo) ou, ainda, atuar coordenadamente para participar de licitações (*bid rigging cartels*), ajustando previamente os vencedores em um esquema de rodízio, de forma que cada integrante vença uma licitação. Cartéis podem também vir a ser utilizados por produtores que, por razões como a queda repentina na demanda, vejam no acordo uma saída para impedir a saída de empresas do mercado (alocando clientes entre si, por exemplo). São os chamados cartéis de crise¹⁷, aceitos em alguns ordenamentos jurídicos. Como se verá abaixo, no Brasil o tratamento dado a esses “cartéis de crise” não é diferente do tratamento dado aos demais tipos de acordos entre concorrentes, uma vez que a legislação não reconhece como legítima qualquer tentativa de justificar economicamente os cartéis.

Diferentemente dos cartéis *hard-core*, há acordos entre concorrentes (os chamados *ancillary restraints*) que não visam precipuamente à diminuição do grau de concorrência entre as empresas, mas que podem ser necessários no contexto de um outro tipo de operação (como, por exemplo, uma *joint-venture* entre concorrentes ou o próprio art. 1.147 do Código Civil). Os acordos dessa natureza, muito embora possam vir a produzir efeitos líquidos negativos sobre o bem-estar social, tendem a ser analisados caso a caso pelas autoridades, já que deles decorrem algumas eficiências que poderiam sopesar os efeitos deletérios do acordo entre concorrentes¹⁸. Aliás, nos termos da lei brasileira, há quem interprete que alguns desses acordos deveriam ser apresentados ao SBDC para análise como operações de concentração, dependendo sua prática, portanto, da aprovação pelo CADE¹⁹.

3.2.2 As condições estruturais que facilitam a formação de cartel

Esclarecido porque os cartéis são considerados uma fonte de prejuízo sob a perspectiva econômica, lesando os consumidores e o erário público (especialmente no caso de *bid rigging cartels*), cabe examinar as condições estruturais de mercado nas quais a formação de cartel tende a ser mais provável. Por óbvio, não se afirma aqui que há uma relação direta e inevitável de causalidade entre determinadas características de mercado e a prática de cartel; de outra sorte, o que se quer esclarecer é que determinadas características estruturais de mercado devem sempre estar presentes para que seja viável a implementação de um cartel.

Inicialmente, cabe esclarecer que, em regra, é mais provável que

cartéis surjam em mercados oligopolizados. Um cartel em muito se aproxima de um “oligopólio cooperativo”, no qual um pequeno número de empresas coordena suas ações para maximizar os lucros conjuntos, agindo, do ponto de vista econômico, como se uma única empresa fossem.

A diferença fundamental entre um cartel propriamente dito e um oligopólio cooperativo reside no fato de, no primeiro caso, haver um acordo expresso. Pode, contudo, haver casos em que as empresas coordenem suas ações como se fossem parte de um cartel (e com a mesma intenção de maximizar os lucros conjuntos), sem a existência de um acordo expresso quanto a essa questão (o que se pode definir como colusão tácita ou paralelismo consciente).

A condição básica para a formação de um cartel, decorrente do pressuposto de racionalidade dos agentes econômicos, é que esse acordo seja, de fato, lucrativo. Isso significa que as empresas só terão interesse em participar do acordo caso essa hipótese seja mais lucrativa do que concorrer efetivamente. Invariavelmente, a lucratividade de um cartel decorre da existência de poder de mercado por parte do conjunto de seus membros²⁰. Em outros termos, os agentes somente se reúnem em um cartel se seus lucros forem maiores dessa forma, caso contrário, não haveria qualquer lógica para que o fizessem.

A existência de poder de mercado conjunto depende, primordialmente: (i) da elasticidade da demanda do produto ou serviço oferecido pelo cartel, (ii) da rivalidade das empresas concorrentes que não fazem parte do acordo; e (iii) da possibilidade de entrada de novos concorrentes nesse mercado. Em um cartel de um produto ou serviço que tenha uma demanda inelástica, sem rivais expressivos e com altas barreiras à entrada, é extremamente provável que esse cartel possa exercer poder de mercado e aumentar lucrativamente os preços de seus produtos ou serviços.

Uma segunda condição necessária para a formação do cartel – a qual, aliás, é válida para a prática de qualquer ilícito – é a de que haja uma baixa expectativa de punição severa. Logo, quanto menores as sanções associadas à prática de cartel e quanto menores as probabilidades de detecção da prática pelas autoridades competentes, maior o incentivo para a cartelização.

A terceira e última condição para a formação de um cartel refere-se à questão dos custos para a constituição do respectivo acordo. Como qualquer outro contrato, um cartel envolve custos de constituição, como a negociação de seus termos, que pode ser complexa. Quanto maiores forem seus os custos de organização, menos provável será a criação de um cartel.

Nesse contexto, a literatura aponta quatro fatores que minimizam os custos de organização de um cartel: (i) poucas empresas envolvidas no acordo, (ii) elevada concentração de mercado, (iii) produtos pouco ou nada diferenciados (i.e., produtos homogêneos); e, em alguns casos, (iv) a existência de uma

associação de classe (ou sindicato) que “coordene” as atividades dos *players* envolvidos. Assim, quanto mais acentuada a presença e atuação desses fatores, tão mais provável é o surgimento de um cartel. Portanto, em mercados nos quais as condições acima expostas estejam presentes, é mais factível que surjam cartéis *hard-core*, tendo em vista os incentivos para tanto²¹.

De outra sorte, deve-se frisar que a mera existência desses elementos não é suficiente para que se presuma a existência de um cartel e, como referido, é possível que práticas semelhantes (oligopólios cooperativos, por exemplo), lícitas, decorram dessa estrutura, mesmo na inexistência de acordo. Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica:

Das condições para o cartel: Segundo a literatura especializada, no mercado brasileiro de aços planos comuns estão presentes as condições clássicas para a formação de cartel de preços. São elas: (i) pequeno número de firmas; (ii) produto homogêneo; (iii) elevadas barreiras à entrada; (iv) baixo custo de monitoramento do cartel; (v) ausência de estímulos à deserção; (vi) estruturas de custos semelhantes; (vii) tecnologia de produção madura e semelhante; (viii) estabilidade de participações de mercado. Como consequência dessas condições de mercado, é de se esperar preços semelhantes na indústria e reajustes nos seus montantes e no tempo, mesmo na ausência de cartel. Isso porque qualquer diferencial de preços entre os concorrentes provocaria imediata e significativa perda de mercado para aqueles que mantenham preços mais elevados. Nesse mesmo sentido, alterações das condições de custos ou de demanda provocariam reajustes de preços semelhantes, uma vez que nenhuma empresa manteria seu mercado com preços mais elevados do que as demais.

(...) Reconheço, porém, que o simples fato de estarem presentes as condições ideais para formação de cartel não demonstra que isso tenha ocorrido. (...) O fato das empresas reajustarem seus preços em percentuais e datas aproximadas pode ser fruto da interdependência oligopolista. Em mercados dessa natureza, (...) o paralelismo de conduta é freqüente²².

Tendo em vista que sua natureza é considerada intrinsecamente prejudicial, cartéis são tidos como ilegais nos mais diversos ordenamentos jurídicos mundiais. No Brasil, não é diferente.

No tocante às práticas anticompetitivas, dispõe a Lei n. 8.884/94:

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

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

II – dominar mercado relevante de bens ou serviços;

III – aumentar arbitrariamente os lucros;

IV – exercer de forma abusiva posição dominante.

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

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

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

Especificamente a respeito de cartéis, prevê o art. 21:

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

I – fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços;

II – obter ou influenciar a adoção de conduta comercial uniforme ou concertada entre concorrentes;

III – dividir os mercados de serviços ou produtos, acabados ou semi-acabados, ou as fontes de abastecimento de matérias-primas ou produtos intermediários;

(...)

VIII – combinar previamente preços ou ajustar vantagens na concorrência pública ou administrativa;

Como mencionado, há um razoável consenso na literatura brasileira no que diz respeito à efetiva caracterização do ilícito antitruste²³, apontando para o fato de que a lista do art. 21 é meramente exemplificativa, já que a previsão das infrações encontra-se, na verdade, no art. 20. Dessa maneira, uma conduta que se subsuma ao disposto no art. 21, mas que não produza ou que não possa produzir os efeitos listados nos incisos do art. 20, não será punível, pela própria redação da Lei n. 8.884/94 (afinal, se não produzir ou não puder produzir os efeitos previstos no art. 20, a conduta não constituiria infração da ordem econômica).

É pressuposto da análise econômica, todavia, que os agentes racionais, como são as empresas, atuam sempre buscando maximizar seus lucros; também se sabe que os acordos de preço somente são lucrativos nas hipóteses em que estes permitem às empresas deter, conjuntamente, poder de mercado. Partindo do pressuposto de que agentes racionais não fariam parte de um acordo que – de qualquer forma – lhes seria prejudicial, a teoria microeconômica é, grosso modo, enfática em responder que, se o acordo foi celebrado – ou seja, se o cartel foi formado –, é porque, inevitavelmente, ele é mais lucrativo do que a situação anterior. Nesse sentido:

Em outras palavras, se os agentes são racionais e se os mesmos decidem participar de um acordo dessa natureza, pode-se afirmar que eles detêm – pelo menos em conjunto – o poder de mercado que está sendo de fato utilizado no sentido da produção da perda de bem-estar (um aumento de preços a um nível superior ao competitivo e uma redução da oferta a um nível inferior ao competitivo) (SCHUARTZ, 2002, p. 121)

Um raciocínio desse tipo de uma certa maneira autoriza as autoridades de defesa da concorrência a presumir que qualquer acordo de cartel deve ser punido, independentemente da análise de seus efeitos.

3.3.1 Métodos de aplicação do direito antitruste: regra per se e regra da razão

Os argumentos expostos acima servem de pano de fundo para ilustrar a discussão existente sobre os critérios de análise da licitude de condutas no âmbito do direito antitruste, no que diz respeito às práticas restritivas horizontais.

Segundo o *Antitrust Guidelines For Collaborations Among Competitors*, em itidos pelas autoridades de defesa da concorrência dos Estados Unidos:

Dois tipos de análises são utilizados pela Suprema Corte para determinar a licitude de um acordo entre concorrentes: *per se* e regra da razão. Alguns tipos de acordos apresentam uma probabilidade tão alta de causar danos à concorrência e de não gerar efeitos pró-competitivos significativos que não autorizam o tempo e os custos necessários para um exame específico de seus efeitos. Uma vez identificados, acordos desse tipo são questionados como ilícitos *per se*. Todos os outros acordos são analisados sob a regra da razão, que envolve um exame factual sobre os efeitos competitivos líquidos associados àquele acordo. Como a Suprema Corte explicou, uma análise pela regra da razão envolve um exame flexível com variações no foco e no detalhe desse exame, dependendo da natureza do acordo e das circunstâncias de mercado. (...)

Acordos ilegais per se. Acordos de um tipo que sempre ou quase sempre tendem a aumentar preços ou reduzir a quantidade ofertada são ilegais *per se*. (...) Os tribunais presumem que estes acordos, uma vez identificados, são ilegais, sem analisar os seus objetivos comerciais alegados, danos anticompetitivos, benefícios pró-competitivos ou efeitos competitivos líquidos. (...)

Acordos analisados sob a regra da razão. Acordos que não são questionados como ilegais *per se* são analisados sob a regra da razão para determinar seus efeitos competitivos líquidos. Entre estes se incluem acordos tais que, de outra maneira, seriam considerados ilegais *per se*, desde que estes estejam razoavelmente relacionados a, e sejam razoavelmente necessários para o alcance de benefícios pró-competitivos de, uma integração que aumente a eficiência de uma atividade econômica.

A análise sob a regra da razão concentra-se no *status* da concorrência na presença do acordo analisado, em comparação com a sua ausência. A questão central é determinar se o acordo analisado provavelmente causará danos à concorrência por aumentar ou incentivar aumentos lucrativos de preços ou reduções de quantidade, qualidade, serviço ou inovação abaixo do que provavelmente

prevaleceria na ausência desse acordo²⁴. (tradução livre)

No Brasil, debate-se se a redação do artigo 20 da Lei n. 8.884/94 admitiria ou não a existência de uma análise *per se*, em especial quando não houvesse poder de mercado, havendo quem sustente que a análise antitruste deveria ser feita por meio da chamada *regra da razão*, verificando-se sempre os efeitos da prática ou, ao menos, a sua potencialidade de efeitos. Cabe transcrever, nesse sentido, trecho de decisão do CADE:

Observe-se que o Cartel Clássico [*i.e.*, *hard-core*] é uma das exceções no direito antitruste brasileiro em que pode ser caracterizado como ilícito *per se*, ou seja, é suficiente provar sua existência para determinar sua ilicitude. Esta é uma afirmação sujeita a controvérsia, já que um dos mais eminentes autores de Direito Econômico, Dr. Calixto Salomão Filho, afirma que: “É hoje conclusão pacífica e resultado adquirido do Direito Brasileiro o não-tratamento de qualquer conduta como um ilícito per se. Todas estão sujeitas a algum critério de racionalidade que as possa vincular à produção de algum efeito. Essa concepção foi consagrada na lei brasileira na correlação necessária imposta pelo art. 20 da lei concorrencial brasileira entre as condutas descritas no artigo 21 e os feitos descritos no art.20”²⁵.

Entretanto, a diferenciação entre a regra *per se* e a regra da razão não corresponde necessariamente a um grau de exigência, quanto à prova da existência do acordo ilícito ou de seus efeitos anticompetitivos, maior ou menor em diferentes jurisdições. É perfeitamente possível que a adoção de diferentes parâmetros de prova se dê por conta de economia nos custos de análise, tendo em vista que, presentes certas condições, existe uma grande probabilidade da ocorrência de uma infração. Nesse sentido, cabe apontar para a literatura especializada, que ensina:

Qualquer investigação no contexto de um procedimento de aplicação do direito (em *qualquer* área do direito) requer a existência de certas regras, por assim dizer “parajurídicas” ou de “economia processual”, que nos digam que estamos autorizados a decidir pela

licitude ou ilicitude de uma prática no instante em que tivermos uma *certa* quantidade de informações e evidências a seu respeito. Onde localizar, em cada caso concreto, essa “certa quantidade”, é algo que, em geral, varia ao longo de um contínuo, e as regras destinadas a mapeá-lo estão normalmente implícitas na práxis de aplicação do direito. Como se sabe, isso demanda, daquele que pretende conhecer bem essas regras, longa experiência prática, bem como uma certa capacidade de decifração e explicitação de padrões de comportamentos relevantes para a formulação de prognoses sobre eventos futuros. No direito antitruste, a jurisprudência norte-americana construiu, e a literatura nomeou explicitamente e sistematizou o uso de duas “super-regras” de mapeamento do extenso contínuo em que se move a análise dos casos concretos, a saber, a regra *per se* e a “regra da razão”.

(...)

Uma investigação antitruste, seja ela qual for, deve ser interrompida em algum ponto. A diferença entre uma análise *per se* e uma que leve o título de “regra da razão” consiste, típica e simplesmente, em que a análise do primeiro tipo pode ser interrompida *em um estágio anterior* que a do outro tipo. (...) A identificação de uma conduta anticompetitiva pode requerer, em suma, uma quantidade maior ou menor de análise sobre as circunstâncias tratadas como relevantes. De acordo com o exposto, toca então a uma *teoria* antitruste a função de estabelecer as necessárias presunções de modo a prover aos trabalhos do analista e do julgador orientação metodológica bastante para permitir uma dosagem eficiente entre tempo e custo social da investigação, de um lado, e consistência técnica da conclusão, de outro. Excluída como está a possibilidade de certeza nesse âmbito, a questão que se coloca diz respeito ao *quantum* de informações acerca do comportamento investigado que se faz necessário coletar e analisar a fim de assegurar plausibilidade técnico-jurídica à decisão que deverá ser tomada.

Isto posto, é um equívoco supor que a regra *per se* representaria uma espécie de estágio arcaico do direito antitruste, inferior, numa escala ideal de racionalidade e sofisticação técnica, à regra da razão. Do ponto de vista teórico, não há menos racionalidade e sofisticação no tratamento tipicamente *per se* das chamadas “*naked price restraints*”, que na *rule-of-reason analysis* que caracteriza o exame de acordos de cooperação tecnológica entre concorrentes. Na verdade, se quiséssemos levar a discussão ao limite, poderíamos mesmo dizer que o arrastamento da análise no caso de um cartel *hard-core* seria uma clara demonstração

de irracionalidade e falta de eficiência administrativas. (SCHUARTZ, 2002, p. 121)

As autoridades brasileiras, muito embora não reconheçam expressamente a aplicação da regra *per se* e, por meio da Resolução CADE n. 20/1999, sinalizem para a prática da aplicação da regra da razão independentemente do tipo de conduta analisado, têm reiteradamente adotado condenações praticamente *per se* nos casos de cartel, já que o exame dos efeitos competitivos normalmente não é levado a cabo nesses casos²⁶. Assim, um acordo entre concorrentes que vise exclusiva e preliminarmente a ajustar “variáveis relevantes do ponto de vista concorrencial” (ou seja, um cartel *hard-core*) será via de regra visto como anticompetitivo independentemente de uma análise de seus efeitos sobre o bem-estar social.

Sem prejuízo do acima exposto, a discussão acerca da análise das autoridades, em especial do CADE, no que diz respeito a essa questão da distinção – se existente – entre a regra *per se* e a regra da razão nos casos de cartéis, ainda está em aberto. O tempo e a evolução das decisões do órgão (apoiado pelas decisões dos tribunais) vão, eventualmente, sedimentar um entendimento e determinar a direção adotada.

De qualquer forma, diante do que foi discutido e à luz da jurisprudência até o momento predominante no Brasil, seria possível afirmar que, no Brasil, é fundamental que a conduta investigada produza ou tenha a potencialidade de produzir os efeitos do art. 20 da Lei n. 8.884/94 para que seja considerada anticompetitiva (*i.e.*, ilícita), de forma que, na ausência de poder de mercado, uma prática não tem como ser anticompetitiva ou gerar qualquer perda de bem-estar. Ademais, a prática brasileira tem demonstrado que não seria considerada, nos casos de cartel *hard-core*, qualquer alegação de eficiência associada a uma conduta dessa natureza²⁷.

Assim, desde que existente poder de mercado (o que se presume, nos termos do artigo 20, § 3º, quando um agente econômico, ou, da mesma forma, quando um conjunto de agentes detém ao menos 20% de um mercado relevante), bastaria que a autoridade associasse a conduta ilícita à potencialidade dos efeitos do artigo 20 para que a conduta ilícita restasse configurada, sendo desnecessária qualquer prova sobre os efeitos ou sobre a racionalidade da prática em termos de eficiência econômica. Ainda que, como indicado acima, a diferenciação entre os métodos de análise seja pouco relevante para fins práticos, pode-se afirmar que as autoridades brasileiras vêm tratando a prática de cartel como um ilícito *per se*, desde que os agentes econômicos detenham,

conjuntamente, poder de mercado.

3.3.2 A prova do acordo

Deixando a questão da análise dos efeitos do cartel em segundo plano, é certo que no Brasil resta à autoridade provar que o acordo de vontades entre as empresas cartelizadas ocorreu, para que haja uma condenação. Em outros termos, o ordenamento jurídico brasileiro não consideraria sancionável a colusão tácita ou o mero paralelismo de condutas.

A prova da existência de um cartel é relativamente fácil quando a autoridade tem prova inequívoca da materialidade de um acordo, o que ocorreria na hipótese da identificação de um contrato pelo qual as empresas expressamente admitem que estão fixando preços, quantidades ou alocando regiões ou clientes para cada um dos membros do cartel.

No entanto, esse dificilmente é o caso. Especialmente em decorrência da difusão da consciência de ilicitude da conduta, é muito comum que sejam os altos executivos de empresas os responsáveis pela adoção de práticas anticoncorrenciais e, na medida em que têm plena consciência da ilicitude da prática, esses tendem a ser cautelosos para manter o acordo oculto.

Dessa maneira, ou a autoridade tem acesso a documentos (por exemplo e-mails, gravações telefônicas, atas de reuniões) suficientes para comprovar inequivocamente a existência de um acordo, ou acaba por basear a condenação em provas indiciárias. Explica-se:

Uma análise rigorosa dessa aproximação sugere o seguinte: (1) poucas conspirações antitruste são estabelecidas por provas explícitas, diretas, como acordos escritos, gravações, ou testemunhos de oferecimento e aceitação. Como resultado, algum tipo de prova circunstancial deve ser aceita. Contudo, (2) o mero fato de que as empresas tiveram uma oportunidade para o conluio, ou que a colusão pareceria lucrativa, não é suficiente para provar o ajuste; e (3) o Autor que dependa exclusivamente de indícios (prova circunstancial) deve mostrar que, além de (2), as ações dos réus foram racionais (significando que as ações foram com o intuito de aumentar os lucros) apenas se foram tomadas com o entendimento de que as demais empresas modificariam seus comportamentos de maneira similar (HOVENKAMP, 1999, p. 166).

Assim, pode-se extrair que a condenação com base em provas

indiciárias depende tanto da análise das estruturas de mercado e do comportamento passado das empresas como da análise da racionalidade dos possíveis comportamentos alternativos. Dessa forma, estratégias de preços semelhantes entre as empresas de um determinado mercado em que estejam presentes as condições estruturais acima apontadas, por exemplo, podem vir a indicar a existência de um cartel, se e somente se essas estratégias “paralelas” de preço forem somadas a outros fatores.

É claro que o comportamento paralelo entre empresas pode ser explicado pelos mais variados motivos, que vão desde o aumento no preço dos insumos até a estratégia de deliberadamente seguir a variação de preços da empresa líder de mercado. Em regra, empresas em mercados oligopolizados (em especial de produtos homogêneos) tendem a demonstrar comportamentos paralelos e é exatamente neste ponto que reside, de certa forma, a complexidade da análise da legalidade de determinadas práticas comerciais.

Nesse contexto, pode-se dizer que na prática antitruste há duas maneiras principais de fazer prova de um acordo entre concorrentes com base em indícios²⁸.

a. a primeira diz respeito à existência de *plus factors*: no caso da existência de um comportamento paralelo de preços ao longo do tempo adicionado à, por exemplo, troca de informações sobre os preços ou sobre outras variáveis competitivas; e

b. a segunda diz respeito à questão da racionalidade: o comportamento paralelo deve ser explicável, justificável, fundamentado em argumentos baseados na racionalidade da conduta do ponto de vista individual. Caso a conduta somente possa ser justificada com base em um argumento racional do ponto de vista dos integrantes do cartel, então se tem um forte indicio de prática concertada²⁹.

À luz da jurisprudência do CADE, não obstante o mero paralelismo não seja sancionável, parece não ser necessária a existência de prova direta do acordo. A existência de provas indiciárias suficientes pode, presentes certas condições estruturais, ser suficiente para que o CADE considere que existiu um ilícito e o condene, nos termos da Lei n. 8.884/94³⁰.

Não há manifestação do CADE, por outro lado, no que se refere à possibilidade de empresas concorrentes firmarem acordos que não dizem respeito propriamente à fixação de preços ou quantidades (ou qualquer outra variável relevante do ponto de vista da concorrência entre as empresas), mas que podem servir – independentemente de seus efeitos eventualmente pró-competitivos e que geram benefícios aos consumidores – de facilitadores para um paralelismo, como, por exemplo, acordos para trocas de informações sobre preços ou para padronizar certos produtos.

Nesse contexto, ainda que se reconheça que os sindicatos e associações de classe desempenham um papel fundamental e legítimo para o desenvolvimento da atividade econômica, deve-se chamar a atenção para o fato de que o CADE já sinalizou que sindicatos e associações podem servir de facilitadores para a troca de informações entre concorrentes, além de diminuir, em alguns casos, os custos de monitoramento do cartel.

De fato, a jurisprudência do CADE tem demonstrado que entidades de classe podem efetivamente funcionar como uma mera fachada para a prática de condutas ilícitas, *i.e.*, a formação de cartel. Não por menos, boa parte das condenações recentes de cartéis *hard-core* pelo CADE envolve sindicatos e associações de classe³¹. Não por menos, Adam Smith já propunha há séculos, ainda que com uma veemência exagerada, “que as profissionais do mesmo ramo raramente se encontram, para entretenimento e diversão, mas a conversa sempre termina em conspiração contra o público ou em algum esquema para elevar os preços” (*apud* OLIVEIRA e RODAS, 2004, p. 40).

Cabe aqui um comentário: evidentemente, a elaboração da defesa de um cartel *hard-core* é, sob qualquer dos dois *standards* de análise acima referidos (regra *per se* e regra da razão), muito difícil. Nos casos de colusão tácita pode ser que haja espaço para uma discussão sobre a racionalidade da conduta ou sobre a não existência de um *plus factor*; contudo, argumentos do tipo “o preço combinado foi justo” ou “o preço era razoável” desde há muito são rejeitados peremptoriamente pelas autoridades, até mesmo em função da própria premissa da qual partem: quem são os membros do cartel para determinar qual o preço justo ou razoável? Se, por um lado, tampouco cabe à autoridade antitruste, em um regime de livre mercado, determinar qual seria o preço justo, a teoria econômica deixa claro que o preço competitivo seria aquele estabelecido pelo mercado em suas condições normais, ausente qualquer acordo artificial.

3.4 A investigação dos cartéis pelo SBDC: métodos e procedimentos

Como visto, a condenação de cartéis depende da reunião de diversas informações e provas sobre a prática investigada e sobre o mercado em que ocorre. Dessa maneira, para que os cartéis se sintam desestimulados a atuar é imprescindível um sistema de investigação que iniba sua prática por meio de um sistema eficaz de detecção e punição, atividade extremamente complexa e onerosa mesmo nos países com maior tradição no antitruste.

No Brasil, a investigação de cartéis se dá, principalmente, por meio da investigação de Representações formuladas por partes interessadas – e até

mesmo denúncias anônimas³² – perante as autoridades de defesa da concorrência. Em um primeiro momento, as autoridades, em especial a SDE, fazem uma triagem das representações formuladas, de modo a excluir eventuais acusações que digam respeito a questões de ordem privada entre as partes envolvidas. Em seguida, com base na Portaria MJ n. 4/2006, a SDE analisa se os elementos constantes dos autos poderiam ser considerados indícios suficientes de infração à ordem econômica de forma a dar prosseguimento à investigação, considerando as condições estruturais do mercado e demais elementos disponíveis.

Se a autoridade considerar existentes indícios de infração à ordem econômica, mas revelar-se ainda necessário colher maiores evidências, a SDE procede à instauração de uma Averiguação Preliminar, nos termos do artigo 30 da Lei n. 8.884/94. Por outro lado, se os elementos constantes dos autos, no entendimento da SDE, forem robustos, a SDE procede imediatamente à instauração de um Processo Administrativo, nos termos do artigo 32 da Lei n. 8.884/94.

De forma muito sucinta, poder-se-ia dizer que enquanto a Averiguação Preliminar depende da análise de *atos* (e busca colher elementos sobre a existência ou não da conduta), o Processo Administrativo já partiria da presunção de que a conduta ocorreu, mas é necessário proceder a uma análise de *direito*, para verificar sua licitude ou ilicitude. Na prática, no entanto, observa-se que essa fronteira não tem sido observada de forma estrita.

De qualquer maneira, reconhece-se que o Processo Administrativo deve sempre obedecer às regras do contraditório e da ampla defesa – nos termos da Lei n. 8.884/94 e, subsidiariamente às regras da Lei de Processo Administrativo (Lei n. 9.784/99) e ao Código de Processo Civil –, enquanto a Averiguação Preliminar guarda certa informalidade e permite à SDE colher dados e informações para buscar formar sua convicção quanto à existência de elementos que fortemente indiquem uma prática ilícita.

Em termos de procedimento, ao final de uma Averiguação Preliminar a SDE poderá optar entre instaurar um Processo Administrativo, se entender que existem fortes indícios de uma prática anticompetitiva, garantindo-se então, nessa fase, o pleno contraditório e ampla defesa. Por outro lado, se ao fim da Averiguação Preliminar a SDE entender que não há fortes indícios de que houve uma conduta anticoncorrencial, deve a SDE arquivar a Averiguação e recorrer de ofício ao CADE, para que ele dê sua decisão final sobre o caso. Assim, ao receber uma Averiguação arquivada, pode o CADE confirmar seu arquivamento ou determinar que o processo volte à SDE para que esta dê continuidade à investigação.

No que tange ao Processo Administrativo, garantidos o contraditório e a

ampla defesa aos representados³³, a SDE elabora um parecer técnico não-vinculativo que é encaminhado ao CADE, sugerindo a condenação dos representados ou o arquivamento do caso. Após a emissão de parecer técnico por parte da Procuradoria Geral do CADE e do Ministério Público Federal que oficia junto ao CADE, o Plenário do Conselho toma uma decisão administrativa final, determinando, se cabível, a penalidade a ser aplicada às partes envolvidas.

No tocante às investigações, merece destaque a intensificação da investigação de cartéis em diversas jurisdições por meio da utilização de métodos próximos aos “policiais”. Dentre eles, as autoridades da União Europeia³⁴, do Reino Unido³⁵ e dos Estados Unidos, bem como a SDE³⁶, têm intensificado a utilização de procedimentos de coleta de dados e informações diretamente junto às partes investigadas. A lei garante às autoridades, nesses casos específicos, a possibilidade de (i) solicitar informações e documentos de pessoas que estejam, mesmo que supostamente, envolvidas em algum acordo dessa natureza; e (ii) efetuar operações de busca, mediante a expedição de mandado prévio – usualmente mediante ordem judicial, mas sem o consentimento dos investigados –, de modo a obter documentos e provas da existência de um acordo.

Além disso, é imprescindível destacar a importância dos acordos de leniência nas investigações de cartéis, instrumento esse usado em diversas jurisdições, inclusive no Brasil. Trata-se de uma espécie de delação premiada, por meio da qual é garantido àquele membro do cartel que denuncie a sua existência algum tipo de benefício na investigação – seja a redução ou isenção total da penalidade aplicável³⁷. Esses acordos representam uma oportunidade de uma empresa cessar uma prática ilegal sem incorrer em quaisquer penalidades ou tê-las sobremaneira reduzidas. Na prática, os Acordos de Leniência têm sido considerados como um fator de desestabilização do cartel, na medida em que criam incentivos para empresas eliminarem seu risco de punição.

Finalmente, merece destaque a alteração à Lei n. 8.884/94 trazida pela Lei n. 11.482/2007, referente à admissibilidade do chamado “Compromisso de Cessação de Prática” em investigações de cartéis. A possibilidade de celebração de acordos representa benefícios para todas as partes envolvidas em investigações de cartéis: para as empresas ou pessoas investigadas, o Processo Administrativo é suspenso imediatamente; para as autoridades, a prática supostamente anticompetitiva é cessada sem a necessidade de despendar mais recursos públicos significativos com a investigação do caso, com isso contribuindo para a efetividade da política de defesa da concorrência.

A Lei n. 11.482/2007 determina que o acordo é admissível apenas se a proposta é feita pelos Representados antes de uma decisão final do CADE acerca do processo e mediante o pagamento de uma contribuição que não pode ser inferior ao valor mínimo das multas previstas na Lei n. 8.884/94. A Resolução

CADE n. 46/2007, que regulamenta as disposições da lei acima mencionada, muito embora não determine os critérios para o cálculo dessas contribuições, determina que os Representados devem fazer uma proposta contendo o valor da contribuição a ser recolhido, ficando a critério do CADE, no contexto da negociação, determinar o valor final devido. Nesse contexto, o CADE deve levar em consideração também o momento da proposta, com o intuito de estimular os representados a apresentarem propostas de acordo o quanto antes, evitando a aplicação desnecessária de recursos em investigações que podem ser encerradas antecipadamente.

Uma outra regra imposta pelo CADE diz respeito ao fato de que a apresentação de uma proposta de acordo não importa necessariamente nem a confissão sobre o mérito nem o reconhecimento da natureza ilícita da prática investigada. Essa regra visa a estimular os representados a apresentar propostas de acordo sem afetar o resultado do processo na hipótese de o acordo não ser celebrado. Caso os acordos sejam propostos em relação a investigações nas quais tenha sido celebrado um acordo de leniência, a confissão da prática é obrigatória; no que diz respeito a outros casos, fica a critério do CADE determinar se a confissão será exigida. De qualquer forma, a Resolução determina que é permitido ao Representado apresentar a proposta de acordo apenas uma vez.

3.5 Sanções

O art. 23 da Lei n. 8.884/94 determina as seguintes penalidades pecuniárias para as infrações da ordem econômica:

Art. 23. A prática de infração da ordem econômica sujeita os responsáveis às seguintes penas:

I – no caso de empresa, multa de um a trinta por cento do valor do faturamento bruto no seu último exercício, excluídos os impostos, a qual nunca será inferior à vantagem auferida, quando quantificável;

II – no caso de administrador, direta ou indiretamente responsável pela infração cometida por empresa, multa de dez a cinquenta por cento do valor daquela aplicável à empresa, de responsabilidade pessoal e exclusiva ao administrador.

III – no caso das demais pessoas físicas ou jurídicas de direito público ou privado, bem como quaisquer associações de entidades ou pessoas constituídas de fato ou de direito, ainda que temporariamente,

com ou sem personalidade jurídica, que não exerçam atividade empresarial, não sendo possível utilizar-se o critério do valor do faturamento bruto, a multa será de 6.000 (seis mil) a 6.000.000 (seis milhões) de Unidades Fiscais de Referência (Ufir), ou padrão superveniente.

Parágrafo único. Em caso de reincidência, as multas cominadas serão aplicadas em dobro.

Não há nenhuma fórmula para o cálculo das multas administrativas a serem aplicadas às empresas por infrações contra a ordem econômica. O único dispositivo legal que trata do assunto é o art. 27 da Lei n. 8.884/94, que estabelece que os seguintes elementos devem ser considerados quando da imposição da sanção administrativa: a gravidade da infração, a boa-fé do infrator; a vantagem auferida ou pretendida; a situação econômica do infrator; a reincidência; a consumação da violação e a ocorrência de prejuízos à concorrência, à economia nacional, aos consumidores ou a terceiros. Na prática, observa-se que as multas aplicadas em casos de cartéis *hard-core* tem variado entre 15-20% do faturamento das empresas condenadas, ainda que haja casos em que multas da ordem de 8% tenham sido aplicadas.

3.6 Conclusão

Como visto, presentes condições favoráveis para tanto, é natural que os agentes em um mercado tendam a cooperar entre si com o objetivo de maximizar seus lucros, em detrimento do bem-estar dos consumidores. Em países em desenvolvimento, como o Brasil, os cartéis são até mesmo mais danosos, e devem, sem dúvida, ser considerados a mais grave das condutas anticompetitivas. Exatamente por essa razão os cartéis têm sido foco da atuação das autoridades nas mais diversas jurisdições, e, mais recentemente, no Brasil³⁸.

Este artigo buscou, de forma bastante sintética, apresentar um panorama atual da questão dos cartéis em face da literatura especializada e da jurisprudência administrativa. Considerando-se que a história institucional da defesa da concorrência no Brasil é bastante recente, e a persecução aos cartéis somente ganhou o destaque necessário no início desta década, é inegável que o Brasil ainda tem um longo caminho a percorrer no que diz respeito ao direito antitruste, por mais que os ganhos já sejam claramente visíveis.

REFERÊNCIAS

APESTEGUIA, Jose, DUFWENBERG, Martin e SELTEN, Reinhard. **Blowing The Whistle**. Disponível em: <<http://ssrn.com/abstract=473283>, 2003>. Acesso em 29/1/2008.

BECKER, Gary. **Crime and Punishment: An Economic Approach** in Journal of Political Economy. The University of Chicago Press, 1968, v. 76, n. 3, p. 169-217. Disponível em: <[http://links.jstor.org/sici?sici=0022-3808\(196803/04\)76:2%3C169:CAPAEA%3E2.0.CO;2-I](http://links.jstor.org/sici?sici=0022-3808(196803/04)76:2%3C169:CAPAEA%3E2.0.CO;2-I)>. Acesso em 29/1/2008.

BERARDO, JCM, EXPOSTO JR., MAJ, ROSENBERG, B (org.). **Cartéis: Investigação e Repressão**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2005 (apostila elaborada para o curso de Direito Econômico e Regulatório da FGV/RJ, sob coordenação de Luis Fernando Schuartz).

CARLTON, Denis e PERLOFF, Jeffrey. **Modern Industrial Organization**. Addison-Wesley Longman, capítulo 5, 3. ed., 2000.

FAGUNDES, Jorge. **Fundamentos Econômicos das Políticas de Defesa da Concorrência: eficiência econômica e distribuição de renda em análises antitruste**. São Paulo: Singular, 2003.

FORGIONI, Paula A. **Os Fundamentos do Antitruste**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

FRANCESCHINI, José Inácio. **Direito da Concorrência Case Law**. São Paulo: Singular, 2000.

GICO JR., Ivo Teixeira. **Cartel – Teoria Unificada da Colusão**. São Paulo: Lex Editora, 2006.

HOVENKAMP, Herbert. **Federal antitrust policy: the law of competition and its practice**. St. Paul: West Group, Capítulos 4 e 5.6, 1999.

KAPLOW, Louis e SHAPIRO, Carl. **Antitrust**. National Bureau of Economic Research Working Paper 12867 (jan./2007). Disponível em: <<http://www.nber.org/papers/w12867>>. Acesso em 29/1/2008.

KOVACIC, William. **The identification and proof of horizontal agreements under the antitrust laws in Antitrust Bulletin**. v. 38, n. 1 (1993).

MELLO, Maria Thereza e POSSAS, Mário L. Direito e Economia na análise de condutas anticompetitivas. *In*: POSSAS, Mário L. (org.). **Ensaios sobre Economia**

e **Direito da Concorrência**. São Paulo: Singular, 2002.

MOTTA, Massimo. **Competition Policy – Theory and Practice**. New York: Cambridge University Press, 2004.

OLIVEIRA, Gesner e RODAS, João Grandino. **Direito e Economia da Concorrência**. São Paulo: Renovar, 2004.

PEPALL, Lynne, RICHARDS, Daniel J. e NORMAN, George. **Industrial Organization: Contemporary Theory and Practice**. South-Western Educational Publishing, Capítulo 7, 1. ed., 1998.

SALOMÃO FILHO, Calixto. **Direito Concorrencial: as condutas**. São Paulo: Malheiros, 2003.

_____. Apontamentos para Formulação de uma Teoria Jurídica dos Cartéis. *In: Revista de Direito Mercantil*, São Paulo, vol. 121, 2001, p 18-29.

SCHUARTZ, Luis Fernando. Ilícito antitruste e acordos entre concorrentes. *In: POSSAS, Mário L. (org.). Ensaio sobre Economia e Direito da Concorrência*. São Paulo: Singular, 2002.

TIROLE, Jean et al. **The Economics of Tacit Collusion**, IDEI Working Paper, n. 186, Relatório para a Diretoria Geral de Concorrência da Comissão Européia (2003). Disponível em: <http://idei.fr/doc/wp/2003/tacit_collusion.pdf>. Acesso em 29/1/2008.

WHISH, Richard. **Competition Law**. Londres: Lexis Nexis UK, 5. ed., 2003.

1 Este artigo foi inspirado e aproveita trechos de apostila preparada pelos autores para o curso de Direito Econômico e Regulatório da Fundação Getúlio Vargas/Rio de Janeiro (BERARDO, EXPOSTO JR. e ROSENBERG [org.], 2005).

2 A Lei n. 1.521, de 26 de dezembro de 1951, embora já revogada, previa que: “Serão punidos, na forma desta Lei, os crimes e as contravenções contra a economia popular”. Nesse sentido, dispõe seu art. 3º: “São também crimes desta natureza: (...) III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transportes ou comércio; (...)”. No mesmo sentido, o Decreto-Lei n. 869, de dezembro de 1938, dispunha: “Art. 1º Serão punidos na forma desta lei os crimes contra a economia popular, sua guarda e seu emprego. Art. 2º São crimes dessa

natureza: (...) III – promover ou participar de consórcio, convênio, ajuste, aliança ou fusão de capitais, com o fim de impedir ou dificultar, para o efeito de aumento arbitrário de lucros, a concorrência em matéria de produção, transporte ou comércio; (...) VIII – exercer funções de direção, administração ou gerência de mais de uma empresa ou sociedade do mesmo ramo de indústria ou comércio com o fim de impedir ou dificultar a concorrência”.

3 Composto pela Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça (SDE/MJ), pela Secretaria de Acompanhamento Econômico do Ministério da Fazenda (SEAE/MF) – que têm poderes instrutórios – e pelo Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) – autarquia com poder judicante em matéria de defesa da concorrência.

4 *Vide*, por exemplo, Schuartz, 2002, Salomão Filho, 2003 e Gico Jr., 2003.

5 A mesma conclusão é válida quando se pensa na concorrência entre os consumidores de um determinado produto, como se poderia pensar no caso de um oligopsônio ou monopsônio.

6 “Com efeito, passou-se a denominar simplesmente de ‘concorrência’ a qualquer situação ou configuração de mercado em que a quantidade ofertada é maximizada, os preços são iguais aos custos marginais, e os demandantes têm liberdade para tomar decisões de consumo de acordo com as próprias preferências (e as próprias restrições orçamentárias)” (SCHUARTZ, 2002, p. 102).

7 Para uma explicação mais detalhada sobre esse tema, *vide* Hovenkamp, 1999.

8 Não cabe discutir aqui as “razões” do direito da concorrência, mas parece não ser sem motivo que o Sherman Act norte-americano, datado de 1890 (a mais antiga lei antitruste do mundo contemporâneo), veda os acordos que restrinjam o comércio: “§1. Trusts, etc., in restraint of trade illegal; penalty. Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.” (grifos nossos) No mesmo sentido, a lei canadense de 1889 é tão ou mais expressa: “Canada’s first competition law, enacted in 1889, made it a criminal offence for a person to unduly prevent or lessen competition by conspiracy, combination, agreement or arrangement.” Competition Act and Commentary. Stikeman Elliot. Canadá: Butterworths, 2005.

9 Ainda que essa transferência de renda seja neutra da perspectiva econômica, em regra ela é tida como um efeito negativo associado ao monopólio e aos cartéis.

10 No original: “In any market, firms have an incentive to coordinate their production and pricing activities to increase their collective and individual profits by restricting market output and raising market price. An association of firms that

explicitly agrees to coordinate its activities is called a cartel. A cartel that includes all firms in a market is in effect a monopoly, and the member firms share the monopoly profits” (CARLTON e PERLOFF, 2000, p. 121).

11 No mesmo sentido, Resolução CADE n. 20/99: “1. Cartéis: acordos explícitos ou tácitos entre concorrentes do mesmo mercado, envolvendo parte substancial do mercado relevante, em torno de itens como preços, quotas de produção e distribuição e divisão territorial, na tentativa de aumentar preços e lucros conjuntamente para níveis mais próximos dos de monopólio”.

12 A Suprema Corte dos Estados Unidos observou que os cartéis são o “*supreme evil of antitrust*” (Verizon Communications v. Law Offices of Curtis V. Trinko, 540 U.S. 398, 408 – 2004). Na Europa, a situação é similar: um oficial da Comissão Européia apontou, em uma oportunidade: “*cartels are cancers on the open market economy, which forms the very basis of our Community*” (discurso do Comissário Mario Monti intitulado *Fighting Cartels Why and How? Why should we be concerned with cartels and collusive behaviour?* feito em Estocolmo, setembro de 2000).

13 Voto do Cons. Relator no Processo Administrativo n. 08012.002127/02-14, Representante: Secretaria de Direito Econômico *ex officio*, Representados: Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo – SINDIPEDRAS e outros. Relator: Cons. Luiz Carlos Delorme Prado, p. 7, notas omitidas.

14 Vale notar que, em algumas situações bastante específicas, certas jurisdições dão imunidade antitruste a acordos realizados entre concorrentes em determinados setores da economia (*e.g.*, acordos entre agricultores no Canadá), por entender que a atuação conjunta seria uma forma eficiente de elevar o poder de barganha desses agricultores junto às indústrias de processamento. No Brasil, inexistente uma “imunidade” antitruste prevista na Lei n. 8.884/94 e, na prática, o CADE jamais deixou de condenar uma conduta de cartel sob a alegação que essa conduta seria eficiente.

15 O artigo 21, I, II, III e VIII da Lei n. 8.884/94 lista, exemplificativamente, práticas consideradas anticompetitivas, pois, no limite, essas práticas configurariam o chamado cartel.

16 O caso do cartel das lisinas é o exemplo emblemático de um cartel por quantidade, muito embora também tratasse da fixação de preço em determinadas circunstâncias. *Vide* decisão da Comissão Européia no caso COMP/36.545, disponível em: http://europa.eu.int/comm/competition/antitrust/cases/index/by_nr_73.html#i36_54 Acesso em 29.1.2008.

17 O caso dos produtores de laranja é normalmente citado como referência sobre esse assunto: os citricultores passaram a ter prejuízos constantes em face do poder de barganha do duopsônio que existia na compra das laranjas. Dessa forma, decidiram unir-se em uma associação para mitigar as perdas impostas pelo duopsônio. Diz-se, desse caso, que o cartel dos citricultores serviu para aumentar a “eficiência alocativa”, no sentido de que produziu efeitos líquidos positivos sobre o bem-estar social. O CADE, e em especial o voto-vista do Conselheiro Paulo Furquim de Azevedo, discutiu essa questão a fundo nos autos do Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33 (Representante CIEFAS – Comitê de Integração de Entidades Fechadas de Assistência à Saúde. Representada: Coopanest/BA – Cooperativa dos Médicos Anestesiologistas da Bahia e outra), Conselheiro Relator Roberto Augustos Castellanos Pfeiffer, julgado em 30.8.2006.

18 Cf. documento preparado pelas autoridades de defesa da concorrência dos Estados Unidos, o chamado *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, disponível em <http://www.ftc.gov/os/2000/04/ftcdojguidelines.pdf>.

19 Nesse sentido, *vide* Rosenberg e Berardo, 2006.

20 Poder de mercado (ou, da mesma forma, posição dominante) deve ser entendido como a capacidade de uma empresa ou de um conjunto de empresas “aumentar os preços (ou reduzir quantidades), diminuir a qualidade ou a variedade dos produtos ou serviços, ou ainda, reduzir o ritmo de inovações com relação aos níveis que vigorariam sob condições de concorrência irrestrita, por um período razoável de tempo”, de forma unilateral e lucrativa. Cf. o Guia para Análise Econômica de Atos de Concentração Horizontal, expedido pela Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 50, de 1^a de agosto de 2001.

21 Sobre esse tópico *vide* Carlton e Perloff, 2000, p. 126 e s. *Vide* também Pepall, Richards e Norman, 1998, p. 383 e s.

22 Voto do Conselheiro Ruy Santacruz no Processo Administrativo n. 08012.015337/97-48.

23 *Vide*, por exemplo, Mello e Possas, 2002, p. 145. No mesmo sentido, Salomão Filho, 2003, p. 99 e s., especialmente p. 101, e Forgioni, 1998, p. 137 e s.

24 *Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*, p. 3-4. No original: “Two types of analysis are used by the Supreme Court to determine the lawfulness of an agreement among competitors: per se and rule of reason. Certain types of agreements are so likely to harm competition and to have no significant procompetitive benefit that they do not warrant the time and expense required for particularized inquiry into their effects. Once identified, such agreements are challenged as per se unlawful. All other agreements are evaluated under the rule of reason, which involves a factual inquiry into an

agreement's overall competitive effect. As the Supreme Court has explained, rule of reason analysis entails a flexible inquiry and varies in focus and detail depending on the nature of the agreement and market circumstances. (...)

Agreements Challenged as Per Se Illegal. Agreements of a type that always or almost always tends to raise price or to reduce output are per se illegal. The Agencies challenge such agreements, once identified, as per se illegal. Types of agreements that have been held per se illegal include agreements among competitors to fix prices or output, rig bids, or share or divide markets by allocating customers, suppliers, territories, or lines of commerce. The courts conclusively presume such agreements, once identified, to be illegal, without inquiring into their claimed business purposes, anticompetitive harms, procompetitive benefits, or overall competitive effects. (...)

Agreements Analyzed under the Rule of Reason. Agreements not challenged as per se illegal are analyzed under the rule of reason to determine their overall competitive effect. These include agreements of a type that otherwise might be considered per se illegal, provided they are reasonably related to, and reasonably necessary to achieve procompetitive benefits from, an efficiency-enhancing integration of economic activity.

Rule of reason analysis focuses on the state of competition with, as compared to without, the relevant agreement. The central question is whether the relevant agreement likely harms competition by increasing the ability or incentive profitably to raise price above or reduce output, quality, service, or innovation below what likely would prevail in the absence of the relevant agreement". (Notas omitidas, grifos no original)

25 Trecho extraído do voto do Conselheiro Relator no Processo Administrativo n. 08012.002127/02-14, Representante: Secretaria de Direito Econômico *ex officio*. Representados: Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo – SINDIPEDRAS e outros. Relator: Cons. Luiz Carlos Delorme Prado, p. 9, grifado. Na mesma direção, Mello e Possas, 2000, p. 145, grifos no original: “A descrição genérica implica a necessidade de análise econômica para identificar se e como se verificam alguns desses efeitos num caso concreto. Por essa razão, pode-se afirmar que na lei não existem condutas típicas que possam ser consideradas como ilícitas *per se*”. Além disso, cf. Resolução CADE n. 20/99.

26 As atuais disposições da Resolução n. 20/1999, aliás, permitem que se questione a legalidade desse tipo de análise, porque determinam, expressamente, que o órgão proceda à análise dos efeitos da conduta.

27 Uma discussão relevante sobre esse tópico pode ser analisada da comparação dos diversos votos-vista no já mencionado Processo Administrativo n. 08012.007042/2001-33.

28 Vide o que expõe a OCDE e o Banco Mundial no relatório intitulado A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy. (1998). Disponível em http://www.oecd.org/document/24/0,3343,en_2649_33725_1916760_1_1_1_1,00.h pp. 28 e ss. Acesso em 06.02.2008.

29 Embora seja um pouco distinto e, de certa maneira, mais restritivo quanto às condições necessárias para a condenação de um cartel, a título de ilustração cabe transcrever o que esclarece a Secretaria de Direito Econômico do Ministério da Justiça: “A característica básica de um cartel é a existência de acordo entre concorrentes, seja para fixar preços, margens de lucro, de descontos ou de qualquer outra conduta comercial. Um indicio da existência de cartel em um mercado é o alinhamento de preços, que ocorre quando um grande percentual dos concorrentes de um determinado mercado oferece o mesmo produto com preços iguais ou bastante próximos. Outro fato que pode indicar a existência de cartel são os aumentos simultâneos ou a confluência de preços em determinada data, ou seja, quando os concorrentes aumentam os preços simultaneamente ou passam a praticar preços iguais ou muito próximos. (...) Para que haja cartel – e para que um processo sobre cartelização resulte efetivamente em punição para os envolvidos – é preciso provar que houve um acordo entre os concorrentes, seja por meio de depoimentos, seja com atas de reunião e transcrições telefônicas que comprovem o acordo. Análises econômicas, como o alinhamento e a confluência de preços, não são suficientes para provar a existência de um cartel, mas indicam que pode existir uma combinação direta de preços entre os concorrentes – especialmente se o número de concorrentes é grande e o percentual de supostos envolvidos no cartel é alto. Estes fatores também podem indicar a ocorrência de uma “prática facilitadora”, especialmente se as margens de revenda verificadas no mercado em questão forem consideradas excessivamente altas, em comparação com outros mercados, e se os preços praticados pelas distribuidoras apresentarem maior variação do que os preços praticados pelos postos. Para que exista cartel também é necessário que o acordo entre as empresas influencie os preços do mercado em questão.” (disponível em <http://www.mj.gov.br/concorrenca/cartel.htm>. Acesso em outubro/2005, grifado).

30 Vide, por exemplo, a decisão do CADE no caso das companhias aéreas, Processo Administrativo n. 08012.000677/99-70.

31 Cf. Processo Administrativo n. 08012.002299/2000-18 (Representados: Sindicato do Comércio Varejista de Combustíveis Minerais de Florianópolis e outros. Representante: Ministério Público do Estado de Santa Catarina. Relator: Cons. Afonso Arinos), Processo Administrativo n. 08012.004712/2000-89 (Representado: Sindicato do Comércio Varejista de Derivados de Petróleo do

Estado de Goiás – Sindiposto/GO e o seu presidente. Representante: Secretaria de Direito Econômico *ex officio*. Relator: Cons. Roberto Pfeiffer) e Processo Administrativo n. 08012.002127/02-14 (Representante: Secretaria de Direito Econômico *ex officio*. Representados: Sindicato da Indústria de Mineração de Pedra Britada do Estado de São Paulo – SINDIPEDRAS e outros. Relator: Cons. Luiz Carlos Delorme Prado). Além desses, são recorrentes as condenações de associações de classe do tipo Unimed, que impõe tabelas de preços aos seus associados.

32 Ainda que algum debate possa existir quanto à validade de uma denúncia anônima, na prática a SDE tem aceito dar prosseguimento a representações oriundas de denúncias anônimas desde que verossímeis e respaldadas em elementos adicionais que, no entender das autoridades, a tornem robusta.

33 O Processo Administrativo no CADE segue um curso bastante semelhante àquele previsto no Código de Processo Civil (CPC), na medida em que a autoridade instaura o Processo, abre prazo para defesa, contando-se o prazo com base nas mesmas regras previstas no CPC, a autoridade então faz o saneamento do processo e inicia a fase de instrução, seguindo aqui também as regras do CPC quanto à produção de provas, perícia, oitiva de testemunhas etc. Ao final, a SDE encerra a instrução e, antes de apresentar seu Parecer, dá ao(s) representado(s) a oportunidade de apresentar alegações finais. Quanto ao procedimento, *vide* Portaria MJ n. 4/2006. A Lei 8.884/94 prevê a possibilidade de, durante a instrução, a SDE requerer à SEAE a emissão de um parecer sobre a matéria objeto da investigação. Sobre a instrução conjunta, *vide* também a Portaria Conjunta SEAE/SDE n. 33/2006.

34 *Vide* Artigo 20 do Council Regulation (EC) n. 1/2003 on the implementation of the rules on competition laid down in Articles 81 and 82 of the Treaty, de 16 de dezembro de 2002.

35 “This power [to enter premises] permits forcible entry into and a search of the premises; explanations of documents may be required and the OFT can require that information stored in an electronic form can be taken away in a visible and legible form. The OFT’s officers may also remove physical material. Privileged information cannot be insisted upon” (WHISH, 2003, p. 391).

36 *Vide* Artigo 35-A da Lei n. 8.884/94. Nos termos da Lei, o mandado de busca e apreensão depende de autorização judicial, a qual deve ser requerida pela SDE, por meio da Advocacia Geral da União. A Lei garante também à SDE a possibilidade de fazer inspeções à sede de empresas investigadas, inclusive para colher dados, informações e documentos, desde que mediante envio de notificação à empresa com pelo menos 24 horas de antecedência.

37 *Vide* Artigo 35-B da Lei n. 8.884/94. Nos termos da Lei, algumas condições

têm que ser satisfeitas para que um interessado possa celebrar o acordo de leniência, tais como: o interessado deve ser o primeiro a se apresentar à SDE, confessar a prática do cartel, cessar a prática, identificar os demais participantes, colaborar efetivamente com as investigações, apresentar informações e documentos que comprovem a infração. Se o Acordo de Leniência for cumprido, (i) a punibilidade administrativa resultará (a) integralmente extinta se a proposta do acordo tiver sido apresentada à SDE quando ela não tinha nenhum conhecimento sobre a existência do ilícito (art. 35-B, § 4º, I); (b) reduzida de um a dois terços, se a SDE já tivesse iniciado a investigação quando da apresentação da proposta (art. 35-B, § 4º, II); (ii) será extinta a punibilidade penal dos crimes contra a ordem econômica prevista na Lei n. 8.137/91.

38 Vale destacar trecho do discurso de um dos oficiais da autoridade de defesa da concorrência dos Estados Unidos: “Especially for countries that have taken up antitrust enforcement relatively recently, there can be no sounder way to develop a strong competition culture than to place primary emphasis on cartel enforcement. Consumers will benefit. Businesses that rely upon commodity inputs will benefit. Taxpayers and governments will benefit when bid-rigging is curtailed. And unlike other more subtle or controversial areas of competition law, there is no danger here that government intervention might have anti-competitive effects”. (vide <http://www.usdoj.gov/atr/public/speeches/206428.htm>).

4 TUTELA PENAL DA ORDEM ECONÔMICA NO DIREITO BRASILEIRO: COMPARAÇÃO ENTRE AS LEIS N. 8.137/90 E 8.884/94

Leonardo Sica

*Professor do programa de especialização e educação continuada em Direito
GVlaw; mestre e doutor em Direito Penal pela Universidade de São Paulo;
advogado criminal.*

4.1 Panorama

O crescimento visível e irrefletido do chamado direito penal econômico trouxe consigo uma série de implicações teóricas e práticas que refletem um problema de “definição de papéis”, que, aqui, pode ser sublinhado em dois níveis: na política criminal (demarcação das fronteiras da penalidade) e na intervenção do poder público no mercado (maior ou menor controle público dos riscos econômicos).

Quanto à utilização crescente do direito penal, a questão remete à antiga discussão sobre necessidade e eficiência da sanção penal. No caso deste estudo, como meio para garantir a manutenção da ordem econômica. Assim, de início, importa saber se a ordem econômica comporta bens jurídicos carentes de tutela penal e, concomitantemente, se o sistema penal oferece a resposta mais adequada à violação desses bens.

A Constituição Federal vigente dedica um título (VII) exclusivo à ordem econômica e financeira, destacando-a da ordem social, ao contrário de cartas anteriores (Constituições de 1934 até 1967, salvo a de 1937) que referiam-se à “ordem econômica e social”. O texto atual, portanto, confere forte carga ideológica à expressão, indicativa da ocorrência de importantes transformações no campo das relações econômicas, dentre as quais, para Eros Grau (1990, p. 68), está a atribuição do caráter social ao capitalismo.

O conceito de ordem econômica é polissêmico e confunde-se com o de ordem jurídica. Em primeira análise, a expressão *ordem econômica* traduz a realidade da vida econômica, segundo Max Weber (*apud* GRAU, 1990, p. 63)

“esfera dos acontecimento reais” seria um “termo de conceito de fato, para conotar o modo de ser empírico de determinada economia concreta” (WEBER *apud* GRAU, 1990, p. 70). Nesse sentido, *ordem econômica* é um conceito encontrado no mundo do ser. Porém, os preceitos de ordem econômica contidos na Constituição não revelam isso, já que, ao traçar diretrizes, incluem-se no mundo do dever-ser. Aqui nos deparamos com outro sentido de *ordem econômica*, qual seja, “expressão que designa o conjunto de todas as normas (ou regras de conduta), que respeitam à regulação do comportamento dos sujeitos econômicos” ou, simplesmente “ordem jurídica da economia” (WEBER *apud* GRAU, 1990, p. 69).

Simplificando os conceitos, considera-se “ordem econômica o conjunto de princípios e instituições harmoniosamente dispostos no sentido da satisfação das necessidades individuais e coletivas” (SOUZA, 1994, p. 183).

Das noções brevemente expostas, pode-se concluir que o conceito de *ordem econômica* é composto por princípios e diretrizes e, como a economia não possui meios (coercitivos) para implementar estas, ocorre que a Ordem Econômica, portanto, não impõe os seus princípios à prática dos atos capazes de garanti-la. Indica-os, e a sua efetivação depende de sua adoção, mas não oferece a “força impositiva” que só a norma jurídica possui (SOUZA, 1994, p. 141).

Ou seja, a ordem jurídica fornece as normas de conduta que determinam quando e como os fatos econômicos são postos em prática na sociedade organizada, garantindo-lhes harmonia. Desse modo, parece mais adequada a formulação de Eros Grau (1990, p. 72), de ser a ordem econômica parcela da ordem jurídica. Logo, atos praticados contra a ordem econômica são ofensivos à ordem jurídica.

Como parcela da ordem jurídica, a ordem econômica fundamenta-se em determinados valores e visa determinados fins – prescritos na Constituição –, sendo a intervenção estatal justificável para proteger esses valores e (tentar) alcançar aqueles fins. Logo, a ordem jurídica, disciplinando a ordem econômica, assume condição ideológica, quando consignada no texto constitucional (SOUZA, 1994, p. 145). E, para constatarmos qual a necessidade da intervenção penal na economia (âmbito de incidência do Direito Penal Econômico), é vital identificarmos esses elementos característicos de nossa ordem econômica.

Está assentado na doutrina que a Constituição de 1988 é uma constituição dirigente, enunciando uma série de diretrizes e fins visando a implementação de uma ordem econômica definida. A leitura do artigo 170 deixa esta afirmação evidente:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho

humana e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

I – soberania nacional; II – propriedade privada; III – função social da propriedade; IV – livre concorrência; V – defesa do consumidor; VI – defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII – redução das desigualdades sociais e regionais; VIII – busca do pleno emprego; IX – tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as Leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país.

Despontam, assim, os valores em que se funda a ordem econômica: livre iniciativa, controle do abuso econômico (redução das desigualdades), valorização do trabalho e da economia popular; conjunto axiológico que, na essência, visa assegurar a todos existência digna, conforme os ditames de justiça social (SILVA, 1996, p. 720).

Embora a fixação do marco constitucional seja imprescindível, considero-o insuficiente em face das profundas alterações contextuais ocorridas nas últimas duas ou três décadas. Para compreender a configuração do controle da ordem econômica na atualidade é indispensável relacionar três fatores que, enfim, compõem o panorama que pretendo desenhar: (i) a sociedade pós-industrial ou de risco; (ii) a globalização econômica e (iii) a expansão do direito penal.

Neste espaço não há como aprofundar a análise sobre quaisquer desses fatores, por isso limito-me a indicar os desdobramentos de cada um para nosso tema.

A sociedade contemporânea, qualificada como “de risco” ou “pós-industrial”, desenvolve-se a partir da *crise do modelo do Estado do bem-estar* e caracteriza-se pela abrupta *aceleração das condições de vida*. Quanto à perda de capacidade Estatal para promover o bem-estar, importa anotar que o direito penal moderno incorporou essa função (ou discurso), tornando-se o veículo (simbólico) mais importante de recuperação dessa função estatal.

Outro traço da sociedade de risco é a *sensação geral de insegurança*. A insegurança propaga-se nas diversas esferas do convívio social e decorre, precipuamente, da volatilidade das relações sociais e econômicas e do fato que boa parte das ameaças ao cidadão provêm de decisões que outros adotam no manejo de tecnologias. Isso impõe a todos uma percepção de impotência, pois, isoladamente, cada qual pode fazer muito pouco ou nada para assegurar seus

interesses legítimos. Os “grandes riscos” não derivam mais de atividades marginais ou clandestinas, mas de atividades estruturais (Silva-Sánchez, 2003, p. 307-333), e, ainda, são administrados por pessoas ou grupos que detêm o manejo de certas tecnologias, cada vez mais complexas e de difícil acesso (por exemplo, a Internet).

Acrescente-se ao panorama a discussão crescente sobre *bens coletivos e interesses difusos* no âmbito penal (SILVEIRA, 2003): pela primeira vez a reflexão jurídico-penal tem como objeto de estudo delitos diversos do paradigma clássico (crimes interpessoais, materializados por meio de condutas individualizadas etc.). Isto realça a crescente dependência do ser humano a realidades externas e também pode ser considerado como resultado desse quadro superficialmente exposto. Ou seja, o problema não está mais nas decisões humanas que geram os riscos, mas naquelas que os distribuem, remetendo o debate àquela questão inicial: controle público maior ou menor?

Já a globalização econômica trouxe a eliminação de restrições às transações e ampliação dos chamados livres mercados, afetando decisivamente a inquirição acima formulada. Sem formular qualquer juízo de valor, a redução da intervenção estatal em diversas áreas é efeito central da globalização, componente essencial da defesa dos livres mercados.

Nesse ponto, destaca-se o paradoxo da globalização, importante para a compreensão de nosso problema: a diminuição do poder de intervenção estatal em diversas áreas – e a perda da capacidade regulativa do direito em geral – vem compensada pelo reforço do poder punitivo. Como último reduto de monopólio do Estado, este expande-se para cobrir lacunas de direito público e suprir a impotência dos agentes políticos que, ceifados de outros meios de atuação no cenário global, recorrem ao discurso de penalização/criminalização para legitimar suas posições perante a população (eleitores). Esta, por sua vez, acuada pela insegurança, ratifica o discurso político-penal.

Os dois fatores resumidos acima formam a moldura em que se desenvolve o último daqueles relacionados ao início, a *expansão do direito penal*. Também sem tecer qualquer crítica ao fenômeno, bem dissecado por Jesus-Maria Silva-Sánchez (2002), para o presente estudo basta o registro dessa enorme transferência de atribuições para o direito penal. Com o alargamento notável das fronteiras da penalidade, esse ramo do direito transformou-se numa incrível fonte de expectativas (Hassemer, 1999, p. 317-331), pavimentando o terreno para a proliferação de leis simbólicas, dentre as quais muitas daquelas lançadas para controlar a atividade econômico-empresarial.

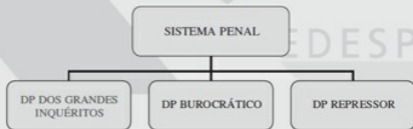
O direito penal, mercê de sua forte carga emocional, tornou-se fonte de expectativas para a solução dos grandes problemas políticos e sociais, ante o fracasso de outras esferas de controle social ou ante a própria ausência de

políticas destinadas a garantir prestações públicas essenciais à população. Paralelamente, novas formas de criminalidade, distantes da violência tradicional, deslocaram a tutela penal da proteção de bens jurídicos individuais e concretos para os bens universais e coletivos. A tendência do direito penal em controlar a fidelidade do cidadão ao ordenamento e dissuadi-lo de comportamentos desviantes faz com que as conseqüências da lei penal deixem de ter importância (como a diminuição da criminalidade), bastando a própria existência da lei como sua justificativa.

Esta expansão conferiu ao nosso sistema de justiça penal algumas características “inovadoras”: (i) na dogmática, a tradição jurídica alemã perdeu espaço para preceitos da *common law*; (ii) dispositivos de *justiça negociada* começam a ser adotados como mecanismo de vigilância sobre certas situações selecionadas, substituindo ou sobrepondo-se ao aparato de regulação extrapenal e deixando em segundo plano a função de proteção de valores ou reprovação social; e (iii) a administrativização do direito penal, que merecerá atenção pouco maior no tópico seguinte.

As conseqüências de todas essas mudanças são, por óbvio, variadas. Para localizar nosso tema nesse emaranhado de conceitos, finalizo o esboço do panorama apontando a *fragmentação do sistema penal* como conseqüência concreta mais relevante. Recorrendo ao diagnóstico de Luigi Ferrajoli¹, surgem três subsistemas, com regras de funcionamento e escopos diversos (ver quadro, item 1):

1. Fragmentação do sistema penal (Ferrajoli):



2. Renúncia à teoria do delito como teoria geral (Silva Sánchez)

3. Ciência supranacional e harmonização legislativa

4. Quebra de garantias individuais

Prof. Leonardo Sica

O subsistema em que se localiza a tutela penal da ordem econômica é o chamado “Direito Penal dos Grandes Inquéritos”, que se distingue dos demais por funcionar sobre regras peculiares (2, 3 e 4)². Trata-se de subsistema em que a intervenção penal é notadamente simbólica e acessória à tutela administrativa, por isso a expressão “grandes inquéritos”: aqui, a persecução criminal não destina-se a terminar em sentença condenatória ou absolutória, instrumentaliza-se para legitimar a manutenção de um aparato de vigilância e policiamento mais forte (quebras de sigilos, busca e apreensões e, principalmente, a obtenção de resultados rápidos apoiados na intimidação penal, como ocorre com a delação premiada e o acordo de leniência). Basta lembrar que, no histórico de combate aos cartéis, o instrumento inicial mais utilizado para a quebra dos grupos foi a busca e apreensão. Hoje, tal combate evoluiu para a criação de estímulos à deserção do cartel, preferencialmente articulados com a ameaça de pena ou de processo penal.

4.2 Administrativização do direito penal

Resumindo o diagnóstico de Alessandro Baratta (1994, p. 11-12), a

*administrativização*³ indica que cada vez mais as normas penais tornam-se acessórias às normas e às atividades do Estado e de suas instituições, sendo que essa acessoriedade faz com que os tipos penais se pareçam com normas de intervenção da administração pública e transformem-se em instrumento de gerenciamento de situações particulares, de riscos excepcionais, ou, melhor dizendo, em instrumento de resposta contingente a interesses específicos, como a tentativa de coibir o abuso de poder econômico.

Essa técnica legislativa casuística resulta no uso recorrente de “normas penais em branco”; na criminalização de condutas distantes da ofensa ao bem jurídico (crimes de mera conduta, crimes de perigo) e, enfim, num evidente caos normativo, notável pelo número de “novos crimes” que, na verdade, apenas repetem outras figuras criminais já consagradas na legislação vigente ou criminalizam o descumprimento de norma extrapenal.

A administrativização do direito penal, ou volta ao direito administrativo (MOCCIA, 1997b, p. 46-47), é consequência da orientação pan-penal que marca o panorama acima desenhado: a pena é utilizada para reforçar valores do direito privado ou administrativo. O direito penal passa a se instrumentalizar não em função da proteção do bem jurídico, e sim para reforçar, com a intimidação penal, uma disciplina preventiva já estruturada pelo direito privado ou pelo administrativo (MOCCIA, 1997a, p. 123). A legislação casuística ou de reenvio amplia indiscriminadamente a área de criminalização para a tutela de interesses difusos e para condutas distantes da ofensa ao bem jurídico, o qual perde, assim, sua função limitadora.

Sintoma clássico desse “novo” direito penal, conforme Sergio Moccia, é o *indulgenzialismo*: exasperam-se os institutos premiais (tais como o acordo de leniência) sem observar sua compatibilidade com o sistema vigente e sem enfrentar os reais problemas de persecução e julgamento. A implementação de institutos premiais incoerentes e inefetivos gera efeito colateral previsível: a “fuga” de sua aplicabilidade, por meio de leis ou práticas que recrudescem as penas ou evitam o debate processual penal, fomentando uma “justiça por amostragem” (MOCCIA, 1997b, p. 43) que, além de propagar ineficiência, favorece a desintegração social e o descrédito nas instituições de controle e regulação.

Um sintoma visível dessa constatação: o primeiro acordo de leniência realizado no Brasil para debelar cartel ocorreu em 2003 e, de lá para cá, não há notícias de maior utilização do mecanismo. Isso pode indicar que a prática de cartel é rara no cenário econômico brasileiro ou pode confirmar que institutos premiais importados sem prévia discussão interna, sem qualquer preocupação teleológica, acabam sendo aplicados por amostragem, de maneira seletiva e, por isso, tendencialmente perigosa às franquias democráticas.

4.3 A intervenção penal na ordem econômica

Basicamente, há três leis penais especiais nessa área: n. 1.521/51 (crimes contra a economia popular), 8.078/90 (Código de Defesa do Consumidor) e 8.137/90 (crimes contra a ordem tributária, econômica e relações de consumo). Além da Lei n. 7.492/86 (crimes contra o sistema financeiro), que tutela a ordem financeira, constitucionalmente situada junto a ordem econômica.

Paralelamente, a Lei n. 8.884/94, de natureza extrapenal, que transformou o CADE (Conselho Administrativo de Defesa Econômica) em autarquia, dispõe sobre a prevenção e a repressão às infrações contra a ordem econômica. Mesmo prescrevendo tutela administrativa da ordem econômica, essa lei não escapou da tendência penalizante do legislador: seu artigo 86 alterou o art. 312 do Código de Processo Penal, para incluir a “garantia da ordem econômica” como motivo autorizador da prisão preventiva, permitindo a utilização de medida cautelar excepcional com fundamento diretamente ligado ao mérito da causa, pois a conduta ameaçadora da ordem econômica está inscrita em vários tipos penais.

Para descrever a relação entre as leis penais citadas, não ocorre outra palavra, senão confusão. Quanto às mais recentes – 8.137/90 e 8.078/90 – ambas versam sobre a mesma matéria, tipificando ora condutas semelhantes, ora diversas. Porém, em atenção aos princípios gerais de direito, é razoável afirmar que a Lei n. 8.137/90 revogou o Código de Defesa do Consumidor em sua parte criminal e da Lei n. 1.521/51 remanescem alguns dispositivos em vigor, pois não houve lei posterior a modificá-los.

A regulação da ordem econômica, especificamente construída a partir dos ditames da atual Constituição Federal, foi desenhada na década de noventa, com a edição de duas leis (8.137/90 e 8.884/94), que têm como denominador comum a “prevenção e repressão às infrações contra a ordem econômica”. Ambas sancionam, em suma, o abuso de poder econômico ofensivo (de forma potencial ou real) à livre iniciativa e à economia popular.

A ênfase da legislação é a repressão dos cartéis e práticas congêneres – tais como monopólios, *dumping*, venda casada etc. – comportamentos concertados, orquestrados e lesivos à livre iniciativa e/ou aos interesses dos consumidores. Tais comportamentos assumem caráter problemático – e relevância penal – a partir do momento em que afetam o bem-estar de economia ou dos consumidores.

Nesse sentido, o processo de concentração de capitais, também derivado da globalização, favoreceu o surgimento de maiores demandas de controle na

área de cartel. E, como visto no panorama do primeiro tópico, “maiores demandas de controle” significa “maiores demandas criminais”. Porém, também é verdade que desde o *Sherman Act*, de 1890, consolidou-se que a melhor maneira de regular essa sensível área seria por meio de um misto de esferas administrativa e penal.

Para nossa realidade, numa perspectiva criminológica, os cartéis estão situados nas “grandes manchas de neocriminalização” (DIAS e COSTA ANDRADE, 1997, p. 437) e, curiosamente, também nas chamadas “faixas de invulnerabilidade”. São “ilegalismos privilegiados” (ACOSTA): práticas contrárias ao ordenamento jurídico e disseminadas no meio socioeconômico, mas que, devido a fatores que não há espaço para discorrer aqui, são toleradas e pouco controladas.

O CADE, criado pela Lei n. 4.137/62, foi transformado em autarquia federal pela Lei n.8.884/94, funcionando junto à Secretaria de Direito Econômico, que lhe dá suporte administrativo e pessoal. É um órgão colegiado. Dentre suas atribuições destacam-se: verificar se há real motivo para instauração de processo administrativo destinado a apurar e reprimir os abusos de poder econômico, decidir sobre a existência do abuso e ordenar as providências necessárias à sua cessação, requerer ao Poder Judiciário a execução de suas decisões, cominar multa aos infratores, propor a intervenção e desapropriação de empresas, do seu acervo, ações ou quotas, determinar à Procuradoria do CADE a adoção de providências administrativas e judiciais (STOCO, 1995, p. 217).

Suas decisões têm caráter administrativo e o CADE pode atuar preventivamente sem afetar garantias jurídicas importantes, como ocorre cada vez que o processo penal é chamado a intervir cautelarmente.

Observando alguns julgados do CADE, percebe-se que as decisões costumam ser proferidas num lapso temporal mais curto, comparativamente ao processo penal, sendo que a produção de provas pelas partes é livre e respeita-se a ampla defesa (IBRAC, 1995, p. 36 e 68). Ainda, as decisões apóiam-se em elementos de direito comparado, quando pertinente à causa em julgamento (IBRAC, 1995, p. 32-33), algo importante na volátil esfera das relações econômicas.

Por outro lado, é difícil imaginar que a justiça penal atue (bem) perante situações de “*dumping*”, “*underselling*”, etc., pautando-se pela mesma racionalidade que utiliza para enfrentar uma fraude simples ou estelionato. Lembre-se que a Lei n. 8.137/90, no artigo 4º, II, tipifica processos de cartelização, embora a Lei n. 8.884/94 também o faça no seu artigo 21, I, II e III. Repetindo-se essa dubiedade em outros dispositivos, o que enseja, sempre, a possibilidade de dupla intervenção no caso concreto.

Termos como “fixação de preços”, “padrão de comportamento de

mercado”, “posição dominante” são constantes nos julgados do CADE (IBRAC, 1995, p. 1, 19, 50). Submeter situações como estas ao crivo da justiça penal reforça a sensação de mal funcionamento do sistema de justiça, pois esta submissão só justifica-se por uma razão: a transformação das normas penais em meras “normas de reforço” a regulamentos administrativos. Contudo, sempre que a justiça penal é acionada, gera uma legítima expectativa social de imposição de pena.

Ademais, os mecanismos penais não possuem agilidade para lidar com os ilícitos dessa natureza, as garantias processuais penais, indeclináveis, geram ineficácia do controle público nessa área, pois a perpetração do ilícito econômico por algum tempo gera danos irreparáveis. Vale o lembrete de penalistas alemães: “cuando un empresario ejerce su actividad en un modo que daña a la comunidad, la medida de cierre de la empresa o establecimiento puede resultar un médio más eficaz que la imposición de una pena” (ARZT, ROXIN e TIEDEMANN, 1989, p. 23).

A constatação da culpabilidade nos delitos econômicos é uma tarefa árdua, posto que, em regra, sujeitos passivo e ativo não são visíveis, as condutas não são individualizadas, há envolvimento de pessoa jurídica. Sem recorrer à responsabilidade penal objetiva e/ou da pessoa jurídica (mesmo que disfarçada), pode-se afirmar que a condenação criminal baseada na legislação em tela é algo difícil de ocorrer sem a flexibilização (violação) das regras e garantias processuais penais vigentes.

Nesse ponto, a Lei n. 8.884/94 se mostra mais apta, já que seu artigo 20 dispensa a prova de dolo, bastando a verificação da ocorrência das condutas infracionais à ordem econômica.

Porém, o legislador insiste na utilização de mecanismos penais, mesmo à custa de sérias distorções processuais e penais. Assim, multiplicam-se os tipos de perigo abstrato, aumentam-se penas sem critério e privilegia-se o processo investigatório (HASSEMER, 1994, p. 41-51) desmotivado ou motivado em funções latentes (no caso, incremento do aparato de vigilância), acarretando o aumento de insegurança jurídica.

O efeito simbólico do lançamento da pena, a médio e longo prazos, tem efeito reverso: desmoraliza o sistema punitivo, pois “as funções simbólicas visadas pela lei penal tornam-se cada vez mais independentes da natureza real dos conflitos e dos problemas em função dos quais são produzidos os símbolos” (BARATTA, 1994, p. 23).

4.3.1 Comparação entre as Leis n. 8.137/90 e 8.884/94. Sobreposição de esferas de controle. Bis in idem?

A despeito das considerações formuladas até aqui, o modelo que avança

é de controle híbrido, ou seja, administrativo-penal, não só nesta área específica, mas também em outras como meio ambiente, ordem tributária etc. Logo, mais do que mera inadvertência do legislador, a edição sobreposta das Leis n. 8.137/90 e 8.884/94 representa a consolidação de um novo paradigma jurídico, menos estático e hermético, mas também menos previsível e seguro. Por um lado, mais adaptável às demandas de uma sociedade mais complexa, que abriga e fomenta novos e maiores riscos. Por outro, tendencialmente inócuo e problemático.

Ambas as leis têm objetividade jurídica e objeto idênticos ou, se tanto, muito similares. Contudo, operam sobre racionalidades distintas, conforme se depreende da comparação de alguns elementos.

Os crimes previstos no art. 4º da respectiva lei exigem um resultado específico – “dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência” –, já as infrações administrativas prescindem desse resultado – art. 20, *caput*, “possam produzir os seguintes efeitos, ainda que não sejam alcançados”. Ainda, na Lei n. 8.884/94 os atos são puníveis “independentemente de culpa”, o que, sabidamente, é inviável na esfera penal. Assim, a exigência de um resultado danoso à ordem econômica e da comprovação da intencionalidade do agente (dolo) poderiam ser fixados como grandes marcos distintivos entre as leis. Contudo, na prática, tais fatores acabam sendo mitigados, senão neutralizados, pelo estabelecimento de uma nova disciplina jurídico-penal (ver tópico 4.6), em que elemento subjetivo e perigo concreto são pouco relevantes.

Pode-se argumentar, ainda, que a lei penal exige o abuso de poder econômico (art. 4º, I) para configuração dos crimes tipificado, enquanto a Lei n. 8.884/94 não exige expressamente a configuração do abuso e que, assim, este seria um elemento destacado a distinguir as esferas de controle. Tal argumento é mais retórico: o abuso de poder econômico, até por força da matriz constitucional, inerente às condutas sancionadas em ambas as leis, está implícito nos arts. 20 e 21 da Lei n. 8.884/94, os quais, lembrem-se, não estão sujeitos ao mesmo grau de interpretação taxativa e restritiva imposto à lei penal.

Logo, inexistindo diferenças ontológicas marcantes entre as leis, importa analisar as condutas consideradas lesivas à ordem econômica, as formas de controle público e as respectivas conseqüências jurídicas, a partir do marco constitucional já definido.

O quadro abaixo demonstra com clareza a identidade apontada. Por exemplo, as condutas de cartel e *dumping* estão repetidas nas duas leis, além de outras figuras, como a elevação excessiva de preços ou cessação de atividades sem justa causa, também igualmente tipificadas (aliás, como não poderia deixar de ser: um fato bruto não se modifica em razão da tela institucional através do qual é observado).

Lei n. 8.137/90

Art. 4º Constitui crime contra a ordem econômica:

Art. 5º Constitui crime da mesma natureza:

Lei n. 8.884

Art.

Constituem infração da ordem econômica, independente de culpa, os atos, sob qualquer forma

manifestados, que tenham por objetivo ou possam produzir os seguintes efeitos, ainda que

(4º) I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total

sejam alcança

Art. 21.
seguintes
condutas, além
outras, na m
em que config
hipótese pr
no art. 20 e
incisos,
caracterizam
infração da c
econômica;
IV – limit
impedir o a
de novas emp
ao mercado;
V –

ou parcialmente,
a concorrência
mediante:

f) impedimento à
constituição,
funcionamento
ou
desenvolvimento
de empresa
concorrente.

dificuldades
constituição,
funcionamento
ao
desenvolvimento
de em
concorrente
fornecedor,
adquirente
financiador
bens ou servi

VI – impe
acesso
concorrente
fontes de in
matérias-prin
equipamentos

(4º) II – formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando:

a) à fixação artificial de preços ou quantidades vendidas ou produzidas; “cartel”

tecnologia, como aos o de distribuição

(21) I – fixar, praticar, celebrar acordo concorrente, qualquer forma de preços ou condições de venda de bens ou de prestação de serviços; “cartel”

(4º) VI – vender mercadorias abaixo do preço de custo, com o fim de impedir a concorrência; “dumping”

(4º) I – abusar do poder econômico, dominando o mercado ou eliminando, total ou parcialmente, a concorrência mediante:

(21) XVII
vender injustificadamente mercadoria a preço de “dumping”

(21) XXI – c
parcial
totalmente
atividades
empresa sem
causa

e) cessação parcial ou total das atividades da empresa;

(4º) VII – elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado.

(Redação dada pela Lei n. 8.884, de 11.6.1994)

comprovada;

(21) XXIV
impor p
excessivos,
aumentar sem
causa o preço
bem ou se
c.c.

(20) IV – ex
de forma ab
posição
dominante.

As pequenas diferenças de redação são insuficientes para justificar entendimento pela diferença das condutas sancionadas. Somente um excessivo capricho gramatical sustentaria conclusão diversa. Não há como escapar da evidente identidade entre os preceitos de cada lei. Até porque, repita-se, isso não decorre de lapso legislativo: a formação de cartel ou o *dumping* são fatos brutos com contornos próprios que independem desta ou daquela leitura jurídica; a reprodução de condutas iguais nas duas leis é fruto de uma opção bem definida de política criminal e de intervenção estatal no mercado.

Portanto, a análise do quadro acima remete às seguintes indagações:

- O que diferencia o crime do ilícito administrativo?
- Qual ou quais os critérios para delimitar ambas as esferas de controle da ordem econômica?
- É importante saber isso?

A importância de procurar pelas respostas extrai-se do problema empírico criado pela existência das Leis n. 8.137/90 e 8.884/94: a convivência de dois sistemas distintos, com níveis de garantias diferentes, mas orientados ao controle de situações ontologicamente idênticas. A rigor, a submissão de um caso concreto de eventual infração à ordem econômica ao CADE e à justiça penal pode resultar em *violação à proibição da dupla punição* – entendida como alcance material do princípio processual do *ne bis in idem* (BATISTA e ZAFFARONI, 2003, p. 234).

A questão do *bis in idem*, por mais que os tribunais ignorem o seu caráter problemático, tende a repetir-se com frequência ante à administrativização do direito penal, impondo aos operadores uma atitude diferenciada para lidar com os casos incluídos na órbita do “direito penal econômico”.

Enfrentando o problema no âmbito de um processo de crime ambiental (que, talvez, seja a área onde a interface penal-administrativo é mais visível e inevitável), a Suprema Corte da Espanha concluiu que, para identificar o *bis in idem* material, deve-se perguntar o seguinte:

Existe identidade de sujeitos, objeto ou fato e fundamentos entre a sanção administrativa e o delito?⁴

Nesse sentido, ainda com o Tribunal espanhol, só seria admissível um duplo sancionamento quando: (i) o fundamento de ambas sanções não seja coincidente; (ii) o interesse público protegido em ambas as esferas sejam diferentes e (iii) a sanção seja proporcional a essa proteção diferenciada.

A construção jurisprudencial acima pode fornecer critérios funcionais para delimitar a esfera de atuação da justiça penal diante de um caso concreto.

Contudo, discorrer sobre o “fundamento da sanção” ou sobre a natureza do “interesse público protegido” não deixa de ser extremamente controverso, mantendo nosso problema inicial em aberto (“definição de papéis”).

No Brasil, Miguel Reale Jr. (1999, p. 116-129) defende que a fronteira entre as esferas seria demarcada por uma opção política em face da “maior eficácia social” desta ou daquela lei. Nessa linha, pode-se concluir que a distinção estaria na consequência jurídica e no alcance de imputação.

Caminhando por esse raciocínio e partindo do pressuposto que a eficácia social de uma lei revela-se pelas consequências cominadas à violação dos respectivos preceitos, vejamos outro quadro, com as sanções previstas em ambas as leis:

	Lei n. (arts. Mul base fautram empres para a quanto adminis Publ
--	---

Lei n. 8.137/90
Reclusão/detenção
de até 5 anos ou multa

extrato
condena
Proi
contrata
instituiç
financei
oficiais
particip
licitaçã
Rec
para qu
concedi
parcela
tributos
incentiv
ou

público
Cisã
socieda
transfer
controle
societár
cessaçã
de ativ

...

A Lei n. 8.884/94 oferece possibilidades mais amplas de sancionamento e, ainda, mais adequadas à natureza das infrações em pauta. Sabidamente, nessa área, a pena privativa de liberdade não alcança os efeitos desejados (por exemplo, dissolução do cartel, interrupção da prática de abuso do poder econômico), principalmente porque só pode ser imposta após o trânsito em julgado de eventual decisão condenatória, o que, por si só, pode tornar a intervenção estatal inócua e intempestiva. As sanções administrativas, por sua vez, podem ser aplicadas de imediato sem afetar direitos e garantias fundamentais de maneira irreparável.

Porém, julgar a eficiência (abstrata) das leis apenas por esse critério descarta qualquer consideração sobre a importância simbólica da lei penal e sobre possíveis efeitos dissuasórios da ameaça de pena, pois, sem digredir a abordagem para a teoria da pena, a despeito da ampla descrença acerca do seu efeito preventivo, persiste a opinião que, nos delitos econômicos, onde a racionalidade custo-benefício é mais palpável na gênese delitiva, ainda é possível falar em termos de prevenção geral⁵.

4.4 A hipótese de descriminalização (abolitio criminis)

Outra hipótese instigante para resolver a sobreposição dos dois diplomas remete às regras gerais do direito penal, especialmente àquela inscrita no art. 2º, *caput*, do Código Penal:

“Art. 2º Ninguém pode ser punido por fato que lei posterior deixa de considerar crime, cessando em virtude dela a execução e os efeitos penais da sentença condenatória”.

Trata-se da consagrada regra da *abolitio criminis*, corolário do princípio da legalidade, sobre a qual não é necessário discorrer.

A Lei n. 8.137 de 1990 criminalizou algumas condutas, tais como a formação de cartel, assim descrita: “*formar acordo, convênio, ajuste ou aliança entre ofertantes, visando à fixação artificial de preços*” (art. 4º, II) e, em 1994, a Lei n. 8.884 transformou a mesma conduta em infração administrativa (art. 21, I, “*fixar ou praticar, em acordo com concorrente, sob qualquer forma, preços e condições de venda de bens ou de prestação de serviços*”).

A leitura do quadro inserido no tópico anterior revela outras situações iguais: condutas criminalizadas em 1990 e transformadas em infrações administrativas em 1994. Por mais que se enxergue pequenas diferenças na descrição dos fatos tipificados numa e noutra lei, a realidade é que os fatos tratados são os mesmos.

Ilustrando, a conduta de homicídio está criminalizada no art. 121 do Código Penal, que a tipificou como “*matar alguém*”, que é apenas a moldura descritiva na qual o legislador enquadrou um fenômeno que, é claro, existe independentemente da norma penal. “*Matar alguém*” ou “*matar outra pessoa*”; “*causar óbito a alguém*” ou ainda “*agredir alguém causando-lhe a morte*” são formas diferentes de descrever o mesmo fenômeno. Da mesma maneira, cartel, *dumping* e outras condutas contidas nas Leis n. 8.137/90 e 8.884/94 são fenômenos únicos no mundo dos fatos.

Em 1990, o legislador elevou tais fenômenos à condição de crime, mas, em 1994, a Lei n. 8.884 deixou de considerar crime as condutas repetidas da lei anterior. Assim, é absolutamente razoável concluir que ocorreu *abolitio criminis*

em relação àquelas condutas reproduzidas em ambas.

Ainda, embora nem fosse preciso, o princípio da intervenção mínima (caráter subsidiário do direito penal) reforça e legitima a conclusão pela descriminalização, uma vez que a convivência de uma lei penal com outra extrapenal e posterior, direcionadas para o mesmo contexto problemático e sancionando as mesmas condutas, indica a necessidade de exclusão da intervenção penal.

Analisando a relação entre reparação e fins da pena, Claus Roxin (1992, p. 152) afirma que o princípio de subsidiariedade se prolonga desde a sanção do preceito penal até o caso individual, pois “a necessidade de ameaça penal abstrata não sustenta imposição de pena alguma em cada caso particular”; por essa linha, seria possível conceber uma “descriminalização judicial” dos crimes apontados. Nessa proposta, a idéia de subsidiariedade é compreendida como interação funcional e complementar entre o direito penal e os demais ramos do direito, o que parece essencial no campo dos delitos econômicos. Aqui, então, a subsidiariedade deixa de ser entendida como separação radical entre o penal e os demais direitos, ampliando, consideravelmente, as possibilidades de lidar com a complexidade de problemas como o controle da ordem econômica.

Isso possibilita que a efetivação do princípio da intervenção mínima não sirva somente como providência deflativa (necessária); mais do que isso, torna-se passo vital para a reorganização da matéria penal e também pode representar a via de acesso para a reconstrução do processo de regulação social, permitindo a integração dos campos “administrativo” e “penal”, como forma de reservar este espaço verdadeiramente subsidiário, residual e extremo, a ser verificado sempre em face do caso concreto e de exigências reais de coerção e, eventualmente, segregação.

Por essas breves razões, entendo como legítima e legalmente amparada a afirmação de que em relação àquelas condutas repetidas ocorreu *abolitio criminis*.

4.5 Questões preocupantes: acordo de leniência, prisão preventiva para garantia da ordem econômica e conflito entre decisões da justiça penal e do CADE

Partindo para uma abordagem mais pragmática, apoiada na observação da casuística, ainda pouco expressiva, há três questões que me parecem preocupantes: (i) a permissão de prisão preventiva para garantia da ordem econômica, (ii) o acordo de leniência e (iii) a possibilidade de conflito entre decisões da justiça penal e do CADE.

A prisão preventiva, por ser decretada sem culpa formada, é medida extrema e excepcional, só pode ser utilizada quando estritamente necessária para resguardar ordem pública, ordem econômica, instrução criminal ou para assegurar futura aplicação da Lei penal (art. 312 do CPP).

Destacando a hipótese que nos interessa, na ausência de risco efetivo e concreto à ordem econômica, é ilegal qualquer prisão justificada nesse requisito. Logo, considerando a excepcionalidade e a brutalidade da medida, há que se precisar, em termos taxativos, qual o conceito de ordem econômica aplicável ao art. 312 do CPP.

Considerando que a garantia da ordem econômica foi inserida no artigo 31, do CPP, pela Lei n. 8.884/94, cujos arts. 20 e 21 cuidou de elencar as condutas capazes de atingir a ordem econômica, repetidas ou assemelhadas aos tipos penais inscritos na Lei n. 8.137/90, o conceito deve ser extraído precipuamente da objetividade jurídica de ambas as leis. Contudo, na prática dos tribunais, o que se vê é a garantia da ordem econômica ser largamente utilizada como base retórica para prisões cautelares sempre que o caso concreto envolva quantidade expressiva de dinheiro. Assim, desvio de verbas públicas, sonegação de impostos, corrupção e outra situações são, indistintamente, relacionadas à necessidade de proteção da ordem econômica, mercê do raciocínio equivocado que o risco à ordem econômica deriva da capacidade financeira do imputado ou do vulto dos valores financeiros envolvidos na persecução criminal.

Aqui, considerando a constitucionalização do processo penal e o marco constitucional das mencionadas leis, evidencia-se que as hipóteses de efetivo risco à ordem econômica derivam tão-somente de crimes específicos previstos nas Leis n. 8.137/90, 1.521/51 e 7.492/86 (pois o Título VII da Constituição estabelece o tratamento conjunto de ordem econômica e financeira). Fora dessas hipóteses, não há como cogitar de prisão preventiva por garantia da ordem econômica, mesmo que o caso concreto envolva uma grave lesão ao patrimônio público ou particular. Portanto, a prisão preventiva, fundada nesse requisito, de cidadão que não seja formalmente acusado de crime tipificado nas Leis n. 8.137/90, 1.521/52 ou 7.492/86, é manifestamente ilegal, pois a tutela da ordem econômica está normativamente circunscrita ao âmbito de incidência destas.

Nesse sentido é o entendimento de Mirabete (2000, p. 694):

O art. 312 do CPP – no que diz respeito à garantia da ordem econômica – só pode ser aplicado na prática de crime que possa causar perturbação à ordem econômica, citando-se, especificamente, os definidos na Lei n. 8.137, de 27-12-90, entre os quais o de “elevar sem justa causa o preço de bem ou serviço, valendo-se de posição dominante no mercado” (art. 4º, VII, com redação dada pelo art. 85 da Lei 8.884),

na Lei 7.492, de 16-6-1986, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e dá outras providências, e na Lei 1.521, de 26-12-1952, que prevê crimes contra a economia popular.

Ainda, considerando que a lesão ou ameaça à ordem econômica é elemento insito de muitos daqueles tipos penais, há que se aplicar redobrado comedimento na utilização de prisão cautelar para garantia da ordem econômica, pois, nessas hipóteses, sempre haverá antecipação do mérito da causa, por mais lacônico que seja o magistrado.

Quanto ao acordo de leniência, trata-se de instituto especialmente tormentoso para os penalistas. Foi introduzido na Lei n. 8.884/94 em 2000, nos seguintes termos:

Art. 35-C. Nos crimes contra a ordem econômica, tipificados na Lei n. 8.137, de 27 de novembro de 1990, a celebração de acordo de leniência, nos termos desta Lei, determina a suspensão do curso do prazo prescricional e impede o oferecimento da denúncia. (Artigo incluído pela Lei n. 10.149, de 21.12.2000.)

Parágrafo único. Cumprido o acordo de leniência pelo agente, extingue-se automaticamente a punibilidade dos crimes a que se refere o *caput* deste artigo. (Parágrafo único incluído pela Lei n. 10.149, de 21.12.2000.)

Antes de sublinhar as razões de por que o instituto é criticado na doutrina penal, importante frisar que há outro lado.

No campo da economia e do direito econômico, o acordo de leniência é considerado bastante útil e legítimo para quebrar a confiança interna dos membros de cartel e estimulá-los à deserção, o que, por definição, bastaria para dissolvê-lo. Para Gesner Oliveira (2003):

o acordo de leniência ataca o ponto fraco do cartel: a propensão natural de seus participantes de romper o acordo. O participante do cartel é como o escorpião: trair faz parte de sua natureza. Pois furar o cartel constitui oportunidade de ouro para não elevar o preço (ou elevá-lo menos do que os concorrentes) e abocanhar boa parte da clientela.

O acordo de leniência oferece mais uma boa razão para trair. E trair rápido, pois a Lei só prevê isenção para quem buscar a autoridade em primeiro lugar. Por sua vez, a colaboração de pessoas de dentro facilita a obtenção de provas detalhadas, aumentando as chances de condenação.

Ainda, vale uma brevíssima menção ao pensamento criminológico, onde também há fortes opiniões, como a de Vincenzo Ruggiero, no sentido de que alguns crimes – “de poderosos” ou “de corporações” – jamais são capturados pelo sistema de controle legal, a não ser sob uma única condição: alguém de dentro do grupo rompe com os demais, por sentir-se desfavorecido ou ameaçado. Lembro que a cena política brasileira tem nos oferecido repetidas imagens que confirmam essa conclusão.

O acordo de leniência é mais uma dentre as várias formas de delação premiada que invadiram o ordenamento brasileiro na última década (Leis n. 9.613/98, 9.034/95 e 9.807/99). Como tal, desperta conhecidas preocupações éticas, as quais não serão tratadas neste artigo, até porque demandariam espaço que não há.

A leitura dos arts. 35-B e 35-C da Lei n. 8.884/94 deixa a nítida impressão de que os efeitos do acordo de leniência alcançariam somente a esfera administrativa, ou seja, incidiriam na ação do CADE e nas eventuais sanções impostas pelo órgão. Porém, surpreendentemente, o art. 35-C transformou o cumprimento do acordo em causa extintiva de punibilidade. Disso resultam alguns problemas.

Conforme o texto da Lei, o acordo é celebrado perante a Secretaria de Direito Econômico (SDE), que tem ampla discricionariedade para avaliar o preenchimento dos complexos requisitos para celebração, assim:

Art. 35-B. A União, por intermédio da SDE, poderá celebrar acordo de leniência, com a extinção da ação punitiva da administração pública ou a redução de um a dois terços da penalidade aplicável, nos termos deste artigo, com pessoas físicas e jurídicas que forem autoras de infração à ordem econômica, desde que colaborem efetivamente com as investigações e o processo administrativo e que dessa colaboração resulte:

- I – a identificação dos demais co-autores da infração; e
- II – a obtenção de informações e documentos que comprovem a infração noticiada ou sob investigação.

§ 1º O disposto neste artigo não se aplica às empresas ou pessoas

físicas que tenham estado à frente da conduta tida como infracionária.

§ 2º O acordo de que trata o *caput* deste artigo somente poderá ser celebrado se preenchidos, cumulativamente, os seguintes requisitos:

I – a empresa ou pessoa física seja a primeira a se qualificar com respeito à infração noticiada ou sob investigação;

II – a empresa ou pessoa física cesse completamente seu envolvimento na infração noticiada ou sob investigação a partir da data de propositura do acordo;

III – a SDE não disponha de provas suficientes para assegurar a condenação da empresa ou pessoa física quando da propositura do acordo; e

IV – a empresa ou pessoa física confesse sua participação no ilícito e coopere plena e permanentemente com as investigações e o processo administrativo, comparecendo, sob suas expensas, sempre que solicitada, a todos os atos processuais, até seu encerramento.

Porém, o acordo celebrado e cumprido perante a SDE, pela letra da lei, impediria a ação das agências judiciais incumbidas de acionar a justiça penal, como a Polícia Judiciária e, mais especialmente, o Ministério Público. Nesse ponto, entendo que é necessário um reparo: o acordo de leniência, para resultar em efetiva extinção da punibilidade, precisa ser homologado judicialmente e sua celebração, por segurança jurídica, deve ser acompanhada por representante do Ministério Público. Do contrário, como vincular a atuação do Ministério Público ou do Judiciário ao acordo de leniência?

Pela estrutura do direito e processo penal brasileiro, não há nada que obrigue a justiça penal a reconhecer como causa extintiva de punibilidade um acordo celebrado entre autor de crime e o Poder Executivo (a rigor, isso afetaria até a separação tripartida dos poderes). Por outro lado, o cidadão que se submete ao acordo de leniência tem o preceito legal lhe garantindo a extinção, o que, no mínimo, gera a expectativa legítima de usufruir do benefício.

É totalmente razoável – e legal – a hipótese de, mesmo cumprido o acordo, o Ministério Público entender pela propositura da ação penal. Para remediar essa situação de insegurança, parece que a solução seria a participação d o *Parquet* na elaboração do acordo (o que, por outro lado, também é problemático, pois a confissão de um crime perante o órgão acusador pode ser mais difícil). E, mesmo assim, a certeza quanto à extinção da punibilidade também poderia ser afetada por dúvidas de competência. Explico: há enorme controvérsia jurisprudencial quanto à competência (estadual ou federal) para

processar e julgar crimes contra a ordem econômica (ver HC 32.292/RS, do STJ) e, como os Ministérios Públicos Federal e Estadual são independentes entre si, restaria a possibilidade de um acordo ratificado por membro do órgão federal não ser seguido por um promotor estadual que entendesse pela necessidade de ação penal.

Quanto ao termo “ação punitiva da administração pública”, a despeito da dubiedade da análise teleológica da lei, fica claro que se refere à ação sancionatória-administrativa do CADE, não havendo, portanto, quaisquer implicações desses dispositivos no âmbito penal. Nesse sentido, as reduções de “penalidade” previstas também referem-se exclusivamente às sanções administrativas.

De qualquer forma, não há registro de discussão judicial acerca da controvérsia acima deduzida, o que pode indicar que o dispositivo foi neutralizado pelo sistema. A confusão de institutos e termos legais parece confirmar que a importação de dispositivos legais, quando não precedida de maior reflexão e debate, pode resultar em rejeição.

Numa perspectiva mais ampla e de política criminal, ratifica-se que a existência de certas normas penais cuja aplicabilidade pouco se verifica em termos de processo sentenciados, como os arts. 4º e 5º da Lei n. 8.137/90, tem função latente: permitir a implementação de mecanismos complementares de vigilância.

Ora, mesmo sendo preterida em termos de direito material pela Lei n. 8.884/94, a Lei n. 8.137/90 existe para manter, por meio da criminalização daquelas condutas, um aparato mais forte, mais impactante de controle. Basta pensar que, talvez, a motivação maior para alguém fazer um acordo de leniência seja, justamente, a ameaça de pena e de processo penal.

Por fim, quanto à possibilidade de conflito entre decisões do CADE e da justiça penal, o fato mais importante para ser tomado como premissa é, exatamente, a identidade entre as condutas tipificadas nas leis. Essa peculiaridade impõe a adoção de solução hermenêutica diferenciada, ao reverso do que pode ocorrer em outras áreas onde a interface penal-administrativo também é forte (meio ambiente, ordem tributária, etc.). Aqui, ambas as esferas sempre poderão processar e julgar os mesmos fatos (jurídicos), contudo, em tempo e racionalidade diversas.

Considerando o direito penal econômico como estrutura macro em que se inclui essa discussão, uma solução viável pode ser construída por meio de analogia com o atual entendimento jurisprudencial dominante na questão dos crimes tributários, que estão tipificados na mesma Lei n. 8.137/90.

Lembrando: desde a edição da Lei n. 9.430/96, intensificaram-se as manifestações doutrinárias e jurisprudenciais sobre o esgotamento da via

administrativa nos crimes tributários, sendo indiscutível que sempre representou tormento o fato de se permitir a instauração de processo penal enquanto o contribuinte ainda discutia na via administrativa o *reconhecimento* do tributo.

A controvérsia foi superada com entendimento consolidado a partir do julgamento paradigmático do HC 81.611/SP, pelo STF: atualmente, é pacífico que o exaurimento prévio da esfera administrativa é indispensável para legitimar o acionamento da justiça penal⁶.

O raciocínio desenvolvido para consolidar esse entendimento pode ser seguido para os casos de crime contra a ordem econômica. Evidentemente, não se trata de equiparar as situações, pois a exigibilidade do tributo é elemento típico daqueles crimes e, nisto, não há qualquer semelhança.

Mas, há nos crimes contra a ordem econômica elementos típicos como “*abuso de poder econômico*”, “*posição dominante de mercado*”, “*fixação artificial de preços*” que, à evidência, não podem ser definidos a partir de avaliação exclusiva do tribunal criminal. Faltam conhecimento, método e recursos técnicos para afirmar, com a mínima segurança, a ocorrência de alguma dessas elementares no âmbito do processo penal. Mesmo no direito econômico, por exemplo, é totalmente controversa a definição de dominação do mercado. Tais constatações dependem de análises econométricas complexas e o CADE é o órgão competente para gerenciar essa tarefa.

Esse argumento já foi submetido por duas vezes ao STJ (HC 42.305/RS e RHC 17.418/RS), que, em votação não unânime, não o reconheceu nas duas oportunidades, sob os seguintes fundamentos:

PENAL E PROCESSUAL PENAL. *HABEAS CORPUS*. SUBSTITUTIVO DE RECURSO ORDINÁRIO. ABUSO DE PODER ECONÔMICO. ART. 4º, INCISO II, ALÍNEAS A, B E C, E INCISO VII, C/C ART. 12, INCISO I, AMBOS DA LEI N. 8.137/90. DECISÃO DO CADE. ART. 93 DO CPP.

Considerar que a decisão do CADE sobre abuso de poder econômico reflete situação paralela à do Conselho de Contribuintes em matéria tributária é equivocado. O Conselho de Contribuintes vai dar o *quantum debeat* que configura a condição objetiva de punibilidade, segundo a Augusta Corte. Na hipótese do CADE, é mera apreciação administrativa sobre a existência de abuso de poder econômico. Não é condição objetiva de punibilidade e sim uma valoração acerca daquilo que coincide com o elemento do tipo. E sendo elemento do tipo, o procedimento administrativo no CADE não enseja a discussão em torno do art. 93 do CPP. Recurso desprovido.

No julgamento do HC 42.305/RS, o relator, Ministro José Arnaldo da Fonseca, foi vencido, reiterando sua discordância no julgamento seguinte, assim consignada:

Advirto que a questão do abuso do poder econômico, independentemente das conotações legais, cinge-se especificamente à evolução das relações da economia de mercado no qual o país está inserido, cujas transformações na última década permitiram a constatação de fenômenos específicos sujeitos a especializações longe do caminho eminentemente jurígeno.

Daí porque, nesta rápida intropsecção, em meio à faculdade estendida ao Juiz pelo art. 93 do Estatuto Processual, ressaltando, também, os precedentes do administrativo-fiscal, não vejo motivo para negar a suspensão da ação penal, se a matéria é, sim, de difícil constatação.

A tese da prejudicialidade já foi submetida ao Supremo Tribunal Federal, que ainda não se pronunciou definitivamente sobre a matéria, sendo este o atual estágio do julgamento:

Crime contra a Ordem Econômica: CADE e Prejudicial

A Turma iniciou julgamento de *habeas corpus* em que se pretende a suspensão de ação penal instaurada contra o paciente pela suposta prática de crime contra a ordem econômica (Lei 8.137/90, art. 4º, I, *a e f*, II, *a, b e c*, VII, *c/c* art. 12, na forma do art. 71 do CP), sob o argumento de que a pendência de processo administrativo em trâmite no Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, no qual se discute a existência do aludido delito, constitui questão prejudicial heterogênea (CPP, art. 93), a implicar a suspensão da ação penal e do curso do prazo prescricional. O Min. Joaquim Barbosa, relator, indeferiu o *writ* por considerar que inexistente, na hipótese, a condição objetiva de punibilidade para a constituição do tipo penal. Inicialmente asseverou que o referido processo administrativo encontra-se pendente de julgamento e que o caso seria diverso do precedente fixado pelo STF no HC 81611/DF (DJU de 15-3-2005) — no qual fixada a orientação no sentido de que, nos crimes do art. 1º da Lei 8.137/90, a decisão definitiva do processo administrativo consubstancia condição objetiva de punibilidade. Entendeu que os dispositivos em que incurso o paciente apenas descreveriam os elementos do tipo, no qual se enquadra a

descrição das condutas constantes da denúncia. Por fim, afastou a aplicação do art. 93 do CPP, ao fundamento de que a suspensão do processo configura faculdade de competência do juízo cível, que não se coaduna com questão concernente a processo administrativo, como na espécie. Após, pediu vista dos autos o Min. Eros Grau (HC 88521/RS, rel. Min. Joaquim Barbosa, 5.12.2006).

No entanto, não se trata de considerar a decisão do CADE como “condição objetiva de punibilidade”. Neste ponto, a abordagem jurisprudencial, até o momento, está equivocada. Por tudo o que foi debatido neste artigo, parece que o entendimento vencido no STJ é o mais correto: justifica-se a aplicação supletiva do art. 93 do CPP⁷, pois é razoável vislumbrar a prejudicialidade diante de elementos típicos impossíveis de serem afirmados por meio do processo penal, isoladamente. A própria configuração de todo o sistema de controle da ordem econômica recomenda o reconhecimento dessa interdependência funcional, o que, de maneira alguma, significa que a justiça penal está adstrita à atuação das autoridades administrativas. Trata-se da solução mais adequada em termos de segurança jurídica e política criminal.

Não se pode olvidar, ainda, que inúmeras são as conseqüências danosas deriváveis do fato de a justiça penal pronunciar-se, por exemplo, acerca do abuso de poder econômico sem aguardar a manifestação das agências administrativas: (i) contrariedade entre as esferas administrativa e penal, com a primeira verificando que não ocorreu abuso de poder econômico e a segunda condenando alguém pelo abuso; (ii) repetição de provas: teriam que ser feitas em juízo e no processo administrativo, onerando, desnecessariamente o Estado e a administração da Justiça; (iii) nega-se a possibilidade de o agente celebrar acordo de leniência no curso da ação administrativa.

4.6 Uma nova disciplina jurídico-penal

Pelo pouco que foi debatido até o momento, percebe-se que, aos poucos, consolida-se uma nova disciplina jurídico-penal, dentro daquele subsistema apontado no tópico inicial. Disciplina própria do que Silva-Sánchez (2002) qualifica como “Estado de prevenção”, onde o direito penal passa a ser o “controle do controle”.

Nessa nova configuração híbrida, penal-administrativa, o ordenamento tem como escopo separar as liberdades econômicas necessárias das fraudes puníveis, que se desenvolvem além dos limites de riscos permitidos pelo sistema. Assim, o risco permitido passa a ser definido pelo cumprimento de determinados deveres de observância de regulamentos e de colaboração com a administração pública. A criminalização, então, atua como reforço cognitivo das “liberdades

perigosas”, por meio da cominação de sanções penais e administrativas, estabelecidas por um critério gerencial – *Risikomanagement* – (SILVA-SÁNCHEZ, 2002, p. 311), que também passa a presidir os procedimentos penais, mais do que a existência de indícios da prática de crime.

Esta prevenção comunicativa, portanto, busca fatos e condutas distantes do momento da lesão ao bem jurídico, o qual decai de sua função delimitador, assumindo função de representação. Surgem, então, duas novas figuras para a dogmática penal: o bem-prestação (no caso, correta gestão econômica ou o correto funcionamento do sistema econômico) e o tipo-obstáculo (tipificações tendentes a prevenir a aparição de situações de perigo remoto) (MOCCIA, 1997), este com forte carga criminógena.

Conforme a análise de Moccia:

nos delitos contra a ordem econômica, tem se afirmado que expressam “uma ofensividade de tipo particular, que se mede não tanto em termos de conseqüências concretas, como de incompatibilidade com as tendências programáticas do sistema” [...] Se castiga, portanto, a inobservância de normas organizativas e não a realização de fatos socialmente danosos (1997, p.125).

Assim, confirmando a hipótese inicial apontada no quadro dos subsistemas, estabelece-se nova disciplina jurídico-penal de tutela de funções, marcada por algumas características ou deformações do direito penal “tradicional”:

- desvalorização do elemento subjetivo (o dolo do agente nos delitos econômicos pouco é perquirido, pouco importa; normalmente é deduzido de estereótipos; p.ex.: “A” é diretor da empresa → a empresa sonegou impostos → “A” sabia ou deveria saber da prática, o que demonstra o dolo);
- problemas probatórios e de garantias: a dificuldade de provar crimes cometidos por meio de pessoas jurídicas resulta na quebra de regras e garantias, como se percebe com a tolerância excessiva dos tribunais com as denúncias “genéricas”, tidas como necessárias nos “crimes societários”;
- tipicidade flexível: injusto penal = ilícito de mera transgressão;
- bem jurídico coletivo ou social (objeto ficto de tutela);
- delitos de acumulação (exemplo, art. 5º, IV, Lei n. 8.137/90): tipos penais que sancionam um perigo potencial e futuro.

4.7 Possíveis soluções para racionalizar a tutela penal da ordem econômica

Ante essa realidade, resta procurar por soluções viáveis para (i) resguardar o caráter subsidiário e fragmentário do direito penal e (ii) identificar/reprimir as condutas lesivas – e penalmente relevantes – à ordem econômica, evitando a criação de “reservas de impunidade”.

Enfim, esta é a tensão que marca o debate acerca da questão criminal. De um lado, a compressão por maior eficiência, de outro, a resistência pelo respeito às garantias do cidadão. É a pressão natural do Estado de Polícia sobre o Estado de Direito. Entre ambos, há direitos e interesses dos mais variados, que precisam ser equilibrados com uma resposta racional e democrática (no sentido da formulação e respeito às “regras do jogo”, da lição de Bobbio).

A criação de uma terceira via, com garantias menores e sanções menos severas, tem sido muito debatida, na esteira das políticas de despenalização. É o que Hassemer chama de Direito de Intervenção ou, entre nós, Miguel Reale Jr. qualifica como Direito Administrativo-penal. Sem dúvida, parece a solução mais inteligente para atender às atuais demandas de controle, sem distorcer a justiça penal. Porém, depende de um profundo debate de política criminal e também de reformas legislativa e estrutural consideráveis.

Tais reformas, necessariamente, passariam por Executivo e Legislativo e, lamentavelmente, no atual estágio da vida política nacional, não vislumbro condições seguras de desenvolver esse debate naquelas arenas.

4.7.1 Adequação do aparato de controle aos princípios penais “tradicionais”

Sergio Moccia (1997, p. 133-145) propõe a (re)interpretação dos princípios penais consoante a nova configuração do sistema, partindo da seguinte premissa: a natural adaptação da intervenção penal às peculiaridades do fenômeno não pode jamais comportar uma adaptação dos princípios às exigências de controle, mas o contrário.

O ponto de partida do penalista italiano é a tutela do patrimônio, considerado como entidade estruturada segundo as exigências de seu titular e voltado para a consecução de certas finalidades, que podem ser a programação econômica, a livre iniciativa, a defesa do consumidor etc.

Assim, para acionar a tutela penal, conforme os parâmetros adotados para os delitos patrimoniais, deveria-se considerar os prejuízos causados de tal forma que causassem um obstáculo ao exercício dos princípios econômicos fixados na Constituição. Recuperando o significado do crime, como ofensa

claramente identificável e verificável em sua relação com um bem de contornos definidos que seja realmente questionado pela conduta antijurídica.

Importante destacar que, nessa construção, o patrimônio não deve ser considerado no seu valor financeiro, mas o que deve ser observado é a disponibilidade deste bem para assegurar aos sujeitos uma margem de desenvolvimento social. Lembrando que o art. 170 de nossa Constituição Federal, matriz da tutela penal da ordem econômica, também estabelece a função social da propriedade (inciso III), que, aqui, poderia ser avaliada como entidade estruturada para a consecução de valores econômicos pessoais, encaminhados à finalidades supra-individuais. Num contexto específico, o que se extrai dessa proposta é que o relevante seria avaliar a potencialidade do titular do patrimônio envolvido na prática ofensiva dentro de um âmbito econômico definido (p. ex., o comércio de uma cidade, de uma região ou o mercado do país).

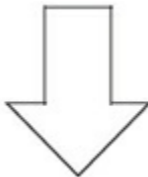
Tentando resumir, o critério esboçado por Moccia seria a recondutibilidade ao patrimônio dos atos de delinquência econômica, os quais, em sua maioria, são equiparáveis aos tipos de agressão unilateral, fraudes e infidelidade que, transcendendo a natureza patrimonial, afetariam a ordem econômica. Evidentemente, a proposta de Moccia demanda discussão mais profunda, inviável nos limites deste artigo. Vale, portanto, a introdução da idéia. Mas, mesmo sumariamente, percebe-se que se trata de construção bastante abstrata, cuja aplicação em casos concretos não vedaria o sistema da imprevisibilidade ora criticada, principalmente no que se refere ao *bis in idem*.

Então, seguindo a linha de investigação proposta, me parece que o conceito de tipicidade conglobante (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2002) pode completar a difícil tarefa de conferir racionalidade e funcionalidade à tutela penal da ordem econômica no direito brasileiro.

Em suma, a tipicidade conglobante é “um corretivo da tipicidade legal” que visa “excluir do âmbito do típico aquelas condutas que apenas aparentemente estão proibidas” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2002, p. 459), sob o ponto de vista criminal, claro. A partir da análise global da ordem normativa, os autores atribuem ao conceito a função de verificação do alcance proibitivo da norma penal e correção de eventuais excessos da tipicidade extraída exclusivamente da subsunção da norma penal à conduta. Os principais casos em que condutas legalmente típicas configuram-se como atípicas se valoradas globalmente, ou seja, em face de todo o conjunto de normas do ordenamento, ocorrem quando uma norma ordena o que outra parece proibir, quando uma norma parece proibir o que outra fomenta, quando uma norma (penal) parece proibir o que outra norma (não penal) exclui do âmbito de proibição (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2002, p.549-560). Recorrendo ao gráfico elaborado por Zaffaroni e Pierangeli, com pequenas alterações:

1º

Tipicidade legal (basta a adequação da conduta à formulação legal do tipo penal)



2º

Tipicidade conglobante (antinormatividade, verificada em face de todas as normas do ordenamento jurídico e a exclusão das causas de justificação)

Tipicidade legal + Tipicidade conglobada =

Tipicidade penal

(adequação penal e antinormatividade)

O primeiro passo (1º) corresponde à individualização legal da conduta, àquela operação que os operadores costumam chamar de subsunção: trata-se da simples adequação da conduta aos elementos descritivos do tipo. Em seguida (2º), ocorre a efetiva comprovação da proibição, o que “se obtém desentranhando o alcance da norma proibitiva conglobada com as restantes normas da ordem normativa” (ZAFFARONI e PIERANGELI, 2002, p. 459). A idéia parece particularmente apropriada a contextos normativos em que coexistam diversas normas, de distintas naturezas, tais como ocorre com nosso tema. Assim, pode ocorrer que determinada conduta seja formalmente adequada à descrição do tipo penal de formação de cartel, mas, como o tipo penal faz parte de um universo ordenado de normas, se outra norma (direito administrativo, direito econômico) permite, consente ou até fomenta aquela conduta, estaríamos diante de um caso de atipicidade conglobante. E, nesta hipótese específica, há que se lembrar que as normas extrapenais devem ser interpretadas e aplicadas pelas esferas apropriadas, o que ressalta a necessidade de interação entre os campos

de controle.

Zaffaroni e Pierangeli (2002, p. 554-560) elencam alguns casos particulares de atipicidade conglobante que entendo pertinentes para fechar a idéia de aplicação do conceito na esfera dos crimes contra a ordem econômica. O acordo, segundo os autores, é uma “forma de aquiescência que configura causa de atipicidade”, quando feito pelo titular do bem jurídico e desde que admitido em lei. Embora reconheçam que o acordo apresenta graves problemas para a dogmática penal, admitem que em algumas situações existe a possibilidade de exercício da disponibilidade que o bem jurídico implica para seu titular. Em nenhum momento, os autores referem-se a crimes econômicos e até ressaltam que “um bem jurídico de sujeito múltiplo, somente podem efetuar-los (*os acordos*) todos os titulares”. Porém, ressaltando a necessidade de maior amadurecimento da idéia, é possível tentar ligar esse raciocínio ao acordo de leniência, desde que superado o grande óbice acerca da titularidade do bem jurídico. Poderia ser a Secretaria de Direito Econômico? Ou, um acordo de leniência supervisionado por SDE, Ministério Público e CADE poderia ser considerado como bastante para atender às exigências de disponibilidade do bem jurídico ao ponto de legitimar o reconhecimento da atipicidade da conduta?

As lesões corporais na prática de esportes também fornecem bons elementos para nossa discussão. Por exemplo, são legalmente típicas as lesões dolosas no boxe, mas conglobalmente atípicas sempre que a conduta tenha ocorrido dentro dos regulamentos do esporte, ou seja, se o boxeador lesionar o outro sem luvas, abaixo da linha da cintura, com os cotovelos ou de qualquer forma que viole a ordem normativa específica da atividade, sua conduta será penalmente típica, do contrário, as lesões, por mais que sejam adequadas à descrição do art. 129 do CP, estarão fora do alcance proibitivo da norma penal. Traçando o paralelo, há uma complexa e dinâmica ordem normativa que regula a atividade econômica, a qual sempre deve ser observada antes de se estabelecer a relevância penal em determinado caso. Mais uma vez, reforça-se a necessidade de interação funcional entre as esferas de controle, pois o juiz criminal, isoladamente, jamais conseguirá abranger todas as normas de regulação da ordem econômica, necessitando, mesmo que de forma supletiva, recorrer a outras esferas. Por fim, os autores referem-se às “atividades perigosas fomentadas”. Aqui, observa-se que há um espaço de riscos permitidos pela ordem normativa e até riscos fomentados. Estes últimos podem ser impostos “por uma demanda de desenvolvimento econômico que não pode ser negada” e, portanto, deve ser equacionada por meio de uma operação mais ampla, de ponderação entre riscos permitidos e proibidos, o que, mais uma vez, nos aproxima do reconhecimento da incidência de questões prejudiciais à formulação do juízo de culpabilidade, a serem enfrentadas fora do campo penal.

Por fim, reconhecendo a pendência de muitas questões abertas, é

possível concluir que o modelo de controle misto parece o mais apropriado para a ordem econômica. Contudo, disso decorrem problemas naturais de sobreposição de esferas, que podem ser solucionados com o reconhecimento que, mesmo preservando a independência da justiça penal, não há como processar e julgar crimes contra a ordem econômica com a segurança necessária sem verificar, *a priori*, a presença de elementos típicos (tais como a cartelização, dominação de mercado, elevação injustificada de preços) que só poderão ser afirmados por meio da atividade das agências administrativas apropriadas, impondo-se ao Poder Judiciário a aplicação do art. 93 do CPP.

REFERÊNCIAS

ARZT, Gunther, ROXIN, Claus, TIEDEMANN, Kalus. **Introducción al derecho penal y al derecho penal procesal**. Barcelona: Ariel, 1989.

BARATTA, Alessandro. Funções instrumentais e simbólicas do direito penal. Lineamentos de uma teoria do bem jurídico. Trad. Ana Lúcia Sabadell. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 5. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

BATISTA, Nilo; Zaffaroni, Raúl. **Direito penal brasileiro**. Rio de Janeiro: Revan, 2003.

DIAS, Figueiredo e Costa Andrade. **Criminologia**. Coimbra: Coimbra Ed., 1997.

GRAU, Eros Roberto. **Contribuição para a interpretação crítica da ordem econômica na Constituição de 1998**. São Paulo: USP, 1990.

HASSEMER, Winfried. Perspectivas de uma moderna política criminal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 8. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1994.

_____. Por qué y con qué fin se aplican las penas? Trad. Maria del Mar Díaz Pita. **Revista de Derecho Penal y Criminología**, 2ª época, n. 3. Madrid: Marcial Pons, 1999.

KAHN, Tulio. Intimidação, incapacitação ou prevenção? Qual o melhor meio para reduzir a criminalidade. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 30. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

MIRABETE, Julio Fabrini. **Código de Processo Penal interpretado**. São Paulo: Atlas, 7. ed., 2000.

MOCCIA, Sergio. De la tutela de bienes a la tutela de funciones: entre ilusiones

postmodernas y reflujo iliberales. *In*: Silva-Sánchez (ed.). **Política criminal y nuevo derecho penal**. Barcelona: J.M. Bosch, 1997.

_____. **La perenne emergenza**. Napoli: Scientifiche Italiane, 1997.

OLIVEIRA, Gesner. A cenoura e o porrete contra os cartéis. **Folha de S. Paulo**, Seção Opinião, 15.11.2003.

PIERANGELI, José Henrique e ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **Manual de direito penal Brasileiro. Parte Geral**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

REALE JÚNIOR, Miguel. Despenalização do direito penal econômico: uma terceira via entre o crime e a infração administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 28. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

Revista do Instituto Brasileiro de estudos das relações de concorrência e de consumo. Caderno de jurisprudência, v. 2, n. 2, São Paulo, IBRAC, 1995.

ROXIN, Claus. La reparación en el sistema de los fines de la pena. Trad. Julio B.J. Maier e Elena Carranza. *In*: MAIER, Julio B.J. (org.). **Dos delitos y de las víctimas**. Buenos Aires: Ad-Hoc, 1992.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. São Paulo: Malheiros, 1996.

SILVA-SANCHÉZ, Jesus-Maria. **Libertad económica o fraude punibles? Riesgos penalmente relevantes e irrelevantes en la actividad económico-empresarial**. Barcelona: Marcial Pons, 2003.

_____. **A expansão do direito penal. Aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. Trad. Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. **Direito Econômico**. São Paulo: LTr, 1994.

Stoco, Rui. Abuso de poder econômico e sua repressão. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 11, 1995.

1 As definições foram extraídas de conferência proferida pelo autor no Brasil em 2003 e esquematizadas no quadro elaborado neste artigo.

2 O subsistema burocrático inclui todos os delitos e processos que, em geral, resultam em soluções pouco relevantes ou até inócuas, como prescrição, multas simbólicas, suspensão da pena ou do processo, penas nunca executadas, transação penal, enfim, casos que são absorvidos pela máquina judiciária de forma protocolar (ex.: estelionato, crimes contra a honra, crimes de trânsito, fraudes fiscais de menor repercussão, lesões corporais etc.). E o subsistema repressor é aquele em que, de fato, a pena de prisão é aplicada em larga escala e com severidade; opera voltado para a criminalidade “de subsistência”, “crimes de rua” ou sobre situações selecionadas (ex.: homicídio, roubo, crimes sexuais e drogas).

3 “(...) Tal termo nos indica dois fatos que, apesar de complementares, são distintos: em primeiro lugar está o fato de que a maior parte das normas penais produzidas pelo legislador em número cada vez maior (...) sejam normas penais acessórias às normas e à atividade administrativa do Estado e das instituições públicas; ou seja, normas que sustentam as funções, interferindo de modo subrogatório. Como destaca Lascoumes, isto significa que a disciplina penal intervém, eventualmente, numa fase mais avançada da interação entre administração e sujeitos privados: quando seu comportamento já não parece regulável através de mecanismos de controle próprio da ação administrativa. Neste caso de acessoriedade administrativa não existe uma norma social que sirva de base à norma penal (...) Em segundo lugar, o termo “Administrativização” indica que os tipos penais novos tendem a se parecer, na sua forma, cada vez mais, com as normas de intervenção da administração pública, distanciando-se assim dos requisitos ‘clássicos’ da Lei (abstração e generalidade). Desta forma, as normas penais se transformam em um instrumento de administração de situações particulares, de riscos excepcionais: em outras palavras, um instrumento de resposta contingente a situações de ‘emergências’ concretas (...)” (BARATTA, 1994, p. 11-12).

4 Fonte: **STC de 177/1999, de 11 de outubro. *Infracción administrativa e infracción penal en el ámbito del delito medioambiental: ne bis in idem material e processal.***

5 Conforme diagnóstico de Túlio Kahn (2000, p. 201), o efeito intimidatório da pena supõe que o agente seja um *homo economicus*, bem informado sobre os riscos de sua ação, perfil que se adapta ao tipo de criminalidade aqui enfocada.

6 “Enquanto não decidido definitivamente (pelo fisco) se o tributo é devido ou não, em jogo está a própria existência (materialidade) do crime. Nessas situações jamais se justifica a propositura imediata de ação penal. Aliás, quando intentada, mister se faz trancá-la ou anulá-la, como acaba de reconhecer o STF, por decisão de sua Primeira Turma” (HC 82.390, rel. Sepúlveda Pertence).

7 “Art. 93. Se o reconhecimento da existência da infração penal depender de decisão sobre questão diversa da prevista no artigo anterior, da competência do juízo cível, e se neste houver sido proposta ação para resolvê-la, o juiz criminal poderá, desde que essa questão seja de difícil solução e não verse sobre direito cuja prova a lei civil limite, suspender o curso do processo, após a inquirição das testemunhas e realização das outras provas de natureza urgente.”

5 OS CRIMES AMBIENTAIS E SUA RELAÇÃO COM O DIREITO ADMINISTRATIVO

Helena Regina Lobo da Costa

Professora do programa de educação continuada e especialização em Direito GVlaw; mestre e doutora em Direito Penal pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo; advogada em São Paulo.

5.1 Introdução

A regulamentação de condutas com vistas a preservar o meio ambiente deve levar em consideração o fato de que praticamente todas as atividades humanas geram algum prejuízo ao ambiente. Definir o que é proibido e o que é permitido acaba por ser, na maior parte dos casos, uma decisão fundada em variáveis quantitativas, temporais ou locais. Assim, por exemplo, proíbe-se a emissão de uma determinada substância acima de um dado limite; proíbe-se a pesca em certos períodos do ciclo reprodutivo dos peixes; e proíbe-se o corte de vegetação em determinados locais. Seria absurdo proibir a emissão de qualquer substância, proibir a pesca em todos os locais e épocas e proibir qualquer corte de vegetação em todo o território brasileiro.

Por isso, essa regulamentação envolve conhecimentos técnicos específicos (por exemplo, a época de reprodução de uma espécie que vive em trecho de um determinado rio), estudos prévios sobre as consequências de uma certa conduta em dado local, diferenciações detalhadas entre as diversas regiões, além de decisões políticas no âmbito do balanceamento entre proteção ambiental e objetivos econômicos.

Em regra, essa matéria acaba afeita ao direito administrativo, que regulamenta, por meio de leis, decretos, portarias e resoluções, nas três esferas da federação, a matéria ambiental de forma mais minuciosa.

Quando se transporta essa questão para o âmbito dos crimes ambientais, verifica-se que, do mesmo modo, a delimitação da conduta proibida dependerá das já citadas variáveis técnicas, temporais, locais e quantitativas. Não faria sentido, entretanto, criar tipos penais específicos, que trouxessem, em seu bojo,

todo o detalhamento exigido pela matéria ambiental. Por isso, o direito penal se socorre do direito administrativo, utilizando conceitos, normas ou atos administrativos como elementos do tipo penal ambiental¹.

Dessa forma, muitos dos tipos penais da Lei n. 9.605/98 (Lei dos Crimes Ambientais) remetem aos atos de permissão, licença ou autorização², como, por exemplo, o art. 29, *caput* e § 1º, I e III, os arts. 30, 31, 33, parágrafo único, II, e o art. 39³, dentre outros. Alguns tipos se referem a períodos ou lugares determinados por órgãos competentes, como o artigo 34⁴, também a revelar a complementação do tipo por dados do direito administrativo. Há, ainda, locuções como “área de preservação permanente”, conceito cujo conteúdo nos é fornecido por normas do direito administrativo e, em certas hipóteses, depende de um ato específico da administração para sua caracterização.

A doutrina tem denominado essa necessidade de se valer do direito administrativo para definir o tipo penal de “accessoriedade administrativa”, que prefiro grafar como assessoriedade administrativa⁵. Esse fenômeno caracteriza não apenas os crimes ambientais, mas também outras áreas do direito penal, tais como os crimes tributários e muitos crimes de trânsito.

Se, de um lado, parece não haver como evitar o recurso a dados do direito administrativo para a construção do tipo penal ambiental, por outro, surgem problemas de grande complexidade e difícil resolução, sobretudo no que se refere à motivação para o cumprimento da norma penal e ao princípio da determinação (uma das expressões do princípio da legalidade). Não é por acaso que a doutrina alemã tem apontado esse fenômeno como o calcanhar de Aquiles do direito penal ambiental (Esser, 1983, p. 387)⁶.

Esse artigo busca, então, identificar as formas de manifestação da assessoriedade administrativa, apontando seus problemas. A seguir, examinam-se questões concernentes ao relacionamento entre as duas instâncias (penal e administrativa), verificando como a jurisprudência tem tratado de alguns casos específicos e propondo um esboço de solução para essas questões.

5.2 Formas de manifestação: análise crítica

A complementação do tipo penal por meio de dados oriundos da esfera administrativa apresenta, conforme afirmado, diversos problemas quando analisada à luz dos princípios penais. Para examiná-los, proceder-se-á a uma tentativa de sistematização, classificando-se as formas de manifestação da assessoriedade administrativa em espécies e apontando, em cada uma delas, as

dificuldades mais prementes.

O tipo penal pode ser complementado por dados oriundos do direito administrativo de três formas: por meio de um conceito, por meio de uma norma e por meio de um ato administrativo concreto⁷. Algumas vezes, pode haver mais de uma forma de complementação no mesmo tipo penal.

É importante ressaltar que essa tripartição não é estanque e absoluta: ela decorre muito mais de uma tentativa de sistematização, para facilitar a compreensão e a análise do fenômeno, do que de uma diferenciação científica evidente entre conceitos, normas e atos administrativos. Conceitos jurídicos são, muitas vezes, preenchidos também com base em conteúdos normativos. Por sua vez, a compreensão da norma como um construído – e não como dado – revela a impossibilidade de se distinguir, de forma absoluta, norma, conceito e ato. Ademais, cumpre lembrar que o direito administrativo brasileiro considera atos administrativos também aqueles de caráter genérico, ou seja, portarias, decretos ou resoluções⁸.

Feita a ressalva de que a classificação mencionada apresenta utilidade sobretudo didática e analítica, pode-se passar ao estudo de cada uma das formas de manifestação citadas.

5.2.1 Complementação conceitual

A complementação por meio de conceitos ocorre quando o tipo penal arrola um certo conceito do direito administrativo como o elemento do crime ou remete, de forma mais genérica, a um tal conceito. É o caso, por exemplo, dos arts. 38 e 39 da Lei n. 9.605/98, que tipificam condutas relacionadas a “floresta considerada de preservação permanente”⁹. Floresta de preservação permanente é um conceito do direito administrativo, construído a partir da interpretação dos dispositivos do Código Florestal (especialmente arts. 2º e 3º) e Resoluções do CONAMA que tratam das áreas de preservação permanente (Res. 302, 303 e 369), conjugados com o conceito de floresta.

É preciso atentar, todavia, para o que Greco chama de casos de “falsa” complementação conceitual, isto é, conceitos que, às vezes, precisam de atos administrativos concretos para sua configuração¹⁰.

Pode-se dizer que a complementação conceitual não traz, via de regra, problemas graves em face do princípio da determinação, já que a própria norma penal delimita, materialmente, o espaço a ser preenchido pelo direito administrativo – devendo, como sempre, evitar a utilização de termos amplos e genéricos. O direito administrativo fica adstrito ao conteúdo material mínimo daquele conceito, não podendo, por exemplo, considerar “madeira de lei”¹¹

produto vegetal que não seja madeira.

Nesse sentido, é relevante citar decisão em que o Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul afastou a aplicação do artigo 39 da Lei dos Crimes Ambientais em local que não poderia ser considerado floresta:

CRIME AMBIENTAL. ARTIGO 39 DA LEI 9.605/98.
APELAÇÃO DEFENSIVA. PROVIMENTO.

A ação criminosa se materializa com o corte de árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem autorização da autoridade competente. Não há provas de que o corte tenha sido realizado em localidade que pudesse ser denominada de “floresta” (elemento objetivo do tipo do art. 39). Isto, certo, torna de rigor a absolvição. Apelação defensiva a que se dá provimento.

Voto do Relator: [...]

Com efeito, a defesa sustenta que, se corte houve, certo é que não foram realizados em localidade que pudesse ser denominada de floresta. A expressão “floresta” é elemento objetivo do tipo do artigo 39 da Lei Ambiental. Esse é um dado que não se pode desconsiderar.

O ilustre Desembargador Gaspar Marques Batista, de certa feita, ocupou-se de desvendar o significado da expressão “floresta”, no sentido que lhe dá a Lei n. 9.605/98.

Desta ocasião, registro a seguinte passagem:

“A norma incriminadora que pesa contra o recorrente é a do artigo 41 da moderna lei ambiental. Tal dispositivo trata do delito de incêndio em mata ou floresta. Pela dicção do aludido preceito, depreende-se que a ação delituosa consiste em provocar incêndio em mata ou floresta, ou seja, extensões de terras onde se agrupam árvores.

Segundo o conceituado dicionário de Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, floresta consiste em uma formação arbórea densa, na qual, geralmente, as copas se tocam; mata. [...]”

Não se recusa que a área atingida tenha o atributo de “preservação permanente”. O problema está em que, esta mesma área, não atende pelo nome de “floresta”. (TJRS – Apel. Crim. 700.14.454094, Rel. Des. José Eugênio Tedesco, j. 20/04/2006, v.u. RIO GRANDE DO SUL, 2004).

O interessante desta decisão é que, apesar de a norma administrativa conferir proteção tanto às florestas quanto às demais formas de vegetação¹², deixa-se claro que o tipo penal só pode ser aplicado às hipóteses de floresta, já que é esta a palavra contida na descrição da conduta. Não há, destaque-se, qualquer contrariedade em o direito penal se voltar apenas a alguns objetos de proteção, enquanto o direito administrativo desempenha um papel mais amplo. Isto porque o direito penal deve ser sempre subsidiário, deixando de atuar quando outros ramos se mostrarem suficientes ou mais eficientes.

5.2.2 Complementação normativa ou norma penal em branco

O segundo tipo de assessoriedade é a normativa,¹³ que se verifica quando a redação típica é complementada por uma norma administrativa de caráter geral (leis, decretos, portarias, resoluções etc.). Os tipos penais com essa característica são denominados de normas penais em branco¹⁴ pela doutrina. Como exemplo, pode-se citar a segunda parte do artigo 38 da Lei n. 9.605/98¹⁵ ou o artigo 56 da mesma lei¹⁶.

A norma penal dessa espécie pode ser complementada por leis da mesma hierarquia e fonte legislativa, sendo chamadas de normas penais em branco homogêneas, ou por fontes diversas (normas penais em branco heterogêneas). As normas penais heterogêneas têm dado ensejo a discussões acerca de eventual ofensa ao princípio da legalidade, em sua vertente *nullum crimen, nulla poena sine lege stricta*, já que o conteúdo do tipo acaba sendo modificado por outras instituições que não o Congresso Nacional (nesse sentido, v. Greco, 2005, p. 24-26).

Afirmar que apenas o Poder Legislativo pode definir o tipo penal não é mero preciosismo. Há de se lembrar que o princípio da legalidade desempenha, no direito penal, uma função essencial de limitação da política criminal, dentre outras. Essa função objetiva evitar que o direito penal seja utilizado de modo casual ou com intenções políticas individualizadas. Ademais, tal princípio possui um importante papel na divisão de poderes, já que, por meio da clássica idéia do sistema de freios e contrapesos, concede ao Poder Legislativo a legitimidade para a edição de tipos penais, subtraindo-a do Poder Executivo (Fiandaca; Musco, 1995, p. 50).

Ainda assim, tem-se reconhecido que o Poder Legislativo pode delegar espaços no tipo penal para a complementação pelo Poder Executivo, desde que o faça de modo delimitado e em matérias que necessitem, em razão de suas características, de tais complementações.

O Poder Executivo, evidentemente, deve ficar limitado, quando da

complementação, pelo conteúdo semântico da palavra ou locução a ser complementada¹⁷, não podendo complementá-la além dos limites materiais e substanciais da locução a ser completada. Outrossim, Mata Barranco (1996, p. 82) chama a atenção para que essa delimitação não se torne uma deslegalização mascarada do tipo penal, o que pode ocorrer quando o legislador deixa a cargo do Poder Executivo elementos fundamentais do tipo penal. Definir o que é um elemento fundamental do tipo e o que é um elemento complementar não é uma tarefa simples, o que denota a falibilidade do critério proposto pelo autor. De todo modo, sempre que a definição mesma da conduta proibida acabar a cargo da administração, estar-se-á diante de violação ao princípio da legalidade, que não se traduz apenas em um cânone formal, possuindo também aspectos materiais.

Na esfera ambiental, outro grande problema das normas penais em branco heterogêneas – ou tipos penais a serem complementados por normas administrativas infralegais – consiste na enorme complexidade e flexibilidade das normas administrativas.

Indubitavelmente, o direito administrativo apresenta, em suas normas, um grau de flexibilidade e indeterminação muito maior do que as normas penais. Além disso, em muitas hipóteses prevê a lei que o administrador decida com margem de discricionariedade.

José Afonso da Silva aponta dificuldades no próprio âmbito do direito administrativo:

A questão mais delicada da Política Nacional do Meio Ambiente reside na qualidade dos meios normativos de sua execução. Habitou-se, desde o regime militar, a atuar nessa matéria por meio de portarias e resoluções de órgão do *Sistema Nacional do Meio Ambiente*, o que facilita a sua criação e alteração. Essa flexibilidade, se por um lado é conveniente, em face de situações de emergência, por outro importa insegurança jurídica para os destinatários desses instrumentos infralegais, cumprindo, mesmo, verificar, em cada caso, até que ponto a situação regulada não exigiria lei, a fim de resguardar o princípio da legalidade, que se acha inscrito no art. 5º, II da Constituição da República (SILVA, 2002, p. 211, grifo do autor)¹⁸.

Tendo em vista que o direito penal possui, em comparação com o direito administrativo, um grau de exigência muito maior quanto ao princípio da legalidade no que se refere à redação dos tipos penais – que precisam ser determinados e taxativos – resta evidente que haverá, em muitos casos, suspeitas

sérias de violação ao princípio da legalidade.

Isto porque outro cânone do princípio da legalidade é o mandado de determinação típica ou taxatividade. O tipo penal deve ser redigido de forma clara, deixando evidente qual é a conduta proibida, e deve evitar o uso de expressões ou palavras dúbias. O destinatário precisa compreender o que é proibido – mesmo quando se trate de uma matéria com certas especificidades técnicas, como é a ambiental. Conforme a lição de Hassemer, os elementos do tipo precisam delimitar um espaço seguro de interpretação (Hassemer, 1968, p. 132).

Entretanto, os reenvios a normas administrativas tornam, em inúmeros casos, a norma penal indeterminada e o destinatário sequer consegue compreender qual o comportamento que ele não deve praticar.

Outra questão importante: o direito penal emana exclusivamente da União, a fim de evitar discrepâncias locais na matéria. Afinal, trata-se do ramo do direito penal que, em tese, deve se voltar apenas àquelas condutas mais gravosas à ordem social, sendo de rigor, pois, que haja uma uniformidade de tratamento no território. Entretanto, as normas ambientais administrativas podem ser federais, estaduais ou mesmo municipais. Quando complementam o tipo penal, poderão surgir diferenças de tratamento na esfera penal em razão da norma administrativa incidente.

Além disso, a incompreensão da norma penal gera problemas, também, no que tange ao elemento subjetivo. Se a norma administrativa integra o tipo como seu elemento, o dolo do agente deverá apreendê-la, ou seja, o agente deve ter conhecimento ou ao menos ter a possibilidade de conhecer tal norma. Caso isso não aconteça, configuram-se hipóteses de aplicação do instituto do erro¹⁹.

Mais ainda: a compreensão do tipo penal também se mostra fundamental para a própria efetividade do direito penal. Se o destinatário da norma não consegue compreender qual a conduta que deve se abster de praticar, a norma, logicamente, não é capaz de motivar seus destinatários no sentido de seu respeito e acaba por perder sua própria razão de ser.

Apesar de todas essas contrariedades a princípios fundamentais e deficiências quanto à efetividade, a Lei n. 9.605/98 foi pródiga na criação de tipos penais ambientais e utilizou a complementação normativa em muitos deles. Tanto que nossa doutrina tem criticado, reiteradamente, tal técnica legislativa²⁰.

Dessa forma, resta evidente que o tema merece maior reflexão, tanto sobre a aptidão e viabilidade de se insistir no uso generalizado do direito penal para coibir condutas ambientalmente prejudiciais quanto no sentido de se desenvolver critérios para analisar e delimitar a complementação dos tipos penais por normas administrativas.

Por fim, mencione-se que tais tipos penais podem também acabar por

criminalizar a mera desobediência administrativa, o que não deve ser admitido em direito penal, conforme será debatido mais adiante.

5.2.3 Complementação por meio de atos administrativos concretos

O terceiro tipo de assessoriedade ocorre quando o tipo penal se refere a um ato administrativo concreto, como uma conduta praticada sem licença, autorização ou permissão²¹, ou em desacordo com esses atos. Há inúmeros exemplos dessa espécie de tipos penais na Lei dos Crimes Ambientais, podendo-se citar, dentre outros, os artigos 50-A²², 51²³ e 52²⁴.

O primeiro questionamento que esses tipos penais ocasionam se refere à legitimidade de se criminalizar meras desobediências administrativas, que, em inúmeros casos, não acarretam qualquer dano ou perigo ao bem jurídico-penal. Imagine-se uma indústria que recebeu uma licença ambiental para desenvolver uma determinada atividade econômica. Dentre diversas condicionantes da licença, o órgão ambiental exigiu, como compensação, a entrega de uma viatura nova para a Polícia Ambiental da localidade. A empresa vem a descumprir essa condicionante específica, mas atende a todas as demais, especialmente àquelas que se referem a instalação de filtros, limitação de emissão de poluentes etc. Em tais casos, o bem jurídico-penal não é afetado pela conduta de não entregar a viatura, pois a atividade da empresa *em si* não gerou qualquer dano ou colocação em perigo.

O direito penal não deve tutelar atividades administrativas de fiscalização, ordenação ou organização por si, mas apenas quando tais atividades se revelarem como efetiva tutela direta de um bem jurídico de dignidade penal. A desobediência a uma ordem administrativa nem sempre redundará em lesão ou colocação em perigo de um bem jurídico.

O exemplo supracitado revela com clareza que o ato administrativo não pode ser usado como único parâmetro do tipo penal, devendo-se acrescentar outros elementos que afastem a criminalização da mera desobediência administrativa. Caso o legislador não siga tal orientação e redija tipos fundados meramente na desobediência a atos administrativos, deverá o intérprete aplicar corretivos – tais como a aplicação da idéia de tipicidade material ou do princípio da ofensividade (*nullum crimen sine injuria*) – no sentido de afastar a tipificação de condutas que não apresentem lesão do bem jurídico ou sua colocação em perigo.

Do contrário, haverá uma série de situações em que a afetação do bem jurídico meio ambiente estará ausente. Mais ainda: a determinação do conteúdo típico ficará, afinal, a cargo do(s) funcionário(s) responsável(is) pelo ato, o que abre as portas para a insegurança jurídica e para o arbítrio. Müller-Tuckfeld já advertiu que o tipo penal acaba submetido a critérios discricionários, que

dependem de “uma *praxis* mais severa ou mais leve naquele local, tratativas entre funcionários responsáveis pelo planejamento, políticos e a indústria, consideração acerca de locais de produção, postos de trabalho e receitas tributárias dependentes de atividades empresariais” (MÜller-Tuckfeld, 1995, p. 81)²⁵, ou seja, uma série de variáveis que são fluidas demais para definir o conteúdo típico de um crime. É fundamental destacar que é da própria natureza de tais atos a existência de um certo grau de discricionariedade, o que também gera perplexidade na esfera penal.

Um exemplo, dentre diversos, de tipo penal cuja legitimidade é questionável, em razão dos motivos acima expostos, é o art. 54, § 3º, da Lei n. 9.605/98, que estabelece: “Incorre nas mesmas penas previstas no parágrafo anterior quem deixar de adotar, quando assim o exigir a autoridade competente, medidas de precaução em caso de risco de dano ambiental grave ou irreversível”.

Como observa Marcelo Leonardo, há, nesse tipo, “manifesto arbítrio para a autoridade administrativa ambiental, que pode, por ato seu de caráter singular, dirigido a agente determinado, criar um tipo penal novo, através de uma simples notificação fiscal ambiental” (Leonardo, 2002, p. 165).

O tipo penal, absurdamente, sequer exige que a ordem tenha fundamento legal – o que, evidentemente, tem de ser observado pelo aplicador.

Apesar de todos esses problemas, não se pode, todavia, esquecer a importância dos atos de autorização, licença e permissão ou de proibição e interdição para o desenvolvimento e execução da política ambiental. Tais atos, pelo seu caráter de concretude, permitem que se leve em consideração variáveis locais, temporais e técnicas específicas para determinar a conduta permitida ou a proibida. Para o destinatário do ato, também há um importante aspecto de segurança jurídica, já que a administração transmite informações específicas sobre as condutas que deverá adotar.

Entretanto, essa segurança jurídica se revela, muitas vezes, ilusória. Isto porque o sistema de competências comuns no direito ambiental brasileiro é bastante complexo e gera alguns conflitos entre órgãos ambientais. Há casos em que um determinado órgão expede licenças ambientais e, posteriormente, um outro órgão as contesta, alegando ter sido emanadas de órgão incompetente ou competente apenas para alguns aspectos²⁶. A ausência de lei regulamentando o artigo 23 da Constituição da República (CF/1988) – que estabelece competência comum em matéria ambiental – contribui, evidentemente, para o surgimento de tais conflitos, além de ser necessária definição mais pormenorizada das funções e dos âmbitos de atuação dos diversos órgãos do SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente).

Fica evidente, portanto, que a assessoriedade de ato também redundava em

graves perplexidades.

Verifica-se, portanto, que a complementação de tipos penais por meio de atos e normas do direito administrativo gera uma série de problemas de difícil solução à luz dos princípios penais. Por outro lado, essa complementação parece ser inafastável na seara ambiental em razão de suas características.

5.3 O relacionamento entre o direito penal ambiental e o direito administrativo

Assim como a assessoriedade administrativa não é um fenômeno exclusivo do direito penal ambiental, também os problemas e complexidades decorrentes do relacionamento entre as instâncias caracterizam outras matérias, tais como os crimes tributários.

No Brasil, dominou por muito tempo o entendimento de que as instâncias penal e administrativa seriam independentes entre si. Essa posição foi superada, no âmbito tributário, especialmente a partir do julgamento do HC 81.611 pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal.

No que se refere aos crimes ambientais, todavia, não há ainda um entendimento firme sobre o tema. Indubitavelmente, trata-se de uma questão muito mais complexa do que a que envolve os crimes tributários, tendo em vista haver muito mais tipos, com estruturas típicas diversas. Em alguns crimes, resta evidente a necessidade de se refletir sobre a relação entre as duas esferas, especialmente nos casos em que um ilícito administrativo seja elemento do tipo penal (tais como: a prática de uma conduta sem licença, autorização ou permissão da autoridade ou em desacordo com tais atos, a atuação com infringência das normas de proteção ou em desacordo com as determinações legais ou regulamentares etc.).

Mas também com relação a crimes em cuja estrutura típica não consta expressamente nenhum elemento do direito administrativo se faz necessária uma reflexão mais aprofundada sobre o relacionamento entre a esfera penal e a administrativa. O conceito de poluição, por exemplo, poderia ser firmado de modo absolutamente independente pelo juiz criminal? Pode um juiz criminal condenar alguém pela prática do crime de poluição caso essa pessoa tivesse agido com licença da autoridade ambiental, sem violar seus termos, ainda que esse requisito não conste da redação do tipo penal?

Outra indagação importante se refere aos efeitos penais dos termos de ajustamento de conduta. Deve a assinatura ou o cumprimento de tais termos repercutir na esfera criminal?

Todas essas questões têm surgido na aplicação cotidiana da Lei dos

Crimes Ambientais. A jurisprudência tem tratado de alguns destes temas, mas não se estabeleceu, ainda, um caminho seguro. Não é rara a existência de decisões contraditórias, até oriundas do mesmo tribunal. Na doutrina brasileira, a discussão ainda é embrionária. Cumpre ressaltar que o presente artigo, longe de pretender esgotar todas as questões, tem como intuito provocar a discussão, ciente de que, pela própria complexidade do tema, fornecer respostas prontas é, no mínimo, temerário.

O fato é que a tese de absoluta independência entre as instâncias penal e administrativa acaba por acarretar inúmeras perplexidades teóricas e dificuldades práticas. Conforme já afirmado, é extremamente difícil, ao direito penal, estabelecer quais são as condutas proibidas sem recorrer ao auxílio do direito administrativo na seara ambiental. Estabelecer parâmetros técnicos em cada tipo penal – em vez de os remeter aos limites fixados pela administração ambiental – resultaria em casuismo enorme, gerando grande incerteza. Ademais, surgiriam contradições com os parâmetros da esfera administrativa, tornando a falta de clareza ainda maior.

Outra possibilidade seria deixar de quantificar ou delimitar tecnicamente a conduta, mas exigir dano ou colocação em perigo da vida, saúde ou integridade física humanas para a configuração do tipo penal. Essa, aliás, é a sugestão tecida pelo autor português Paulo de Sousa Mendes (2000, p. 178 e s.), crítico feroz da complementação do tipo penal pela esfera administrativa. Entretanto, ainda que em um primeiro momento tal solução pareça viável, já que se trata de parâmetros próprios do direito penal, após uma análise mais detida, verifica-se que a dificuldade é apenas realocada para o âmbito da causalidade. Atualmente, é difícil estabelecer quais condutas lesivas ao ambiente geram dano ou perigo à saúde ou vida humanas, já que tais resultados costumam depender da cumulação de condutas, de efeitos sinérgicos ou somente são verificados após o decurso de um longo período de tempo. Trata-se de um problema que surge tanto na teoria da condição quanto no momento processual da produção de prova.

Parece, então, que o direito penal ambiental terá de conviver com a complementação de seus tipos pelo direito administrativo. Nesse contexto, sustenta-se a autonomia absoluta entre as esferas?

O primeiro dado a ser considerado é o da unidade lógica do sistema jurídico. Uma mesma conduta concreta não pode, ao mesmo tempo, ser lícita no direito civil ou administrativo e proibida criminalmente²⁷. Com isso não se quer dizer que a ilicitude é coincidente nas três esferas: civil, administrativa e penal. Ilícitos administrativos ou civis podem – e devem, na maioria dos casos, em razão do princípio da subsidiariedade e fragmentariedade do direito penal – não configurar qualquer crime. Ocorre que o ilícito penal encerra tamanha gravidade dentro do sistema jurídico que, necessariamente, não poderá ser permitido por

outro ramo do direito. O ilícito penal precisa ser antijurídico, ou seja, encerrar uma contrariedade à totalidade da ordem jurídica (Tavares, 2000, p. 116-117). Essa é a lição de Francisco de Assis Toledo (1994, p. 166): “a inexistência, assim proclamada, do ilícito civil constitui obstáculo irremovível para o reconhecimento posterior do ilícito penal, pois o que é civilmente lícito, permitido, autorizado, não pode estar, ao mesmo tempo, proibido e punido na esfera penal”.

Outrossim, sequer faz sentido, em termos de prevenção geral, exigir do agente que se abstenha da prática de uma conduta que o próprio Estado o autorizou a praticar.

No direito ambiental, há também um aspecto político importante, ressaltado por Morales Prats:

na hipótese de um modelo de tutela penal do ambiente excessivamente autônomo, produz-se a ignorância da própria lógica interna do modelo institucional de meio ambiente pelo qual se optou extrapenalmente, com o conseqüente risco de intervenções do direito penal orientadas não tanto para salvaguardar os interesses que se reclamam social e institucionalmente (MORALES PRATS, 1997, p. 476).

Portanto, já se pode concluir que, por mais autonomia que se busque conceder ao direito penal, ao menos, ter-se-á de observar as situações administrativa ou civilmente lícitas, afastando a incidência dos tipos a tais hipóteses.

Alguns autores criticam essa vinculação, afirmando ser inadmissível deixar sem punição penal condutas evidentemente lesivas ao meio ambiente, tão-somente porque elas foram autorizadas pela esfera administrativa. Entretanto, se as escolhas públicas acerca da harmonização entre tutela ambiental e desenvolvimento econômico, expressas por meio das autorizações, licenças e demais atos administrativos, revelam-se falhas, o foro correto para sua discussão e correção não é o direito penal.

Assim, punir aquele que agiu com autorização não apenas contraria aspectos fundamentais da teoria do delito, mas também é inútil do ponto de vista da finalidade da pena.

Por outro lado, pode-se admitir um modelo de absoluta vinculação do direito penal às decisões administrativas? Também não parece estar nessa proposta a resposta para a questão. Em um tal modelo, o tipo penal se verifica com a mera desobediência administrativa, independentemente de verificações quanto à afetação do bem jurídico. Ora, já foi exposto acima que a legitimidade

de tais tipos penais é duvidosa, já que abarcam, formalmente, inúmeras situações em que somente se contrariou uma obrigação administrativa, relacionada ao controle ambiental, sem qualquer relação com o bem jurídico meio ambiente. A atividade de controle da administração ambiental, pura e simples, não se constitui em um bem jurídico-penal.

Faltam, aos tipos absolutamente dependentes do direito administrativo, elementos de cunho material, que expressem o desvalor da ação e de seu resultado, sob a luz do bem jurídico.

Tudo indica que é um modelo de relativa dependência entre as esferas aquele que fornecerá respostas mais satisfatórias. Nesse modelo, o direito penal se vincula parcialmente às decisões ou aos dados do direito administrativo, mas possui, também, espaço para analisar, com base em seus próprios critérios, diversos aspectos. Definir como deve ser o funcionamento desse sistema não será, à toda evidência, trabalho simples.

Ainda assim, ousa-se traçar algumas sugestões, a partir da análise de algumas hipóteses, verificando, também, como a jurisprudência as tem decidido. Vejamos.

Condutas praticadas com autorização ("lato sensu") da autoridade administrativa e tipos penais em que a autorização não consta como elemento do tipo: em razão dos argumentos já expostos acima, não deve haver incidência do tipo penal.

Nesse sentido, interessante citar a seguinte decisão do Tribunal Regional da 4ª Região, que afastou a incidência do crime ambiental, em atividade licenciada, muito embora tenha se fundamentado não na unidade do sistema jurídico, mas especialmente nos princípios da proporcionalidade, subsidiariedade e insignificância:

DIREITO PENAL E PROCESSUAL. DENÚNCIA. REJEIÇÃO. ART. 43 DO CPP. LEI 9.605/98. CRIMES AMBIENTAIS. ENTRADA EM FUNCIONAMENTO DE USINA HIDRELÉTRICA. LICENÇA DE OPERAÇÃO CONCEDIDA PELOS ÓRGÃOS RESPONSÁVEIS. MORTANDADE DE PEIXES. EFEITO INEVITÁVEL. ATIPICIDADE DA CONDUTA. AUSÊNCIA DE INDÍCIOS SUFICIENTES DA MATERIALIDADE DELITIVA. PROPORCIONALIDADE ENTRE TUTELA CRIMINAL E LESÃO AO ECOSISTEMA. FALTA DE JUSTA CAUSA. PRESCRIÇÃO EM ABSTRATO DE PARTE DOS FATOS. RECURSO EM SENTIDO ESTRITO DESPROVIDO.

1. [...]

2. No tocante às demais infrações descritas na peça exordial,

verifica-se que a colocação em funcionamento da Usina Hidrelétrica de Itá foi amparada em licença de operação outorgada pelo órgão competente e precedida de medidas ambientais compensatórias.

3. Resta evidente que uma obra de tamanha envergadura necessariamente acarreta mudanças no meio onde realizada, não implicando, por si só, a caracterização de crime contra a natureza.

4. Consoante os depoimentos de peritos ouvidos na esfera policial, o fechamento das comportas tanto em dezembro/99 como em janeiro/2000 teria o mesmo impacto ambiental, independente de se tratar ou não da época de reprodução da fauna aquática.

5. Ademais, na hipótese em tela, deixou-se de coletar, na fase inquisitorial, um mínimo lastro de provas indicando se a quantidade de peixes mortos em decorrência da conduta narrada na peça acusatória foi maior do que o previsível, vale dizer, se chegou a afetar o equilíbrio da bacia hidrográfica do rio Uruguai ao ponto de ensejar tipicidade penal.

6. *In casu*, não se mostra razoável pretender punir os réus por causar lesão ínfima ao ecossistema, quando a estes foi dada autorização estatal expressa para imprimir significativa alteração ao meio ambiente da região, sob pena de caracterizar-se ofensa aos princípios penais da intervenção mínima e da proporcionalidade.

7. Inexistindo justa causa para a instauração da *persecutio criminis in judicio*, correta a decisão que rejeitou a denúncia com apoio no art. 43 do Diploma Processual (TRF 4 – RSE 2000.72.020006269/SC, 8ª Turma, j. 25/02/2004, v.u., Rel. Elcio Pinheiro de Castro).

Condutas praticadas com autorizações nulas ou anuláveis: será necessário analisar o motivo da nulidade ou anulabilidade e o momento em que o ato foi declarado nulo ou anulado²⁸. Caso tenha ocorrido erro da autoridade administrativa, que conferiu a autorização ou licença em desacordo com as normas ambientais, não poderá ao particular que agiu de boa-fé e acreditando no ato administrativo permissivo ser imputada a prática de crime. Da mesma forma, caso o ato administrativo fosse válido ao tempo da prática da conduta, tendo sido considerado inválido retroativamente, não se poderá punir o particular²⁹. A esfera penal não poderá, de forma independente, reconhecer a nulidade ou invalidade do ato administrativo, devendo receber esse dado da esfera administrativa e, a seguir, analisar se o motivo ou o momento de anulação ou declaração da nulidade do ato não dão ensejo à não incidência do tipo penal.

Condutas praticadas sem autorização ou licença, porém posteriormente autorizadas pela administração: quando a própria autoridade ambiental analisa a situação concreta e confere o ato autorizativo para a prática da conduta, está-se diante de uma situação que não causa dano proibido ao meio ambiente. Por isso, mesmo nos casos em que a conduta fora praticada antes da obtenção da licença, posteriormente concedida, não há espaço para o ilícito penal. Do contrário, estar-se-ia punindo a mera desobediência a obrigações ligadas à fiscalização administrativa, sem qualquer afetação do bem jurídico-penal.

Nossa jurisprudência tem proferido reiteradas decisões nesse sentido:

PENAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. ARTIGOS 50 E 60 DA LEI N. 9.605/98. DRAGAGEM DE CANAL EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO AMBIENTAL. OBRA DE INTERESSE PÚBLICO. OBTENÇÃO DE LICENÇA. REGULARIZAÇÃO DA ATIVIDADE. AUSÊNCIA DE JUSTA CAUSA. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA.

1. Na hipótese em tela, restou demonstrado que, mediante requerimento da comunidade, o Prefeito Municipal autorizou a dragagem do leito de um canal, a fim de possibilitar aos pescadores locais acesso à Baía de Guaratuba, dificultado pelo assoreamento do curso d'água.

2. Concomitantemente ao início das obras, restou requerida ao Instituto Ambiental do Paraná a expedição de licença, a qual só foi expedida alguns meses depois, devido aos trâmites burocráticos.

3. Nesse contexto, além da operação de dragagem ter sido motivada por relevante interesse social, em face da situação de urgência da comunidade que sobrevive da pesca, certo é que o denunciado protocolou pedido de autorização e logrou obter a respectiva licença ambiental, regularizando as atividades, ainda que posteriormente à lavratura do auto de infração.

4. Denúncia que se rejeita, por mostrar-se evidenciada a ausência de justa causa para a instauração da *persecutio criminis in judicio*. (TRF 4 – Inq. 2004.01.010291513/PR, j. 31/03/2005, m.v., Rel. Des. Néfi Cordeiro, Rel. para acórdão: des. Élcio Pinheiro de Castro.)

PROCESSO-CRIME. LEI AMBIENTAL. [...]

O objeto material do novo delito previsto no art. 60 da Lei n. 9.605/98 são os estabelecimentos, as obras ou os serviços potencialmente poluidores sobre os quais deve recair uma conduta específica de

construí-los, reformá-los, ampliá-los, instalá-los ou fazê-los funcionar, sem autorização ou licença dos órgãos ambientais competentes. Estamos diante da prática de atividade perigosa que, uma vez consentida, deixa de ser punível. A autorização ou licença prévia funciona, portanto, como causa excludente da tipicidade do fato. A autorização ou licença posterior funciona como causa extintiva da punibilidade do fato extralegal.

[Trecho do voto do relator:] Estamos diante da prática de atividade perigosa que, uma vez consentida, deixa de ser punível. A autorização ou licença prévia funciona, portanto, como causa excludente da tipicidade do fato (por todos, Paulo José da Costa Jr., in “Delito Ecológico”, p. 87/95, Ed. EU, 1996). A autorização ou licença posterior funciona como causa extintiva da punibilidade do fato extralegal. No caso em exame, os estabelecimentos, obras ou serviços potencialmente poluidores ainda não foram construídos ou instalados. Se algum serviço foi iniciado, antes ou depois da licença concedida a 19/09/2000, tal fato, pela intervenção do órgão ambiental competente, tornou impunível a conduta incriminada na denúncia. (TJRS, Quarta Câmara Criminal, Processo n. 70001949361, Rel. Des. Vladimir Giacomuzzi.)

CRIME AMBIENTAL. COMPETÊNCIA. EXTRAÇÃO DE AREIA. ART. 55 DA LEI N. 9.605/98. LICENÇA. RENOVAÇÃO. RIGORISMO BUROCRÁTICO. [...]

– Constitui crime ambiental a extração irregular de substância mineral, ou seja, sem a competente autorização, permissão, concessão ou licença, ou em desacordo com a obtida.

– Não deve ser punido com uma sanção penal aquele que procurou de forma diligente legalizar sua atividade mineradora, mesmo que obtida após a ocorrência dos fatos por questões meramente burocráticas (TRF, 4ª R., ACR 1999.71.120029390/RS, 8ª Turma, j. 27/08/2003, m.v., Rel. Volkmer de Castilho, Rel. para acórdão Luiz Fernando WovkPenteado).

Em alguns casos, os tribunais têm afastado o elemento subjetivo em tais hipóteses:

PENAL. CRIME CONTRA O MEIO AMBIENTE. EXPLORAÇÃO DE PRODUTO MINERAL SEM AUTORIZAÇÃO. ART. 55 DA LEI 9.605/98. UTILIZAÇÃO DE SAIBRO PARA ESTRADAS MUNICIPAIS. CONDUTA ATÍPICA. LEI 9.827/99. OBTENÇÃO DA LICENÇA AMBIENTAL. REGULARIZAÇÃO DA

ATIVIDADE. AUSÊNCIA DE DOLO. ABSOLVIÇÃO.

1. Consoante a jurisprudência da 4ª Seção desta Corte, a Lei n. 9.827/99, acrescentando o parágrafo único ao artigo 2º do Decreto-Lei n. 227/67, descriminalizou em relação aos municípios: a conduta de extrair minerais sem autorização legal, desde que empregados em obras públicas.

2. *In casu*, o saibro foi extraído para ser utilizado em estradas municipais, o que exclui a tipicidade da conduta.

3. Além disso, *embora a lavra não fosse permitida na época dos fatos, o denunciado protocolou pedido de autorização junto ao DNPM e logrou obter licença ambiental da FATMA, demonstrando intenção inequívoca de regularizar a atividade.*

4. Apelo provido para absolver o apelante, com base no artigo 386, incisos III e V, do CPP. (TRF 4, ACR 2000.72000017171/SC, 8ª Turma, j. 25/06/2003, v.u., Rel. Elcio Pinheiro de Castro – grifo meu.)

Condutas praticadas em desacordo com a licença ou autorização: em tais hipóteses, deve-se analisar se a prática em desacordo violou condições de caráter ambiental ou de caráter meramente burocrático, relacionadas ao controle pela autoridade ambiental.

Imaginemos uma empresa que emite gases na atmosfera e possui uma licença ambiental que delimita quantitativamente tais emissões e estabelece outras condicionantes. Se o agente deixa de cumprir a condicionante de entregar, a cada 30 dias, cópias de análises de qualidade do ar à autoridade ambiental, mas as emissões continuam dentro dos limites estabelecidos e as análises foram feitas, mas apenas não entregues, não há ilicitude penal material. A autoridade administrativa poderá, evidentemente, aplicar sanção pelo descumprimento da obrigação administrativa, mas o direito penal deverá ficar alheio a tal situação.

Se, ao contrário, a atuação se verificou em desacordo com obrigações de cunho ambiental, que se destinavam a delimitar quantitativa ou qualitativamente a conduta permitida em termos ambientais, poderá incidir o crime, se verificados os demais requisitos.

Como exemplo, pode-se citar a seguinte decisão proferida pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região:

*HABEAS CORPUS QUE OBJETIVA O TRANCAMENTO DA
AÇÃO PENAL. PACIENTE ACUSADA DE VIOLAÇÃO AO ART. 2º,*

CAPUT, DA LEI 8.176/91, C.C. O ART. 55 E 40 DA LEI 9.605/98 E ART. 71 DO CP. ILICITUDE CARACTERIZADA PELA EXORBITAÇÃO DOS LIMITES ESTABELECIDOS PARA A EXTRAÇÃO DE AREIA. [...]

– A paciente é acusada de violação ao art. 2º, *caput*, da Lei 8.176/91, c.c. o art. 55 e 40 da Lei 9.605/98 e art. 71 do Código Penal.

– Quanto à justa causa para a ação penal, a ilicitude penal não está caracterizada pela ausência de licenciamento, mas pela exorbitação dos limites estabelecidos para a extração da areia. [...]

– Os impetrantes juntaram sucessivas licenças específicas dos municípios de São Pedro e de Piracicaba, onde estão localizadas as margens do Rio Piracicaba. Também comprovaram a renovação do registro do licenciamento [...]. Portanto, conclui-se que a empresa de propriedade da paciente possui a licença exigida pela lei penal. Resta verificar se a firma eventualmente atua em desacordo com as licenças obtidas.

– Conforme a denúncia, houve extração irregular com utilização de uma “máquina pá carregadeira” em vegetação rasteira. O órgão ministerial aponta, ainda, “supressão de vegetação Arbórea/Arbustiva, visto que o local é colonizado predominantemente por Gramíneas (Capim Colômbio), conforme laudo de vistoria realizado pelo Departamento Estadual de Proteção de Recursos Naturais – DEPRN”. O auto-de-infração de fl. 25 igualmente aponta a supressão de vegetação rasteira considerada de preservação permanente. Logo, ainda que se considerem os documentos apresentados, há indícios de extração mineral em desacordo com as licenças obtidas, em face de alteração indevida da flora com emprego de máquina pá carregadeira (TRF, 3ª Região, HC 14130, 5ª Turma, Rel. Juiz André Nabarrete, j. 11/03/2003).

Questão interessante e bastante intrincada, que também vem sendo discutida em nossos tribunais, é a que diz respeito aos *efeitos penais da assinatura ou cumprimento de termos de compromisso*.

Os termos de compromisso são uma forma de transação, isto é, negócio jurídico bilateral cuja finalidade é a prevenção ou a extinção de litígios. O compromisso desconstitui a situação anterior e a substitui pelas novas condições, acordadas no termo. Tanto é assim que, em caso de descumprimento, não se buscará aplicar sanção em face da situação anterior, mas executar-se-á o próprio termo, que tem força de título executivo extrajudicial.

Em tais casos, a autoridade administrativa abre mão de verificar a ocorrência do ilícito administrativo, em favor das medidas acordadas, mais benéficas à proteção do meio ambiente. Nos tipos penais cujo aperfeiçoamento dependa do ilícito administrativo (v.g., atuar sem licença ou em desacordo com ela), como pretender sua verificação se a própria esfera administrativa abriu mão de analisar um dos dados que constitui, na esfera criminal, elemento do delito?

Para responder a esta pergunta, a jurisprudência, em alguns casos, tem insistido na tese de que as instâncias seriam independentes, deixando a cargo do juiz criminal a análise da verificação do elemento do tipo relacionado à esfera administrativa.

Existem, entretanto, algumas decisões que vêm reconhecendo que a assinatura do acordo desconstitui o ilícito penal. O Tribunal de Justiça de Minas Gerais, diante de um caso em que a empresa assinara Termo de Compromisso com a Fundação Estadual do Meio Ambiente – FEAM-MG e o Ministério Público, decidiu pelo trancamento da ação penal:

Mandado de Segurança – Crime ambiental – Existência de Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta – Ausência de justa causa – Deve ser trancada a ação penal por falta de justa causa na hipótese em que a impetrante assinou termo de compromisso de ajustamento de conduta ambiental junto aos órgãos competentes antes do oferecimento da denúncia – *Mandamus* concedido (TJMG, Proc. 1.0000.03.400377-2, Rel. Jane Silva, v.u., j. 25/06/2004).

Outras duas decisões no mesmo sentido foram proferidas, também pelo TJMG:

Habeas Corpus. Acordo firmado com força de título executivo extrajudicial. Matéria penal definitivamente desconstituída que impede a apresentação da denúncia sobre o mesmo fato. Denúncia oferecida e recebida. Constrangimento ilegal caracterizado. Trancamento da ação penal ordenada. (TJMG – HC 1.0000.04.410063-4/000(1), j. 24/08/2004, Rel. Antônio Carlos Cruvinel, v.u.)

Habeas Corpus. Trancamento de ação penal. Crime ambiental. Existência de Termo de Ajustamento de Conduta. Justa causa que não se verifica. Denúncia que não individualiza a conduta do paciente. Direito

de defesa prejudicado. Inépcia. Ordem concedida. (TJMG – HC 1.0000.06.445201-4/00, Rel. Reynaldo Ximenes Carneiro, j. 16/11/2006, v.u.)

Essa posição, ressalte-se, ainda não está consolidada, predominando ainda as idéias de independência entre as instâncias, especialmente fundadas no argumento de que a Constituição Federal previu tripla responsabilidade (civil, administrativa e penal) por atos danosos ao meio ambiente e essas responsabilidades seriam independentes entre si.

Do mesmo TJMG, pode-se citar a seguinte decisão:

APELAÇÃO CRIME. DESTRUIR VEGETAÇÃO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE, SEM AUTORIZAÇÃO. ART. 50 DA LEI 9.605/98. CRIME AMBIENTAL. ARQUIVAMENTO DO FEITO.

Não configura *bis in idem* a realização de audiência preliminar e oferta de Transação com anterior Termo de Ajustamento de Conduta firmado para reparação do dano ambiental.

PROVIDA APELAÇÃO. UNÂNIME.

Trecho do relatório: Ministério Público interpôs apelação da decisão que determinou o arquivamento do procedimento criminal que foi instaurado contra I. B., por infração ao art. 50 da Lei 9.605/98, afirmando que pela decisão da origem *a reparação do dano prevista no termo circunstanciado de ajustamento de conduta firmado entre o Ministério Público e o ora recorrido constitui punição e que, por isso, a questão criminal encontra-se resolvida*, o que não encontra suporte legal e, por isso, deve ser reformada, a fim de haver regular processamento do feito criminal.

Trecho do voto da Relatora: reporta-se a acórdão da lavra do Juiz Alberto Delgado Neto: “A convicção do juízo de origem é de que se trata de *bis in idem*, ou seja, que o autor do fato está sujeito a dupla punição, pelo mesmo fato, uma vez que firmou Termo de Compromisso de Ajustamento de Conduta com o Ministério Público para reparação do dano ambiental, sendo este o objetivo maior a ser alcançado, entendendo por arquivar o feito para apuração criminal – Termo Circunstanciado.

Entretanto, o § 3º do artigo 225 da Constituição Federal prevê a sujeição dos agentes que causam danos ao meio ambiente sanções

penais e administrativas, independentemente da obrigação de reparar o dano. Firma a independência das esferas de atuação do Poder Público quanto aos interesses a serem atendidos com a ocorrência do dano. É, ainda, a composição do dano ambiental pressuposto para eventual proposta de transação penal, fonte no artigo 27 da Lei 9.605/98.

A reparação do dano é prioritária, mas não afasta a cumulação na esfera penal, pois os fundamentos são distintos. Um visa à reparação do meio ambiente “in natura”. O outro, atender ao interesse público penal retributivo e preventivo pela prática de conduta que, além de danosa ao meio ambiente, também tipificada como crime no ordenamento jurídico.

Assim, consoante o rito da Lei 9.099/95, no seu artigo 76, deve ser designada audiência preliminar, para que possa ser proposta à parte a transação penal. Neste momento do procedimento terá o recorrido a oportunidade de manifestar suas razões para a não submissão ou não cabimento de aplicação imediata de pena. (TJMG – RECURSO CRIME – TURMA RECURSAL CRIMINAL – N. 71001201425 – Comarca de Erechim.)

Existem, sem dúvida, diversas outras situações que necessitarão de maior reflexão. De todo modo, já se pode concluir que uma relativa vinculação da esfera criminal à esfera administrativa parece ser a solução mais adequada às questões, muito embora exija uma construção mais elaborada acerca de em que hipóteses e de que forma a vinculação deve se estabelecer.

Por fim, é fundamental deixar claro que a relativa vinculação proposta não significa um engessamento da esfera penal. Pelo contrário: a partir dos dados colhidos na esfera administrativa, serão aplicados os princípios, conceitos e regras do direito penal. O que se busca é evitar que a esfera penal invada o espaço destinado ao direito administrativo para colocar em prática a política ambiental, que envolve juízos técnicos e discricionários.

Assim, por exemplo, a esfera penal poderá afastar a incidência do tipo quando a conduta verificada se revela insignificante penalmente, ainda que a autoridade administrativa assim não considere³⁰. Do mesmo modo, quando verificado que o ato proibitivo administrativo tinha finalidade diversa da proteção ao meio ambiente, o juiz criminal deve reconhecer a inexistência de crime, por ausência de afetação do bem jurídico.

Dessa forma, constrói-se um arcabouço que permite a plena incidência das normas penais, afastando a punição da mera desobediência administrativa e evitando decisões que desrespeitam a unidade lógica do sistema jurídico e o

espaço de decisões políticas relacionadas ao meio ambiente.

5.4 Conclusão

Na esfera ambiental, parece ser inevitável o recurso a conceitos, normas ou atos administrativos para configurar o tipo penal. Entretanto, esse reenvio acarreta problemas de difícil superação, relacionados a pontos nevrálgicos do direito penal, tais como o respeito ao princípio da legalidade. A própria efetividade da norma penal é colocada em xeque, já que se o destinatário não a consegue compreender, em razão da complexidade das remissões, certamente não saberá qual o comportamento que dele se espera.

Além disso, surgem, na prática, diversos problemas de relacionamento entre as instâncias penal e administrativa, aos quais se buscou, na segunda parte do artigo, esboçar algumas soluções, demonstrando sua factibilidade a partir de decisões jurisprudenciais.

Em conclusão, parece que a assessoriedade administrativa, muito além de desafiar a dogmática penal, deve gerar uma reflexão sobre a aptidão, a legitimidade e a viabilidade de se utilizar o direito penal ambiental de forma ampla. As dificuldades apontadas ao longo do texto indicam que, provavelmente, o próprio direito administrativo, quiçá reformulado, é muito mais adequado e legítimo para tratar de questões tão complexas, que envolvem balanceamentos políticos e estudos técnicos. Ao direito penal devem ficar reservadas, efetivamente, apenas as condutas de maior gravidade e que possam ser tratadas pelo próprio sistema penal, dentro das estruturas a que ele está afeito a trabalhar.

REFERÊNCIAS

BARRANCO, Norberto J. de la. **Protección penal del ambiente y accesoriad administrativa**: tratamiento penal de comportamientos perjudiciales para el ambiente amparados en una autorización administrativa ilícita. Barcelona: Cedecs, 1996.

COSTA, Helena Regina Lobo da. **Proteção ambiental, direito penal e direito administrativo**. 2007. Tese (Doutorado em Direito) – Universidade de São Paulo.

ESER, Albin. *Ökologisches Recht*. Em: MARKKL, Hubert. **Natur und Geschichte**.

München; Wien; Oldenburg, 1983. p. 349-396.

FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. **Diritto penale**: parte generale. 3. ed. Bologna: Zanichelli, 1995.

FREITAS, Vladimir Passos de; FREITAS, Gilberto Passos de. **Crimes contra a natureza**. 7. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

FRISCH, Wolfgang. **Verwaltungsakzessorietät und Tatbestandverständnis im Umweltstrafrecht**: Zum Verhältnis von Umweltverwaltungsrecht und Strafrecht und zur strafrechtlichen Relevanz behördlicher Genehmigungen. Heidelberg: Müller, 1993.

GRECO, Luís. A relação entre o direito penal e o direito administrativo no direito penal ambiental: uma introdução aos problemas da acessoriedade administrativa. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 58, p. 152-194, jan./fev. 2006.

GRECO, Rogério. **Curso de Direito Penal**: parte geral. 5. ed., rev. atual. e ampl. Niterói: Impetus, 2005.

HASSEMER, Winfried. **Tatbestand und Typus**: Untersuchungen zur strafrechtlichen Hermenutik Köln et al.: Carl Heymanns, 1968.

_____. Freistellung des Täters aufgrund von Drittverhalten. Em: ESER, Albin; SCHITTENHELM, Ulrike; SCHUMANN, Heribert. **Festschrift für Theodor Lenkner zum 70. geburtstag**. München: Beck, 1998. p. 97-117.

HEINE, Günter. Accesoriedad administrativa en el derecho penal del medio ambiente. **ADPCP**, Madrid, 1996.

KRELL, Andreas J. **Discrecionariiedade administrativa e proteção ambiental**. Porto Alegre: Livr. do Advogado, 2004.

LEONARDO, Marcelo. Crimes ambientais e os princípios da reserva legal e da taxatividade do tipo em direito penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, v. 10, fasc. 37, p. 153-167, jan./mar. 2002.

MENDES, Paulo de Sousa. **Vale a pena o direito penal do ambiente?** Lisboa: Associação Académica da Faculdade de Direito, 2000.

MILARÉ, Edis; COSTA JÚNIOR, Paulo José da. **Direito penal ambiental**: Comentários à Lei 9.605/98. Campinas: Millenium, 2002.

MORALES PRATS, Fermín. La estructura del delito de contaminación ambiental. Dos cuestiones básicas: ley penal en blanco y concepto de peligro". In: VALLE MUÑIZ, J. M. **La protección jurídica del Medio Ambiente**. Pamplona: Ed. Aranzadi, p. 225-255, 1997.

MÜLLER-TUCKFELD, Jens Chistian. Die Probleme der Verschärfung und die Verschärfung der Probleme. **Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft**, Baden-Baden, Heft 1, ano 78, p. 69-93, 1995.

PRADO, Luiz Regis. **Crimes contra o ambiente**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. Sobre la dogmática y la política criminal del derecho penal del medio ambiente. **Cuadernos de Doctrina y Jurisprudencia Penal**, Buenos Aires, v. 5, fasc. 9, p. 627-653, set. 1999.

SILVA, José Afonso. **Direito ambiental constitucional**. 4. ed. rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2002.

TAVARES, Juarez. **Teoria do injusto penal**. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

TIEDEMANN, Klaus. **Die Neuordnung des Umweltstrafrechts**: gutachtliche Stellungnahme zu dem Entwurf eines Sechzehnten Strafrechtsänderungsgesetzes (Gesetz zur Bekämpfung der Umweltkriminalität). Berlin; New York: Walter de Gruyter, 1980.

TOLEDO, Francisco de Assis. **Princípios básicos de direito penal**. São Paulo: Saraiva, 1994.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de direito penal brasileiro**: parte geral. 2. ed. rev e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

1 Morales Prats (1997, p. 233-236) observa que, na área ambiental, a elaboração do delito parece exigir o reenvio às normas penais em branco, integrando o direito penal ao modelo institucional de meio ambiente que emana da própria Constituição.

2 O legislador brasileiro não costuma utilizar tais expressões nos termos em que os conceitos foram desenvolvidos pela doutrina administrativista, valendo-se delas de forma imprópria e indistinta.

3 “Art. 29. Matar, perseguir, caçar, apanhar, utilizar espécimes da fauna silvestre, nativos ou em rota migratória, sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente, ou em desacordo com a obtida: [...]”

§ 1º Incorre nas mesmas penas:

I – quem impede a procriação da fauna, sem licença, autorização ou em desacordo com a obtida; [...]

III – quem vende, expõe à venda, exporta ou adquire, guarda, tem em cativeiro ou depósito, utiliza ou transporta ovos, larvas ou espécimes da fauna silvestre, nativa ou em rota migratória, bem como produtos e objetos dela oriundos, provenientes de criadouros não autorizados ou sem a devida permissão, licença ou autorização da autoridade competente. [...]

Art. 30. Exportar para o exterior peles e couros de anfíbios e répteis em bruto, sem a autorização da autoridade ambiental competente: [...]

Art. 31. Introduzir espécime animal no País, sem parecer técnico oficial favorável e licença expedida por autoridade competente: [...]

Art. 33. Provocar, pela emissão de efluentes ou carreamento de materiais, o perecimento de espécimes da fauna aquática existentes em rios, lagos, açudes, lagoas, baías ou águas jurisdicionais brasileiras: [...]

Parágrafo único. Incorre nas mesmas penas: [...]

II – quem explora campos naturais de invertebrados aquáticos e algas, sem licença, permissão ou autorização da autoridade competente; [...]

Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: [...].”

4 “Art. 34. Pescar em período no qual a pesca seja proibida ou em lugares interditados por órgão competente: [...].”

5 Grafia que entendo descrever mais corretamente o fenômeno, uma vez que o direito penal ambiental é auxiliado, socorrido ou assessorado pelo direito administrativo, sem que isso o torne, necessariamente, dele dependente ou acessório. Em muitos casos, a configuração do tipo penal dependerá, efetivamente, de uma decisão da esfera administrativa. Todavia, podem existir tipos penais cuja redação remeta a um simples conceito do direito administrativo, o que não significa, nesta hipótese específica, que será necessária uma decisão na esfera administrativa acerca de eventual ilícito para a configuração do delito. Assim, a grafia assessoriedade abarca não só as situações de efetiva dependência, mas também aquelas de mera complementação conceitual ou normativa. Sobre essa questão, mais extensamente, *vide* Costa (2007).

6 Já no início das discussões sobre o direito penal ambiental na Alemanha, a assessoriedade administrativa era apontada como um problema. *Vide*, por exemplo, Klaus Tiedemann (1980, p. 25 e s).

7 Essa é a classificação adotada, por exemplo, por Norberto J. de la Mata Barranco (1996).

8 Conforme já observou Luís Greco (2006, p. 160-161).

9 “Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: [...]”

Art. 39. Cortar árvores em floresta considerada de preservação permanente, sem permissão da autoridade competente: [...]”

10 O exemplo fornecido pelo autor é o do conceito de área de preservação permanente que, em muitos casos, depende de um ato da administração para sua configuração. Cf. Luís Greco (2006, p. 159-160).

11 Trata-se de elemento do tipo descrito no art. 45 da Lei n. 9.605/98:

“Art. 45. Cortar ou transformar em carvão madeira de lei, assim classificada por ato do Poder Público, para fins industriais, energéticos ou para qualquer outra exploração, econômica ou não, em desacordo com as determinações legais:

Pena – reclusão, de um a dois anos, e multa.”

12 Vide, especialmente, os arts. 2º e 3º do Código Florestal (Lei n. 4.771/65).

13 Que costuma ser denominada, pela doutrina alemã, *Verwaltungsrechtsakzessorietät*, em contraposição à *Verwaltungsaktakzessorietät* (assessoriedade de ato). Sobre o tema, vide Wolfgang Frisch (1993, p. 7-19).

14 Conforme a definição de Francisco de Assis Toledo (1994, p. 42), as normas penais em branco “estabelecem a cominação penal, ou seja, a sanção penal, mas remetem a complementação da descrição da conduta proibida para outras normas legais, regulamentares ou administrativas”.

15 “Art. 38. Destruir ou danificar floresta considerada de preservação permanente, mesmo que em formação, ou utilizá-la com infringência das normas de proteção: [...]”

16 “Art. 56. Produzir, processar, embalar, importar, exportar, comercializar, fornecer, transportar, armazenar, guardar, ter em depósito ou usar produto ou substância tóxica, perigosa ou nociva à saúde humana ou ao meio ambiente, em desacordo com as exigências estabelecidas em leis ou nos seus regulamentos: [...]”

17 No mesmo sentido, observam Zaffaroni e Pierangeli (1999, p. 450) que não poderia o executivo, por exemplo, incluir o café ou o vinho na lista de substâncias entorpecentes.

18 Vide também: Vladimir Passos de Freitas e Gilberto Passos de Freitas (2001, p. 304).

19 O que tem sido, de modo bastante criticável, flexibilizado em algumas decisões, presumindo que o agente, em razão de sua escolaridade ou de sua

profissão, tem conhecimento da norma administrativa. Tal raciocínio é, entretanto, falacioso em inúmeras hipóteses, pois a complexidade das normas ambientais é de tal envergadura que às vezes nem aquele que possui conhecimento jurídico consegue compreendê-las.

20 Exemplificativamente, *vide*: Luiz Regis Prado (2001, p. 33), Edis Milaré e Paulo José da Costa Júnior (2002, p. 35).

21 Como já anotado, nosso legislador usa os termos licença e autorização sem levar em consideração as distinções doutrinárias. De acordo com a doutrina, a licença é ato vinculado, em que preexiste o direito subjetivo, mas é necessário o preenchimento de exigências. Já a autorização seria um ato precário e discricionário e a atividade, via de regra, estaria proibida. José Afonso da Silva (2002, p. 272 e s.), que tem chamado a atenção para tais impropriedades, cita alguns exemplos de usos incorretos pela legislação ambiental.

22 “Art. 50-A. Desmatar, explorar economicamente ou degradar floresta, plantada ou nativa, em terras de domínio público ou devolutas, sem autorização do órgão competente: [...]”

23 “Art. 51. Comercializar motosserra ou utilizá-la em florestas e nas demais formas de vegetação, sem licença ou registro da autoridade competente: [...]”

24 “Art. 52. Penetrar em Unidades de Conservação conduzindo substâncias ou instrumentos próprios para caça ou para exploração de produtos ou subprodutos florestais, sem licença da autoridade competente: [...]”

25 No mesmo sentido, aduz Hassemer que “quando a mera estipulação por meio dos funcionários da administração esclarece por onde passam as fronteiras do ilícito penal, começam a vacilar importantes tradições do direito criminal” (1981, p. 114, tradução livre).

26 Sobre o tema, *vide* Andréas J. Krell (2004, p. 107-112).

27 No mesmo sentido: Günter Heine (1996, p. 293).

28 Mais detalhadamente sobre essas questões, *vide* Luís Greco (2006, p. 171 e s.) e Bernd Schünemann (1999, p. 632).

29 Com exceção, quiçá, dos casos em que o ato administrativo tenha sido obtido por meio de fraude ou corrupção praticada pelo particular que dele se beneficiou, hipótese que necessita de maior reflexão.

30 Como já ocorreu em casos concretos, podendo-se citar o seguinte acórdão: “PENAL. RECURSO CRIMINAL EM SENTIDO ESTRITO. ART. 34, *CAPUT* DA LEI N. 9.605, DE 1998. REJEIÇÃO DA DENÚNCIA. PESCA EM LOCAL PROIBIDO. – O direito penal só reprime condutas que lesionem significativamente o bem jurídico tutelado. A relevância do bem tutelado não

autoriza o afastamento dos critérios norteadores da intervenção penal. Caso em que os réus pescaram apenas ‘uns dois peixinhos’ não ocasionando ofensa expressiva ao meio ambiente” (TRF 4, RSE N. 2003.72.040098201/SC, 7ª TURMA, J. 08/08/2006, REL. NÉFI CORDEIRO).

Heloisa Estellita

Professora do programa de educação continuada e especialização em Direito GVaw; especialista em Direito Penal Econômico Europeu (Coimbra), mestre em Direito Penal Econômico pela UNESP, doutora em Direito Penal pela Universidade de São Paulo.

6.1 Introdução

Além da lavagem de dinheiro, os últimos anos foram os do crescimento impressionante de discussões acerca da “criminalidade organizada”, e, no que nos interessa agora, da crescente imputação do crime previsto no artigo 288 do Código Penal aos chamados crimes econômicos. Há razões históricas, internacionais e nacionais, que parecem explicar, ainda que parcialmente, a produção legislativa sobre a matéria e uma sensível mudança da práxis jurídica neste setor. De um lado, um movimento internacional surgido na Organização das Nações Unidas e que culminou na elaboração da Convenção da ONU sobre o Crime Organizado Transnacional (Convenção de Palermo) e que impulsionou diversos países, desde o seu início, em 1995², a legislar ou alterar sua legislação neste campo. De outro, o que tenho a ousadia de chamar de efeito “ressaca” do entendimento adotado pelo Plenário do Supremo Tribunal Federal no julgamento no *HC 81.611* e, mais recentemente (ou não?), o efeito mediático e instrutório viabilizado pelo (ab)uso da prisão temporária, em um setor da criminalidade para a qual ela não fora originalmente pensada ou prevista, a criminalidade econômica, não fosse justamente a imputação cumulativa do crime descrito no artigo 288 do Código Penal.

Este trabalho se limitará a analisar, como o próprio título sugere, o fenômeno da imputação cumulativa do crime de formação de quadrilha ou bando à criminalidade de empresa, numa tentativa de identificar os limites do tipo em questão e sua aplicabilidade aos crimes econômicos praticados no exercício de atividade empresarial. A imbricação deste tema com o da

organização criminosa que é evidente será, todavia, desenvolvido em outra oportunidade.

6.2 O crime de quadrilha ou bando e a criminalidade de empresa

6.2.1 Características gerais do crime descrito no art. 288 do Código Penal

O art. 288 do Código Penal está inserido entre os que tutelam a *paz pública* e tem a seguinte redação:

Art. 288. Associarem-se mais de três pessoas, em quadrilha ou bando, para o fim de cometer crimes:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 3 (três) anos.

Parágrafo único. A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

O tipo penal foi introduzido na legislação brasileira com o Código Penal de 1940. Antes disso, o que havia era uma previsão de *ajuntamento ilícito*, que se referia a uma reunião eventual de pessoas, não havendo previsão de estabilidade na união³.

Quanto ao bem jurídico, muito embora esteja entre aqueles crimes que tutelam a “paz pública”⁴, observa Sheila Jorge Selim de Sales, após discutir a objetividade jurídica no sistema italiano (onde o crime está no capítulo dos crimes contra a “ordem pública”), que a “paz pública nada mais [sic] que uma consequência da ordem pública, e, ao tutelar a primeira, nossa lei penal tem em vista o sentimento coletivo de segurança, evitando-se que este seja abalado com a prática de crimes” (SALES, 1997, p. 126). Assim, “a tutela penal se especifica nos sentimentos de tranquilidade e segurança dos indivíduos, bem como o regular convívio social, compreendido como a pacífica e harmoniosa coexistência de todos na comunidade” (SALES, 1997, p. 127). Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo nega a natureza de bem jurídico da *paz pública*: “bem jurídico não é e não serve para nortear o intérprete da lei penal, porque nem sequer ostenta índole constitucional” (PITOMBO, 2007, p. 117).

A discussão acerca da necessária concretude e limitação do conceito de bem jurídico penal de maneira que seja ele apto a exercer uma função limitativa

do *ius puniendi* e crítica do sistema positivo é recorrente na doutrina⁵. Nesse sentido, Jorge de Figueiredo Dias propõe uma aproximação mais concreta ao bem jurídico tutelado pela “associação criminosa”. Antes de expô-la, contudo, deve-se advertir o leitor para o fato de que as considerações do estudioso português **não** se aplicam à “incriminação, de sabor napoleônico e oitocentista, d o *bando ou quadrilha* prevista no art. 288 do CP brasileiro vigente” (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 15, nota 15), mas a um tipo de ilícito específico, cujos contornos são muito mais graves dos que o do tipo ora referido. Segundo ele, o tipo de ilícito de associação criminosa seria um verdadeiro *crime de perigo abstrato*, “todavia assente num substrato irrenunciável: a *altíssima e especialíssima perigosidade* da associação, derivada do seu particular poder de ameaça e dos mútuos estímulos e contra-estímulos de natureza criminosa que aquela cria nos seus membros” (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 16). Essa periculosidade se consubstancia nas “transformações da personalidade individual no seio da organização”, conduzindo à quebra dos laços que ligavam seus membros à cultura da legalidade e ao estabelecimento de laços de lealdade a subculturas. Esta quebra “tem como efeito uma redução drástica no sentido da responsabilidade individual e uma mobilização para a atividade criminosa; daqui resultando uma especial frustração do princípio de prevenção geral positiva ou de integração, justamente assente na interiorização da norma” (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p.17). E é aí que reside “o fundamento *praticamente* mais importante para a correta interpretação do tipo-de-ilícito”, excluindo de sua *área de tutela* “qualquer factualidade que não releve da especial *perigosidade* da associação, da sua autônoma *danosidade sociale* da sua específica *dignidade penal*”, ou seja, todas aquelas hipóteses em que haja mera *comparticipação crimininosa* (FIGUEIREDO DIAS, 2008, p. 17).

Trata-se de delito comum de concurso necessário. Sendo esta última característica – a pluralidade de sujeitos ativos – elemento base da lesão ao objeto jurídico tutelado, conforme ressalta a última autora citada, para quem “a pluralidade de sujeitos ativos, quando prevista nos tipos penais incriminadores da parte especial, não representa simples exceção do concurso eventual de pessoas, como já compreendeu a doutrina penal. Ao contrário, tal pluralidade é dado técnico-legislativo, que expressa relevo fundante e essencial à lesão real ou potencial ao objeto jurídico tutelado, em diversas normas penais incriminadoras que a possuem como elementar” (SALES, 1997, p. 75)⁶.

Miguel Reale Júnior bem resume a tipicidade objetiva do crime sob análise: “Caracteriza o delito de quadrilha ou bando a circunstância de se associarem quatro ou mais pessoas, permanecendo associadas por algum tempo, determinado ou não, em vínculo estável mesmo que rudimentar, colocando em

perigo o bem jurídico *paz pública*, em vista do fim especial de se unirem para cometer crimes. *Na quadrilha ou bando há um acordo sobre a duradoura atuação conjunta, voltada à comissão de delitos*” (REALE JÚNIOR, 2006, p.139).

É discutível se para o atendimento desse número mínimo de quatro pessoas podem ser incluídos os inimputáveis. Luiz Régis Prado admite não só a inclusão dos inimputáveis, como de quaisquer pessoas com alguma causa de isenção de pena. Giovanni Rosso, todavia, entende ser essencial a imputabilidade de todos os integrantes. Para ele,

Si ritiene necessaria l'imputabilità dei partecipanti al reato, escludendosi così i non imputabili per infermità di mente, i minori dei 18 anni, ecc. Tale opinione merita piena adesione, in relazione all'essenza di questo delitto, per cui non basta il fatto materiale del numero dei concorrenti, nel quale caso sarebbe irrilevante la loro imputabilità (come furto aggravato per il numero delle persone a sensi dell'articolo 625, n. 5, C. Pen.), bensì occorre la volontà associativa, cioè un consenso che presuppone la sua validità in relazione alla giuridica capacità degli associati (ROSSO, s/d, p. 160)⁷.

Para Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo é a exigência do elemento subjetivo específico que impede a configuração do delito:

“Por coerência, não se pode aceitar a configuração da quadrilha ou bando, se um dos quatro integrantes for menor, afinal, falta-lhe *imputabilidade*, pressuposto da culpa sem o qual impossível reconhecer os aspectos intelectual e volitivo – aspectos necessários para se afirmar o *elemento subjetivo específico*, consistente na finalidade de cometer crimes” (PITOMBO, 2007, p. 51).

A estabilidade, ou mesmo a permanência, é um dos traços que diferencia o crime sob comento do mero concurso de pessoas⁸.

A associação para a prática de *contravenções* (ou atos imorais) é atípica. Os crimes a serem praticados são *indeterminados*, o que seria outra diferença entre este crime e o concurso eventual de pessoas, já que neste há a união para a

prática de determinado crime⁹. Daí a definição de Nélson Hungria: “reunião estável ou permanente (que não significa *perpétua*), para o fim de perpetração de uma indeterminada série de crimes”¹⁰.

Não é necessária a formalização ou mesmo alguma hierarquização dentro da quadrilha ou bando¹¹, característica fundamental na diferenciação do crime estabelecido neste artigo 288 do Código Penal e o “crime organizado”, tal qual definido na Convenção das Nações Unidas Contra o Crime Organizado Transnacional, adiante referida tão-somente como Convenção de Palermo (v. *infra*).

O crime é doloso e portador de elemento subjetivo do injusto: “para o fim de cometer crimes”.

A consumação se dá no momento da associação, sendo considerado como delito de perigo abstrato¹². Adverte Miguel Reale Júnior que somente com a demonstração de todos os elementos do tipo se poderá falar no necessário perigo:

A paz pública só é objeto de uma situação de perigo se houver uma reunião propensamente estável de quatro ou mais pessoas, não menos, visando a cometer crimes, da mesma natureza ou de diversas espécies.

É necessário que haja a probabilidade de ser atingida a *paz pública*, que se visa a tutelar, pelo que é indiferente o *simples acordo* visando a de modo estável vir a cometer crimes, pois não passaria de mera *cogitatio*, sem qualquer ofensividade” (REALE JÚNIOR, 2006, p. 140, sublinhei).

Dessa característica extrai Giovanni Rosso a consequência de que a renúncia ao cometimento dos crimes desejados pelo grupo não pode ser considerada como uma desistência com efeito eximente, mas tão-somente uma atenuante. E isso é assim porque *in relazione agli interessi giuridici specifici che formano oggetto dei delitti che l'associazione si prefigge di commettere, e di reato di 'lesione effettiva' dell'ordine pubblico, diminuendo la sicurezza pubblica mediante l'intrusione d' un elemento criminogeno nel corpo sociale* (ROSSO, s/d, p. 160).

Explica ainda o autor italiano que enquanto a associação para a prática de um crime, ainda que não cometido, é considerada normalmente pelo

legislador tão-somente para o fim de cominação de medidas de segurança, *l'accordo per la commissione di una serie indeterminata di reati viene considerato come programma di vita criminosa, che integra autonomo reato per la turbativa, per ciò solo, arrecata all'ordine pubblico* (societas delinquentium) (ROSSO, s/d, p. 160).

É por essa mesma razão que se afirma que não é necessário “que a quadrilha ou bando tenha cometido algum crime para que o delito se concretize. A simples associação é suficiente. Ou seja, pune-se o simples fato de se figurar como integrante da associação. Ao contrário, no concurso de pessoas, pune-se apenas se houver a concretização do delito (consumado ou tentado)” (PRADO, 2006, v. 3, p. 608).

É exatamente este entendimento que está na base do acórdão-paradigma do Supremo Tribunal Federal da lavra do Min. Sepúlveda Pertence cuja ementa tem a seguinte dicção:

O crime de quadrilha se consuma, em relação aos fundadores, no momento em que aperfeiçoada a convergência de vontades entre mais de três pessoas, e, quanto àqueles que venham posteriormente a integrar-se ao bando já formado, na adesão de cada qual; crime formal, nem depende, a formação consumada de quadrilha, da realização ulterior de qualquer delito compreendido no âmbito de suas projetadas atividades criminosas, nem, conseqüentemente, a imputação do crime coletivo a cada um dos partícipes da organização reclama que se lhe possa atribuir participação concreta na comissão de algum dos crimes-fim da associação (HC 81.260, Tribunal Pleno, DJ 19.04.2002).

Neste ponto, a razão parece estar com Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo para que quem “constituiria verdadeiro absurdo punir-se em virtude da mera especulação quanto à prática indeterminada de crime, ou mesmo de crime (art. 31, do CP)” (PITOMBO, 2007, p. 50). “Na verdade”, observa,

a consumação depende de se verificar o início da atividade do bando – entendida, esta atividade, como comportamentos concretos e indicativos do fim de realizar crimes. Só a descoberta de ações concatenadas, finalisticamente voltadas à perpetração de inúmeras infrações penais, pode apontar para a existência material da quadrilha ou bando. Portanto, é preciso muito mais do que o simples acordo entre os agentes

Esta é a única interpretação que permite compatibilizar o referido tipo penal com diversos princípios constitucionais básicos como o da dignidade da pessoa humana no Estado Democrático, que veda qualquer forma de punição pelo que se é. A dispensa de qualquer verificação quanto a “comportamentos concretos e indicativos do fim de realizar crimes” significaria um inadmissível retorno ao Direito Penal do Autor, já que, desvinculado o aplicador da lei de qualquer elemento fático, julgaria os acusados por quem são e não pelo que fizeram¹³. Dificuldade alguma há em se enxergar aí, inclusive, uma indevida e, mais que isso, indesejada restrição ilegítima a uma esfera de liberdade que se constitui em verdadeiro pressuposto do regime democrático: a liberdade de pensamento e de expressão desse pensamento (art. 5º, IV e VI, CF)¹⁴. Nunca é demais lembrar, com Alessandro Baratta, que o crime também pode ter um “papel direto no desenvolvimento moral de uma sociedade” já que “de fato, freqüentemente o delito é a antecipação da moral futura, como demonstra, por exemplo, o processo de Sócrates” (BARATTA, 1999, p. 61).

Aliás, é extremamente relevante ter em conta que, na elaboração da Convenção de Palermo, acordaram os Estados que a elaboraram em colocar uma “cláusula de segurança” no art. 6º, § 1º, b, justamente para resguardar a liberdade de expressão. Este dispositivo encoraja os Estados Partes a punirem “a participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente artigo [lavagem do produto do crime], assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática”, mas foi restringido pela referida cláusula de segurança, que prevê que tal criminalização se dará “sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico” (letra b)¹⁵.

In some States, registra DAVID MCCLEAN, a wide understanding of the freedom of expression might put that freedom in conflict with the following provisions of the Convention. The problem was seen as most acute in respect of conspiracy, dealt with in paragraph 1 (b) (ii): a mere agreement to act, without more, could not be criminalized in some States because of this issue (McCLEAN, 2007, p. 80).

fracionamento do *iter criminis*” (PRADO, 2006, v. 3, p. 608). Deste entendimento diverge Sheila Jorge Selim de Sales, para quem, sempre se devendo analisar o fato concreto, o programa criminoso pode exigir a prática de atividades preparatórias à perpetração dos crimes cuja prática almeja o grupo e, se assim for, tais atividades podem vir a ser consideradas fase inicial do *iter criminis*, considerado o caso concreto, mas, de toda forma, isso “significa que o tipo de ilícito postula a realização de atos de execução essenciais à existência da própria quadrilha ou bando, possuindo, ao menos do ponto de vista teórico, um fracionável *iter criminis*” (SALES, 1997, p. 135). Disso decorre que, sob o ponto de vista teórico, a autora admite a possibilidade da tentativa¹⁶.

6.2.2 Concurso eventual de agentes e quadrilha ou bando

Essas características do crime definido no artigo 288 do CP permitem apontar as principais características que permitem diferenciá-lo do concurso eventual de agentes (art. 29, CP):

a) Enquanto o crime de quadrilha ou bando independe da prática de qualquer crime, no concurso eventual de agentes é necessária, pelo menos, a tentativa de algum crime;

b) Enquanto no crime de quadrilha ou bando os crimes a serem praticados são indeterminados, no concurso eventual de pessoas há a união para a prática de determinado crime;

c) Enquanto a estabilidade ou permanência é da essência da quadrilha ou bando, a precariedade e a limitação temporal são características essenciais do concurso eventual de agentes;

d) O concurso eventual pode ser para a prática de crimes dolosos ou culposos¹⁷, mas os tipos plurissubjetivos são sempre dolosos, já que, “não obstante a idêntica exigência relativa ao liame subjetivo, que vincula as individuadas atuações dos diversos agentes na parte especial do Código Penal, todos os tipos plurissubjetivos são dolosos (...), enquanto, ao invés, a estrutura do tipo plurissubjetivo eventual, descrito no art. 29 do Código Penal, congrega tanto a realização plúrima dos tipos penais dolosos como a realização plúrima dos tipos culposos, previstos na parte especial” (SALES, 1997, p. 98)¹⁸.

6.2.3 Criminalidade de empresa e o crime de quadrilha ou bando

O tema da criminalidade econômica e dos crimes praticados no exercício de atividade empresarial desafia uma necessária distinção entre as seguintes situações: a) *criminalidade na empresa*; b) *criminalidade de empresa*; c)

*empresa ilícita*¹⁹

A primeira, a *criminalidade na empresa*, é entendida como oriunda daqueles crimes cometidos por colaboradores de uma empresa contra ela mesma. Não se refere, assim, diretamente ao problema que se quer enfrentar neste momento.

A segunda, a *criminalidade de empresa*, caracteriza-se pela “inserção de condutas ilícitas no contexto de uma actividade e de uma política de empresa no restante lícita” (FERNANDES GODINHO, 2005, p. 205), crimes “que se cometem através de uma atuação que se desenvolve no interesse de uma empresa” (MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, 1998, p. 68).

Bernd Schünemann constrói seu conceito de *criminalidade de empresa* a partir do conceito de *delitos econômicos* que, em sentido amplo, são “todas as ações puníveis que se cometem no âmbito da participação na vida econômica ou em estreita conexão com ela” (SCHÜNEMANN, 2004, p. 17, tradução livre). A *criminalidade de empresa* (*Unternehmenskriminalität*) é a “soma dos delitos econômicos que se cometem a partir de uma empresa”, isto é, “por meio da uma atuação para uma empresa” (idem)²⁰.

A última, a *empresa ilícita*, é entendida como empresa “heterodirigida por uma estrutura criminal e a ela submetida” (FERNANDES GODINHO, 2005, p. 205), com clara característica de *organização criminal*, ou seja, aquela em que a obtenção do lucro se faz por meios ilícitos (crimes) (FERNANDES GODINHO, 2005, p. 207).

Cada uma dessas situações, por suas peculiaridades, recebe um tratamento específico no seio do Direito Penal. O que se tem visto com desconcertante frequência, todavia, é a identificação automática da *criminalidade de empresa* com a *empresa ilícita*, com a imputação automática do crime de quadrilha ou bando sempre que se denunciem mais de três responsáveis (sócios, diretores, gerentes, administradores etc.) por crime praticado na atuação empresarial (*criminalidade de empresa*)²¹.

6.2.3.1 Sociedade empresária e antijuridicidade

Juarez Tavares fala em dois planos de análise da antijuridicidade.

No primeiro deles, vê a antijuridicidade sob a “dimensão de uma norma geral de permissão, quer dizer, a norma geral de permissão não é uma norma só, mas engloba todos os preceitos que assegurem os direitos individuais, a partir da estrutura do Estado democrático sobre a base da proteção à pessoa humana”. Neste plano, “é possível desde logo declarar a invalidade da norma incriminadora, bem como lhe restringir o alcance antes, durante ou depois de sua

aplicação” (TAVAREZ, 2003, p. 309).

No segundo plano, “trata-se de decidir concretamente se a conduta que tenha preenchido os elementos do tipo e seus pressupostos no tocante à imputação está, de qualquer modo, autorizada por uma norma expressa ou pelo sistema jurídico” (idem).

Eugenio Raúl Zaffaroni, em seu tipo objetivo conglobante, “reconsidera o alcance da norma deduzida do tipo mediante sua *globalização* no universo de normas deduzidas de outros tipos e estabelecidas por (ou deduzidas de) outras leis penais e não penais, conforme ao *princípio geral de coerência ou não contradição*, o que compreende as limitações proibitivas (interferências de criminalização primária) derivadas de normas de hierarquia superior (constitucionais e internacionais) e do sentido geral de todas elas, que pressupõem também que o *pragma* possa ser imputado como próprio a uma pessoa” (ZAFFARONI *apud* TAVAREZ, 2003, p.167).

Interessa este primeiro plano de análise da antijuridicidade, que lida diretamente com a questão da *unidade do ordenamento jurídico* a qual, segundo Claus Roxin, tem, no mínimo, a consequência de que as autorizações ou direitos de intromissão do Direito civil ou do Direito público excluem em todos os casos e circunstâncias a antijuridicidade de uma conduta típica:

Seria uma contradição axiológica insuportável, e contradiria ademais a subsidiariedade do Direito penal como recurso extremo da política social, que uma conduta autorizada em qualquer campo do Direito fosse, não obstante, castigada penalmente. Nesse aspecto, há de se reconhecer, por conseguinte, a tão invocada ‘unidade do ordenamento jurídico’ que abarca todas as normas vigentes no território federal independentemente do órgão criador das normas, tal qual o princípio de que as causas de justificação relevantes em Direito penal procedem de todo o âmbito do ordenamento jurídico (ROXIN, 1997, tomo I, § 14, p. 570, grifei).

Pois bem, apenas para nos restringirmos à legislação em vigor, é de se destacar que o Código Civil de 2002 tem todo um livro (Livro II) dedicado ao direito de empresa. Seu art. 966 define como *empresário*: “quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços”, e o contrato de sociedade é aquele no qual pessoas se obrigam, reciprocamente, “a contribuir, com bens ou serviços, para o

exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados” (art. 981)²². Essa “atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados” (parágrafo único, art. 981).

Dentre as sociedades, será *sociedade empresária* aquela que tenha por objeto o exercício de atividade própria de empresário: exercício profissional de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços (art. 966, CC).

Isto implica dizer, retomando aquele primeiro plano de análise da antijuridicidade, que é lícita, em nosso ordenamento jurídico, a associação de várias pessoas para o exercício de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. A demonstrar que é, portanto, como *atividade lícita* que se deve encarar, *a priori*, a *sociedade empresária*.

6.2.3.2 Sociedade empresária e formação de bando ou quadrilha

Em regra, no âmbito das *sociedades empresárias*, a associação de várias pessoas terá finalidade *lícita* prevista e autorizada em lei: atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços.

Ocorre que, todos sabem, os crimes econômicos (entendidos no sentido lato proposto por Schünemann) são praticados, em sua maioria, no contexto de sociedades empresárias, por pessoas físicas atuando em seu contexto e em seu benefício, ou seja, no âmbito da *criminalidade de empresa*²³.

Afirmar isso, todavia, não é dizer – e aqui a diferença fundamental – que essas pessoas *se reuniram para a prática de crimes*; bem pelo contrário, a gênese da associação se faz, em regra, para a prática de atividades econômicas lícitas na forma autorizada e prevista em lei.

É por isso que não é admissível que toda imputação da prática de crime econômico contra quatro pessoas ou mais, atuando em contexto de sociedade empresarial (sócios, gerentes, diretores, funcionários etc.), venha acompanhada, *ipso facto*, da imputação do crime de quadrilha ou bando. A confusão entre a reunião de pessoas para a prática de atos lícitos com o crime descrito no artigo 288 do Código Penal subverte a ordem jurídica, que, como se viu, expressamente autoriza a reunião de pessoas para o exercício de atividade empresarial.

Situação diversa, todavia, é a da sociedade empresária formada para delinquir, ou a chamada *empresa ilícita*, ou seja, aquela “heterodirigida por uma estrutura criminal e a ela submetida” (FERNANDES GODINHO, 2005, p. 205), com clara característica de *organização criminal*, formada para a prática de crimes, e na qual a obtenção do lucro se faz por meios ilícitos (crimes).

Aí reside a diferença entre *quadrilha ou bando* e o *concurso de pessoas*,

“visto que naquela dá-se a reunião de pessoas para o cometimento de crimes (indefinidos), enquanto nesta a união de esforços acontece diante de um crime ou de alguns crimes certos” (GOMES, CERVINI, 1995, p. 71).

É justamente a gênese do grupo que adquire relevo fundamental: enquanto na *quadrilha ou bando* o objetivo de praticar crimes é o *motivo da união* das pessoas, nos crimes praticados por meio de sociedades empresárias, o motivo da união é a prática de atividades econômicas lícitas, na forma da lei.

Dúvida não há da existência de *empresas ilícitas*, sociedades empresárias formadas para a prática de crimes, geralmente econômicos, nas quais a obtenção do lucro se faz por meios criminosos. Pode suceder, ainda, que a sociedade empresária tenha tido gênese lícita, associando-se as pessoas em torno de finalidades legítimas, mas tenha se desvirtuado e passado a atuar exclusivamente como *empresa ilícita*, desviando-se totalmente dos objetivos originários e transformando-se numa associação exclusivamente voltada para a prática de crimes.

O que se deve ter em mente, todavia, é que, *a priori*, a reunião de pessoas formando uma sociedade empresária para a prática de atividades econômicas não se consubstancia em *formação de quadrilha ou bando*, ainda que tais pessoas venham a ser responsabilizadas pela prática de crimes econômicos no exercício da atividade econômica lícita; nestes casos não há formação de quadrilha ou bando porque falta a essa união de pessoas (4 ou mais) a *finalidade* da prática de crimes.

A circunstância de ser o *crime formal*, não dependendo para sua consumação da realização de qualquer delito abrangido nos planos criminosos da *quadrilha ou bando* (cf. STF, HC n. 81.260, Min. Sepúlveda Pertence, Pleno)²⁴, só faz confirmar o quanto acima foi dito. Se o legislador entendeu por bem definir que o crime está perfeitamente configurado ainda que nenhum dos crimes planejados tenha sido efetivamente praticado, é porque centra o juízo de reprovação na finalidade da união de pessoas: “*para a prática de crimes*”. *A contrario sensu*, uma união de mais de três pessoas para quaisquer outras finalidades que não a prática reiterada de delitos não constitui crime autônomo em nosso ordenamento jurídico. Em suma, conclui-se que *a incriminação está totalmente centrada no motivo da união: a prática reiterada de delitos*.

O quanto dito fica mais claro através da seguinte questão: a união de mais de três pessoas através da constituição de uma sociedade empresária para o desempenho de atividades econômicas poderia configurar o crime descrito no artigo 288?

A resposta é evidentemente negativa e a pergunta chega a soar ridícula, mas tem a capacidade de tornar clara a diferença entre *sociedade empresária* e

formação de bando ou quadrilha, evidenciando que a existência de uma sociedade empresária não implica, *a priori e em regra*, na formação de bando ou quadrilha, ainda que seus componentes, pessoas físicas, venham a praticar crimes no contexto da atividade econômica.

É por isso que o Min. Sepúlveda Pertence, no julgamento do já referido *HC n. 81.260*, pelo Plenário, afirmou que o crime se constitui quando a organização formada por mais de três elementos é “destinada à prática ulterior de crimes”.

6.2.3.3 Precedentes do Supremo Tribunal Federal

Afora o precedente acima citado, três outros apreciados também pelo Supremo Tribunal Federal são representativos das distinções acima analisadas.

No *HC 84.423*, relator o Min. Carlos Britto, a denúncia imputava aos acusados a prática de uma série de expedientes para a elaboração do esquema de sonegação: utilização de “laranjas”, declaração de endereços inexistentes, indicação de endereços iguais para diversas empresas, alterações freqüentes na constituição social das empresas, sucessão societária em empresas estrangeiras, invenção de cotistas sem dinheiro para integralizar o capital social (ascensoristas e porteiros) etc. Cumulativamente, imputou-se a prática do crime de quadrilha ou bando. Os impetrantes afirmavam que, diante do não exaurimento da via administrativa, ainda pendente de julgamento final, não havia justa causa para a ação penal, que merecia ser trancada.

O relator concluiu que estaria configurado, em tese, “o delito de quadrilha, que aí não poderia ser considerado meio necessário para a prática do crime tributário, a ponto de estar absorvida por ele, mesmo porque a consumação daquele delito independe da prática dos crimes que levaram os agentes a associarem”²⁵. Daí que o trancamento da ação penal quanto ao crime tributário não poderia ser estendido ao crime do art. 288 do CP.

A solução parece correta já que, ao menos na via precária do recebimento da denúncia, as pessoas tinham se unido para a criação de empresas “fantasmas” (*empresas ilícitas*) com a finalidade única da prática reiterada de crimes tributários, configurando, assim, em tese, o crime de *quadrilha ou bando*. Sendo este crime formal, sem dependência da conclusão a que se chegará no procedimento administrativo-tributário, o indeferimento do *writ* se impunha.

O sempre mencionado *HC 81.260*, relator o Min. Sepúlveda Pertence, julgado pelo Plenário em 14 de novembro de 2001, embora não envolvesse a questão das instâncias, cuidava de hipótese de fato muito assimilada. Ali as empresas eram decorrência de uma “necessidade” de uma quadrilha especializada em roubo de cargas, no âmbito da qual as empresas “de fachada”

serviam à legalização da venda de produtos roubados mediante a emissão de notas fiscais frias²⁶.

N o *HC 84.453*, relator para o acórdão também o Min. Sepúlveda Pertence, algumas pessoas constituíram uma empresa em nome de “laranjas”. Inseriram informação falsa no documento de constituição desta empresa quanto aos nomes dos verdadeiros sócios de fato. Autuada por esconder do fisco parte da movimentação financeira de um determinado ano, a sociedade aderiu ao refinanciamento da dívida (Lei n. 10.684/03).

Os verdadeiros administradores foram, todavia, processados por crime tributário, crime de falso e formação de quadrilha ou bando. Impetraram *habeas corpus* pedindo o trancamento da ação penal por inépcia da denúncia quanto à imputação dos crimes de falso e quadrilha, que teriam sido absorvidos pelo art. 1º da Lei n. 8.137/90, ou, então, que se suspendesse o processo quanto a estes dois crimes também, já que suspensa a punibilidade do crime tributário em razão de adesão ao refinanciamento da dívida.

O relator originário, Min. Marco Aurélio, concedia a ordem para o trancamento da ação penal quanto àqueles dois crimes por entendê-los absorvidos pelo crime econômico. Restou vencido em virtude do voto divergente do Min. Sepúlveda Pertence, o qual, apesar de indeferir a ordem, fez ponderações muito relevantes acerca do tema sob exame.

Entendeu o Ministro que a organização de uma empresa “laranja”, ao menos com os dados que lhe eram possíveis conhecer naquele *habeas*, “não é meio necessário para a prática do crime contra a ordem tributária a ponto de podermos considerar consumida pelo crime tributário”.

Questiona ele:

Então, vamos raciocinar, ainda se não se tivesse praticado nenhum crime contra a ordem tributária, ter-se-iam já o crime de quadrilha e o crime de falsidade” (fl. 187). E responde: “Desde a constituição, ao que apreendi da denúncia, os sócios aparentes eram meros ‘laranjas’ de sócios que pretendiam ficar na obscuridade para a prática de crimes contra a ordem tributária. [...] O fato é independente, é a constituição de uma empresa cuja constituição, em si mesma – eu pediria a V. Exa. para repetir este raciocínio –, ainda quando nada tivesse praticado contra a ordem tributária – configuraria a quadrilha e a falsidade” (fl. 188). “Vale dizer, na contabilidade de uma empresa real, cometem-se falsidades com o único propósito de reduzir ou eliminar imposto. Aí sim, ninguém poderá supor nem que esta falsidade seja punida separadamente, *nem muito menos que a participação de quatro*

sócios nesta inserção de documentos falsos configurasse, por si só, uma quadrilha. Outra coisa é a organização predeterminada de uma empresa para a prática de crimes tributários. Não estou dizendo que essa seja a realidade, mas é a imputação (grifei). (STF, HC 84.453, Min. Marco Aurélio, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 04/02/2005.)

Conforme esclareceu o Ministro nos Embargos de Declaração naquele *habeas*, “o que se decidiu foi que, segundo a imputação, houve a organização predeterminada de uma empresa para a prática de crimes tributários, o que, per si, basta para configurar o delito autônomo de formação de quadrilha” (STF, HC-ED 84.453, Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 10/06/2005).

O Ministro estabelece, pois, clara diferença entre a *criminalidade de empresa* e a *empresa ilícita*, aplicando a cada uma as devidas consequências jurídico-penais previstas no direito positivo, limitando a imputação de quadrilha ou bando à *empresa ilícita*.

O terceiro e último caso é aquele objeto do *HC 84.223*, relator o Min. Eros Grau, apreciado pela Primeira Turma e com decisão final prolatada recentemente, em 3 de junho de 2008.

Ali os pacientes foram acusados pela prática dos crimes descritos no art. 1º da Lei n. 8.137/90, em concurso formal impróprio e de forma continuada, e no artigo 288 do Código Penal. Embora os pacientes não constassem no contrato social de determinada sociedade limitada, seriam eles seus verdadeiros proprietários e teriam praticado várias ações para suprimir tributos federais. Tendo aderido ao parcelamento previsto no art. 9º da Lei n. 10.684/03, requereram a suspensão do processo-crime no que foram atendidos. Daí terem entendido que não mais subsistiria o crime do art. 288 do CP, e impetraram o *habeas corpus* com o fim de obter o trancamento da ação por falta de justa causa²⁷.

O relator, num primeiro momento, entendeu perfeitamente caracterizado o crime de quadrilha ou bando e, por isso, denegou a ordem, ressaltando que o “entendimento desta Corte sobre o assunto é de que, sendo a quadrilha ou bando crime autônomo e formal, o delito se consuma no momento em que se concretiza a convergência de vontades e independe da realização ulterior do fim visado (RHCs 50.966, 2ª Turma, Barros Monteiro, DJ de 25.05.73; 61.957, 2ª Turma, Djaci Falcão, DJ de 29.06.84; 63.158, 2ª Turma, Djaci Falcão, DJ de 13.12.85; 70.710, 2ª Turma, Carlos Velloso, DJ de 29.04.94; e HC 70.290, Pleno, Sepúlveda Pertence, DJ de 13.06.97; 70.919, 1ª Turma, Sepúlveda

Pertence, DJ de 29.04.94; 75.349, 2ª Tuma, Néri da Silveira, DJ de 26.11.99; 81.260, Pleno, Sepúlveda Pertence, DJ de 19.04.02 e 81.295, 1ª Turma, Ellen Gracie, DJ de 14.12.01)” (STF, HC 84.223, Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 27.08.2004).

Na renovação do julgamento do *writ*, em 19 de outubro de 2004, o relator reiterou o voto anteriormente prolatado, tendo sido acompanhado pelo Min. Carlos Britto. O Min. Cezar Peluso, todavia, pediu vista e, então, em 14 de agosto de 2007, votou deferindo “parcialmente a ordem para determinar o trancamento da ação penal contra os pacientes, quanto à acusação de formação de quadrilha ou bando”. Entendeu que “a suposta prática de delitos econômicos por pessoas que se associaram, nos termos da lei, para o exercício de atividades lícitas, não pode justificar nem legitimar, por si só, imputação do crime previsto no art. 288 do CP”. Aduziu, então, que esse dispositivo “só encontraria adequação típica na constituição de sociedades criadas com a finalidade específica de práticas delituosas”, ou seja, esclareceu que o propósito da prática reiterada de crimes deveria ser o móvel da associação de mais de três pessoas. Por consequência, reputou necessário o exame da denúncia. No caso, salientando que a acusação principal seria a de omissão de faturamento para fins de tributação federal, considerou evidente que os réus, eventualmente associados, o teriam feito com o objetivo de exercer atos lícitos de mercancia, acabando por supostamente praticar crimes contra a ordem tributária, em continuidade delitiva, conforme afirmado pela denúncia²⁸. Após esse voto, o relator reconsiderou voto anterior para acompanhar o entendimento do Min. Cezar Peluso e o Min. Carlos Britto pediu vista dos autos²⁹.

Em 3 de junho de 2008, retomado o julgamento, o Min. Carlos Britto votou pelo indeferimento, no que foi acompanhado pelo Min. Eros Grau e, assim, por maioria, a ordem foi indeferida³⁰.

Apesar do resultado final do julgamento, o voto-*vista* proferido pelo Min. Cezar Peluso é um marco na abordagem da matéria pelo Supremo Tribunal Federal porque, s. m. j., foi o primeiro que enfrentou diretamente a questão da *criminalidade de empresa* e a imputação do crime descrito no art. 288 do CP e estabeleceu com singular clareza os limites entre os institutos.

Observou Sua Excelência, com agudeza, que, de regra, “as pessoas físicas associam-se para a prática de atos lícitos, não para cometimento de delitos. E, igualmente de regra, os *crimes econômicos* praticados no exercício de atividade lícita, são-no, se não sempre, pelo menos em boa parte dos casos, por grupo de pessoas responsáveis pelo gerenciamento e direção da empresa, não porque acordaram associar-se para prática de delitos, mas por necessidade orgânica e jurídica da administração de atividades negociais”. Por isso, confessa, “o que me preocupa na postura teórica do cúmulo *automático* ou *sistemático* da

acusação de formação de quadrilha ou bando, nas denúncias de *crimes econômicos*, é que se subvertam o alcance do tipo e o escopo da norma, tanto penal, como daquelas destinadas à disciplina das empresas e das atividades empresariais. Não precisaria lembrar que é a própria Constituição que reconhece e estimula a associação de pessoas para o exercício de atividades econômicas (v.g., arts. 176, inc. IX, e 174, § 2º).

Daí que reconheça como “intolerável, enquanto degrada a ordem jurídica, a imputação automática do crime descrito no art. 288 do Código Penal, sempre que se cuide de suposto delito praticado no exercício de atividade empresarial por mais de três pessoas, ou à vista dos termos do contrato social, ou de documento equivalente, que envolva mais de três sócios ou associados”.

Realçando o caráter formal do delito em questão e invocando o sempre citado *HC 81.260* (Min. Sepúlveda Pertence), pondera que “o acerto dessa interpretação demonstra, *a contrario sensu*, toda a inconsistência lógica da atribuição mecânica do crime a membros de sociedade empresarial organizada para o exercício de atividades lícitas, pelo só fato de serem os membros da pessoa jurídica. Se tal delito subsiste ainda quando nenhum crime projetado seja cometido, a razão é porque a criação da respectiva sociedade se preordenou à prática de delitos, à moda de velado objeto social, estando nisso o cerne do tipo, centrado no *desvalor da conduta*, como sucede em todo *crime formal*. Na associação de pessoas para o exercício de atividades lícitas, lucrativas ou não, não se encontra nem descobre igual desvalor, porque nela há, antes, por presunção, valor específico, tutelado e incentivado pela ordem jurídica”. E, conclui, “em síntese, penso que, como tese, a suposta prática de *delitos econômicos* por pessoas que se associaram, nos termos da lei, para exercício de atividades lícitas, não lhes pode justificar nem legitimar, *por si só*, imputação do crime previsto no art. 288 do Código Penal”.

6.3 À guisa de conclusão: o crime de formação de bando ou quadrilha, a criminalidade de empresa, a “ressaca” do HC 81.611 e a “redescoberta” da prisão temporária

Nos precedentes acima analisados, cuidava-se da imputação cumulativa de crimes tributários e *quadrilha ou bando*, e não se trata de mera coincidência. A imputação (ou o aumento de denúncias oferecidas neste novo “formato”) cumulativa do artigo 288 do CP com os crimes tributários parece ser (também) a “ressaca” de posicionamentos adotados pelo Supremo Tribunal Federal, a partir do ano de 2003, em matéria de crimes tributários e segundo os quais (a) nos

crimes tributários, pendente discussão no âmbito administrativo-tributário, falta justa causa à ação penal (STF, HC 81.611, Min. Sepúlveda Pertence³¹); (b) o pagamento do tributo extingue a punibilidade (art. 9º, § 2º, Lei n. 10.684/03) (STF, HC 81.929, Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/acórdão Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 17.02.2004); e, (c) o seu parcelamento implica na suspensão da pretensão punitiva e do processo (idem) (STF, HC 85.452, Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 06.03.2005).

A imputação cumulativa do crime definido no artigo 288 com os crimes tributários tem sido a “válvula de escape” para dar andamento a ações penais centradas nos crimes tributários, mas que, seja em virtude de pendência de recurso administrativo, seja em virtude de parcelamento ou pagamento do crédito tributário, deveriam ser trancadas ou suspensas. Calcados na posição firme do Supremo Tribunal Federal acerca da autonomia do crime de bando ou quadrilha, diversas ações penais têm logrado processamento por meio da imputação exclusiva do crime descrito no art. 288 do CP, imputando-se a membros de sociedade empresária, que supostamente praticaram crimes tributários em claro caso de concurso de agentes e forma continuada, a artificial acusação de formarem bando ou quadrilha para a prática de tais delitos.

Embora a imputação automática do crime de quadrilha ou bando não se restrinja mais ao âmbito dos crimes praticados no contexto de instituições financeiras privadas, não custa lembrar, com Ana Carolina Rocha Cortella que, neste campo, o abuso da imputação pode ser agravado pelas exigências legais na estruturação dessas instituições, que devem possuir, “sempre no mínimo quatro pessoas em sua composição” (CORTELLA, 2006, p.14)³².

As conseqüências que decorrem da submissão do suspeito/acusado a tão grave imputação não escaparam à pena do Min. Cezar Peluso que, no precedente acima citado, invocando a necessidade da presença de indícios suficientes da prática do crime previsto no art. 288, afirmou: “Tão clara a necessidade, se não decorresse do princípio jurídico fundamental de que não se pode submeter ninguém às ‘cerimônias degradantes do processo’ sem justa causa, decorreria da consideração dos gravísimos efeitos da imputação na só esfera processual penal, tais como possibilidade de prisão temporária (art. 1º, inc.III, “I”, da Lei n. 7.960/89), da prisão em flagrante por conta do caráter permanente do delito e, até, do risco de prisão para apelar, segundo interpretação menos cuidadosa (art. 9º da Lei n. 9.034/95)”.

Agravando ainda mais a situação da banalizada imputação do artigo 288 do CP para contornar os entendimentos adotados pela Suprema Corte, é recorrente o abuso da imputação também para lançar mão de um outro instrumento cuja agressividade dispensa maiores comentários: a prisão temporária.

Tal instrumento não fora previsto para a utilização em crimes tributários conforme se colhe do rol taxativo do art. 1º, III, da Lei n. 7.960/89³³. Embora haja a menção a crimes contra o sistema financeiro nacional, está excluído o uso da prisão temporária para os crimes tributários, para o crime de lavagem de capitais, para os crimes contra as relações de consumo etc. Todavia, a “mágica” invocação do crime descrito no art. 288 do CP abre as portas para o emprego desta que é a forma mais odiosa de prisão “cautelar” em nosso ordenamento jurídico.

Como é de todos sabido, a práxis da prisão temporária tornou-a também instrumento utilizado para arrancar confissões e delações premiadas, normalmente “segurando-se” para o último momento antes do esgotamento do prazo a oitiva do investigado, como forma de pressão para que “colabore” com as autoridades encarregadas da investigação “sob pena” de se pedir a prorrogação da temporária ou uma prisão preventiva.

Disso tudo decorre a imperiosa necessidade de redobrado controle, por parte das autoridades judiciais, no recebimento de pedidos de prisões temporárias e de denúncias com imputação cumulativa de crimes econômicos e do crime de formação de *quadrilha*, ou da sua imputação autônoma artificial a crimes cometidos no contexto da criminalidade de empresa, para que só sejam recebidas aquelas nas quais, efetivamente, houver a descrição circunstanciada de uma empresa ilícita, com o sentido empregado neste texto, e nos estritos contornos do art. 288 do CP.

REFERÊNCIAS

BARATTA, Alessandro. **Criminologia crítica e crítica do direito penal**: introdução à sociologia do direito penal. Tradução de Juarez Cirino dos Santos. 2. ed., Rio de Janeiro: Freitas Bastos/ Instituto Carioca de Criminologia, 1999.

BATISTA, Nilo. **Concurso de agentes**: uma investigação sobre os problemas da autoria e da participação no direito penal brasileiro. 4. ed., Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CASTANHEIRA, Beatriz Rizzo. Organizações criminosas no direito penal brasileiro: o estado de prevenção e o princípio da legalidade estrita. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, n. 24, out./dez. 1998, p. 99-124.

COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet; MENDES, Gilmar Ferreira. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

CORTELLA, Ana Carolina Rocha. **O automatismo da imputação do delito descrito no artigo 288 do Código Penal nos crimes cometidos contra o sistema financeiro nacional**. Artigo científico apresentado no Programa de Educação Continuada e Especialização da GVlaw, São Paulo, 2006.

FERNANDES GODINHO, Inês. A actuação em nome de outrem em direito penal económico: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho. *In*: COSTA, José de Faria (coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 203-249.

FIGUEIREDO DIAS, Jorge de. A criminalidade organizada: do fenómeno ao conceito jurídico-penal. **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, São Paulo, n. 71, mar./abr. 2008, p. 11-30.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ. **Derecho penal económico**: parte general. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

McCLEAN, David. **Transnational organized crime**: a commentary on the UN Convention and its Protocols. Oxford: Oxford University Press, 2007.

MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. **Curso de direito constitucional**. São Paulo: Saraiva, 2007.

PITOMBO, Antônio Sérgio Altieri de Moraes. **Organização criminosa**: nova perspectiva do tipo legal. Tese de doutorado apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, 2007 (no prelo).

PRADO, Luiz Regis. **Curso de Direito Penal Brasileiro**. 4. ed., São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006, v. 3.

REALE JÚNIOR, Miguel. Cartel e quadrilha ou bando: *bis in idem*. **Ciências penais Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. São Paulo, ano 3, v. 5, jul./dez. 2006.

ROSSO, Giovanni. Ordine Pubblico (delitti contro l'). *In*: **Novissimo Digesto Italiano**. Torino: Editrice Torinese, v. XII.

ROXIN, Claus. **Derecho penal**: parte general. Tradução da 2. ed. alemã por Diego-Manuel Luzón Peña et al. Madrid: Civitas, 1997, tomo I.

SALES, Sheila Jorge Selim de. **Dos tipos plurissubjetivos**. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. **A tutela penal e as obrigações tributárias na Constituição Federal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2001.

SCHÜNEMANN, Bernd. **Delinquencia empresarial**: cuestiones dogmáticas y de política criminal. Traducción de Beatriz Spinola Tártalo y Margarita Valle Mariscal de Gante. Buenos Aires: Fabián J. Di Plácido, 2004.

TAVAREZ, Juarez. **Teoria do injusto penal**. 3. ed. rev. e ampl., Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

Precedentes citados

Supremo Tribunal Federal. HC 70.919, Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 29.04.1994.

_____. **HC 72.992**, Min. CELSO DE MELLO, Primeira Turma, DJ 14.11.1996.

_____. **HC 70.290**, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 13.06.1997.

_____. **HC 81.260**, Min. Sepúlveda Pertence, Pleno, v.m., DJ 19.04.2002.

_____. **HC 81.929**, Min. Sepúlveda Pertence, rel. p/acórdão Min. Cezar Peluso, Primeira Turma, DJ 17.02.2004.

_____. **HC 84.223**, Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 27.08.2004.

_____. **HC 84.423**, Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ 24.09.2004.

_____. **HC 84.453**, Min. Marco Aurélio, rel. p/acórdão Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 04.02.2005.

_____. **HC 85.452**, Min. Eros Grau, Primeira Turma, DJ 06.03.2005.

_____. **HC 81.611**, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, v.m., DJ 13.05.2005.

1 Especial agradecimento a Andrei Zenkner Schmidt, Antonio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo, Luciano Feldens e Rodrigo Sánchez Rios por suas inestimáveis contribuições.

2 Segundo David McClean, foi no Workshop Ministerial Regional realizado em Buenos Aires em novembro de 1995 que se propôs que o Plano de Ação Global contra o Crime Transnacional Organizado tomasse a forma de uma convenção internacional (McCLEAN, 2007, p. 4).

3 Cf. Prado, 2006, v. 3, p. 605. Antônio Sérgio Altieri de Moraes Pitombo, em tese de doutorado especificamente dedicada ao tema, observa que, ainda que os tipos não coincidam, “é difícil negar que a estrutura do tipo de ajuntamento

ilícito, a descrição típica embasada no número de três pessoas ou mais, e a busca da tutela à paz pública serviram como base para o artigo 288, do Código Penal, ainda em vigor” (PITOMBO, 2007, p. 42). Digno de destaque o apanhado histórico feito por este autor (cf. p. 31-48).

4 Prado, 2006, v. 3, p. 605.

5 Seria impossível recolher todo o amplo arcabouço doutrinário já produzido sobre este ponto. Cf. Tavares, 2003, especialmente p. 202 e s.; Salomão, 2001, p. 187 e s.

6 Giovanni Rosso também ressalta esta característica: *Il delitto di cui ci occupiamo rientra in quelli a carattere collettivo, in quanto richiede necessariamente per il suo concretizzarsi un determinato numero di persone (almeno tre), onde non si applicano le regole per il concorso eventuale di persone* (ROSSO, s/d, p. 160).

7 Sobre o *seminfermo* e a *causa de não punibilidade dos associados, que difere da capacidade de entender e querer*, vide p. 160.

8 Cf. Prado, 2006, v. 3, p. 606-607.

9 Cf. Prado, 2006, v. 3, p. 607; e Pitombo, 2007, p. 52.

10 **Comentários ao Código Penal**, v. IX, p. 177, *apud* Prado, 2006, v. 3, p. 607.

11 Cf. Prado, 2006, v. 3, p. 607.

12 Cf. Prado, 2006, v. 3, p. 608.

13 Conferir a crítica vigorosa de Beatriz Rizzo à criação, no imaginário coletivo, de uma categoria de pessoas perigosas que “passam a representar o papel dos inimigos do povo, dos inclinados a delinquir, dos perigosos, papéis que no passado foram desempenhados por bruxas, hereges, vadios, mendigos, loucos”, que escancara que crimes “como ‘quadrilha ou bando’, ‘associação criminosa’ ou ‘organização criminosa’ esbarram no Direito penal do autor e constituem nada mais que tipos normativos de autor” (CASTANHEIRA, 1998, p. 119-120). E, mais à frente, em caráter conclusivo: “A organização criminosa – como tipo de crime – é uma clara manifestação do ‘direito penal do autor’, em contraposição ao ‘direito penal do fato’”. (idem, p. 121).

14 São direitos fundamentais a livre manifestação do pensamento (“é livre a manifestação do pensamento, sendo vedado o anonimato”, art. 5º, IV, CF) e a inviolabilidade de consciência (inc. VI). Conforme a lição de Gilmar Ferreira Mendes, a “liberdade de expressão é, então, enaltecida como instrumento para o funcionamento e preservação do sistema democrático (o pluralismo de opiniões é vital para a formação de vontade livre)” (MENDES, 2007, p. 350).

15 Eis a redação completa do art. 6º, § 1, da Convenção de Palermo: “Artigo 6 –

Criminalização da lavagem do produto do crime. 1. Cada Estado Parte adotará, em conformidade com os princípios fundamentais do seu direito interno, as medidas legislativas ou outras que sejam necessárias para caracterizar como infração penal, quando praticada intencionalmente: a) i) A conversão ou transferência de bens, quando quem o faz tem conhecimento de que esses bens são produto do crime, com o propósito de ocultar ou dissimular a origem ilícita dos bens ou ajudar qualquer pessoa envolvida na prática da infração principal a furtar-se às conseqüências jurídicas dos seus atos; ii) A ocultação ou dissimulação da verdadeira natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens ou direitos a eles relativos, sabendo o seu autor que os ditos bens são produto do crime; b) sob reserva dos conceitos fundamentais do seu ordenamento jurídico: i) A aquisição, posse ou utilização de bens, sabendo aquele que os adquire, possui ou utiliza, no momento da recepção, que são produto do crime; ii) A participação na prática de uma das infrações enunciadas no presente Artigo, assim como qualquer forma de associação, acordo, tentativa ou cumplicidade, pela prestação de assistência, ajuda ou aconselhamento no sentido da sua prática.”

16 Cf. Sales, 1997, p.134-136.

17 “A participação”, todavia, “é conduta essencialmente *dolosa*, e deve dirigir-se à interferência num delito também doloso”, adverte Nilo Batista (BATISTA, 2008, p. 158).

18 Sobre a concorrência entre o crime previsto no art. 288 do CP e o concurso de agentes, observa Luiz Régis Prado “que, se todos os associados elaboraram o plano, mas nem todos participaram da prática do crime, somente aqueles que de ambos fizeram parte responderão por concurso material. Os outros serão responsabilizados somente pelo delito de quadrilha ou bando.

Outrossim, há que ser observado que o delito de quadrilha ou bando subsiste mesmo que haja incidência do instituto de concurso de pessoas no delito em seguida praticado. Ou seja: se os componentes da quadrilha ou bando estiverem associados com o intuito de praticar roubos ou furtos, por exemplo, ter-se-á a aplicação dos arts. 288 e 157, § 2º, II, ambos do Código Penal. Isso porque o delito de quadrilha ou bando é autônomo, como já frisado anteriormente. Como bem se ensina, o delito é autônomo ‘não somente diante da figura da co-participação, mas sim em relação a cada um dos delitos cometidos por cada associado.

Em se tratando de crime continuado, nada obsta a quem haja a incidência delito do art. 288. Afinal, o que houve foi apenas uma unificação meramente legal. Os delitos praticados – idênticos – continuam, porém, sendo vários” (PRADO, 2006, v. 3, p. 608-609).

19 Utilizamos, aqui, a análise feita por Inês Fernandes Godinho na primeira parte de seu artigo *A actuação em nome de outrem em direito penal económico*: entre a narrativa e a dogmática ou o outro lado do espelho. In: COSTA, José de Faria (coord.). **Temas de direito penal económico**. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 203-249. A autora utilizou-se, fundamentalmente, de conceitos construídos por Luigi Foffani e Bernd Schünemann. Cf., ainda, Martínez-Buján Pérez, 1998, p. 67-70 e 191 e s.

20 Sobre os problemas específicos de imputação jurídico-penal produzidos pela *criminalidade de empresa*, consultar p. 19-20.

21 Tal proceder tomou fôlego principalmente a partir do julgamento final do *HC 81.611* pelo Supremo Tribunal Federal (cf. *infra*).

22 “Art. 981. Celebram contrato de sociedade as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir, com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica e a partilha, entre si, dos resultados.

Parágrafo único. A atividade pode restringir-se à realização de um ou mais negócios determinados.”

23 Sobre esta circunstância, afirma Carlos Martínez-Buján Pérez, com apoio em Bernd Schünemann, que “o que não se pode negar, porém, é que os delitos econômicos selecionados de acordo com o critério penal se executam habitualmente ‘salvo irrelevantes exceções’ por parte de uma criminalidade empresarial” (MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, 1998, p. 70, tradução livre). Notícia, ainda, que em um estudo empírico realizado na Alemanha sobre os crimes econômicos praticados entre 1974 e 1985, concluiu-se que 80% deles eram praticados no contexto de uma atividade empresarial (MARTÍNEZ BUJÁN-PÉREZ, 1998, p. 194).

24 No mesmo sentido: *HC 72.992*, Min. Celso de Mello, Primeira Turma, DJ 14/11/1996; *HC 70.919*, Min. Sepúlveda Pertence, Primeira Turma, DJ 29/04/1994, e *HC 70.290*, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, DJ 13/06/1997.

25 Supremo Tribunal Federal, *HC 84.423*, Min. Carlos Britto, Primeira Turma, DJ 24/09/2004.

26 Não havia imputação concorrente de crime econômico, mas, sim, de roubo e receptação, e quanto à imputação destes crimes, a denúncia foi julgada inepta.

27 Cf. Informativo/STF n. 358.

28 Cf. Informativo/STF 476.

29 Cf. Informativo/STF 476.

30 “O julgamento foi retomado nesta terça-feira (03), com o voto-vista do

ministro Carlos Ayres Britto. Para ele, além das informações sobre a suposta sonegação, a forma ‘estranha’ como os denunciados administravam a empresa, sem jamais figurarem como sócios aparentes, ‘permanecendo sempre nessa estranha situação de informalidade gerencial’, constitui indício suficiente de uma associação para a prática de crimes tributários.

Para o ministro, é correta a tese de que o crime de formação de quadrilha não deve ser uma decorrência direta do fato de sócios gerenciarem uma pessoa jurídica envolvida em crimes tributários. Mas não é o caso de aplicar essa tese ao caso em discussão, ressaltou Ayres Britto, ‘pois aqui há elementos concretos, indiciários, vistosos, viabilizando o prosseguimento do feito’.

Ayres Britto foi acompanhado pelos ministros Eros Grau e Marco Aurélio. Ficou vencido o ministro Cezar Peluso, relator, que no início do julgamento havia votado pelo deferimento do pedido.” (Notícias STF, 03 de junho de 2008, “STF mantém ação penal contra sócios da Unidata Informática”.) Disponível em: <<http://www.stf.gov.br>> (acesso em 09.06.2008). Cf. também Informativo/STF n. 509. Houve interposição de embargos de declaração, pendentes de julgamento quando da redação final deste texto.

31 “EMENTA: I. Crime material contra a ordem tributária (L. 8137/90, art. 1º): lançamento do tributo pendente de decisão definitiva do processo administrativo: falta de justa causa para a ação penal, suspenso, porém, o curso da prescrição enquanto obstada a sua propositura pela falta do lançamento definitivo. 1. Embora não condicionada a denúncia à representação da autoridade fiscal (ADInMC 1571), falta justa causa para a ação penal pela prática do crime tipificado no art. 1º da L. 8137/90 – que é material ou de resultado –, enquanto não haja decisão definitiva do processo administrativo de lançamento, quer se considere o lançamento definitivo uma condição objetiva de punibilidade ou um elemento normativo de tipo. 2. Por outro lado, admitida por lei a extinção da punibilidade do crime pela satisfação do tributo devido, antes do recebimento da denúncia (L. 9.249/95, art. 34), princípios e garantias constitucionais eminentes não permitem que, pela antecipada propositura da ação penal, se subtraia do cidadão os meios que a lei mesma lhe propicia para questionar, perante o Fisco, a exatidão do lançamento provisório, ao qual se devesse submeter para fugir ao estigma e às agruras de toda sorte do processo criminal. 3. No entanto, enquanto dure, por iniciativa do contribuinte, o processo administrativo suspende o curso da prescrição da ação penal por crime contra a ordem tributária que dependa do lançamento definitivo” (STF, HC 81.611, Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, v.m., DJ 13.05.2005).

32 Sim, porque, como explica a autora, tais instituições estão obrigadas legalmente a se constituírem sob a forma de sociedades anônimas, cuja estrutura demanda ao menos três membros no Conselho de Administração e no mínimo

dois membros na Diretoria (CORTELLA, 2006, p. 14).

33 “Art. 1º Caberá prisão temporária: I – quando imprescindível para as investigações do inquérito policial; II – quando o indicado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade; III – quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes: [...] I) quadrilha ou bando (art. 288), todos do Código Penal; [...].”

7 A POLÍTICA CRIMINAL DESTINADA À PREVENÇÃO E REPRESSÃO DA LAVAGEM DE DINHEIRO: O PAPEL DO ADVOGADO E SUAS REPERCUSSÕES

Rodrigo Sánchez Rios

Professor de Direito Penal da Pontifícia Universidade Católica do Paraná; especialista em Curso de Perfezionamento in Scienze Amministrative pela Università degli studi di Roma Tre, especialista em Curso de Postgrado en Derecho Penal Económico pela Universidad de Castilla-La Mancha, doutor em Curso di Diritto Penale e Criminologia pela Università degli studi di Roma Tre.

7.1 Introdução

É lugar comum apontar deficiências e aderir a um certo ceticismo quanto à efetividade da normativa jurídico-penal atinente ao delito de lavagem de dinheiro. Razões não faltam para corroborar tal observação, indicando-se o seu perfil inovador entre os motivos a respaldar posturas teóricas que estão longe de ser assumidas como definitivas. Afinal, na nossa realidade, a Lei n. 9.613/98 acaba de cumprir um decênio de existência, dando sinais prementes de alteração. Na profusa produção legislativa em matéria penal, o Projeto de Lei n. 209/2003 retrata a dinâmica do acompanhamento da ordem legal ao controle do branqueamento de capitais. Por outro lado, o caráter transnacional do delito de lavagem traz em si uma mudança de pensamento decorrente da constatação da internacionalização do direito penal. Eis que, neste terreno, diversos diplomas normativos internacionais passam a ser referenciais obrigatórios, porém nem sempre recepcionados com um espírito crítico junto ao nosso sistema legal, seja sob um viés exclusivamente dogmático, seja sob a feição de uma política criminal assentada nos princípios garantistas.

Deste modo, o presente estudo pretende percorrer pela Política Criminal destinada a repelir a reciclagem dos ativos ilícitos. Indiscutível será a evidência no aspecto financeiro do delito. As orientações estão voltadas à prevenção e repressão da retirada de vantagens ilegais relativas ao produto ou proveito da prática criminosa (ver 7.2). No âmbito preventivo, por sua vez, inegavelmente justificada resta a inserção do sistema bancário e agentes financeiros,

comprovando-se a adoção uniforme de medidas internacionais por diversos países signatários dos compromissos assumidos a partir da Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas de 1988 (Convenção de Viena), bem como das subseqüentes diretrizes internacionais. A imposição de obrigações (conhecer o cliente) e de comunicar operações suspeitas aos órgãos fiscalizadores passou a se constituir verdadeiro postulado da política preventiva. Todavia, os mecanismos de controle até o momento adotados têm exigido uma maior colaboração de outras entidades particulares, sensíveis ao contato com agentes branqueadores de capitais. Neste caso, contadores, agentes imobiliários, tabeliães, agentes que atuam no comércio de jóias, de artes e profissionais do direito, os quais passaram a ser incluídos nas Diretrizes e Recomendações orientadas à prevenção da lavagem de dinheiro.

Especificamente em relação a eventual inserção da classe dos advogados na política preventiva, a reflexão resta centralizada no alcance dos diversos documentos internacionais que circundam e traduzem a temática. Nessa ordem, a proposta das orientações se assenta na nítida separação da atividade consultiva e contenciosa da atividade do advogado. Quanto à atividade contenciosa, os enunciados da política criminal são transparentes no sentido da exoneração plena do advogado em total harmonia com suas prerrogativas funcionais. A mesma assertiva não encontra idêntico esteio na área consultiva, sobretudo no que tange as especialidades do direito societário e tributário (*vide* as Diretrizes da União Européia n. 2001/97/CE de 4 de dezembro de 2001; 2005/60/CE de 26 de outubro de 2005 e as Quarenta Recomendações do GAFI de 20 de junho de 2003, para o combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do Terrorismo).

Mesmo com a indicação expressa dos casos em que surgiria um dever especial de diligência e de comunicação de operações suspeitas, a problemática não obteve um tratamento jurídico uniforme na comunidade internacional. E ainda, quando se observa o rol das situações que impõem o dever de cuidado por parte do profissional do direito, e que na sua grande maioria não demandam atos pertinentes ao exercício da advocacia, a sua recepção no direito comparado tem sido paulatina e acompanhada de inúmeras reservas, justamente pelo risco de se desvirtuar a função do advogado no Estado Constitucional. Se legítimos são os alicerces da convocação do sistema bancário, de agentes financeiros e de outros particulares na política de prevenção ao branqueamento de capitais, fundados receios encontram-se presentes sempre que o legislador tenta incluir a figura do advogado na estratégia do controle da reciclagem de dinheiro.

A presente pesquisa também se orienta na análise da receptividade das recomendações internacionais por parte do legislador pátrio. Uma primeira leitura poderá corroborar de forma imediata como o legislador brasileiro aderiu aos postulados da política de prevenção e repressão à lavagem de dinheiro

inaugurada a partir da Convenção de Viena. A promulgação da Lei n. 9.613/98 atesta essa orientação. Isto não significa que em matéria de configuração típica do delito de lavagem, das medidas cautelares, da vedação de liberdade provisória, da inversão do ônus da prova, da integração dos órgãos fiscalizadores, entre outros, não se exija um constante aperfeiçoamento. O capítulo III enfrenta esta problemática, destacando que, concernente à política preventiva, o legislador pátrio inicialmente não conseguiu separar o papel do advogado enquanto alvo das medidas impositivas do dever de vigilância daquela do advogado como defensor do agente acusado do delito de lavagem. Infelizmente esta falta de esclarecimento acabou originando Projetos de Lei que afrontavam garantias constitucionais como as da presunção de inocência e da ampla defesa, chegando-se às raias do absurdo ao se cogitar da imposição de advogados dativos para os acusados do crime de lavagem, pois a remuneração do profissional livremente escolhido pelo agente dar-se-ia com dinheiro maculado pela prática do delito.

Enfim, o item 7.4 retoma a discussão do papel do advogado na política preventiva e o faz a partir do referencial do Projeto de Lei n. 209/2003. Busca-se na experiência comparativa o justo aval para um debate por si só delicado. Importante é objetivar o tema pois é sabido que, quando o advogado atua *ocultando* ou *dissimulando* dinheiro que sabe ser produto de crime, a sua conduta estará enquadrada no parágrafo primeiro do art. 1º da Lei n. 9.613/98, longe do manto de proteção da Lei n. 8.906/94. E o escopo parece claro, qual seja o de polemizar sobre a eventual inserção do advogado na política de prevenção assumindo os deveres de vigilância e de comunicação ao COAF das operações suspeitas dos seus clientes nos casos descritos nas recomendações internacionais¹.

7.2 Tendências da política criminal no âmbito da lavagem de dinheiro

Dentre os diversos desafios da ciência jurídico-penal apontados por Roxin (2007, p. 3 e s.), encontra-se a superação de uma leitura estritamente nacional desta ciência. Qualquer reforma da dogmática penal e da política criminal só terá sentido a partir de bases supranacionais. Nesse diapasão, a doutrina² constata que os efeitos da globalização também alcançam a normativa penal, pois a criminalidade transnacional, cujos efeitos atingem o tecido socio-político e econômico de diversas nações, implica uma progressiva uniformização dos tipos penais e uma maior cooperação policial e judicial entre os diversos países, além da recepção de diversos documentos internacionais, dos quais cite-se a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e

Substâncias Psicotrópicas, de 20 de dezembro de 1988, e a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo), de 2000³.

Das atividades delitivas que não reconhecem os limites de fronteira e que confirmam a internacionalização do direito penal, encontra-se o delito de lavagem de dinheiro⁴. Na experiência comparativa, especificamente em relação a esta modalidade delitiva, podemos indicar entre os documentos internacionais mais relevantes a Convenção do Conselho de Europa sobre a lavagem, identificação, embargo e confisco dos benefícios econômicos derivados do delito, de 8 de novembro de 1990, além das Diretrizes da União Européia, 2001/97/CE de 4 de dezembro de 2001 e a 2005/60/CE de 26 de outubro de 2005⁵.

Por outro lado, nos últimos dois decênios, a política criminal dos países europeus tem se orientado a destacar o aspecto financeiro da luta contra o crime no sentido de isolar economicamente o agente do delito de lavagem de dinheiro – desde a fase investigativa – para que não usufrua da acumulação de capital e dos ganhos de procedência ilícita⁶. Ao verificar os documentos internacionais supracitados, tem-se que o interesse em fortalecer medidas anti-reciclagem, para retirar de circulação os ganhos ilícitos, surgiu no contexto do comércio do tráfico ilícito de entorpecentes nos anos 80⁷.

Neste contexto, é esclarecedora a síntese de Albrecht (2001, p. 47-48):

En general, la política jurídica se ha concentrado en el lavado de dinero y las ganancias de origen ilícito provocando transformaciones profundas en el derecho penal sustantivo así como en el derecho procesal penal. La política de retirar de circulación las ganancias ilícitas, cuyo objetivo específico consiste sobre todo en la necesidad de suprimir completamente del tráfico económico las utilidades del comercio de narcóticos, hace parte de los esfuerzos internacionales de unificación de la legislación en el campo del lavado de activos y la extinción de ganancias ilícitas a nivel internacional⁸.

Com efeito, as primeiras medidas anti-reciclagem estão associadas às iniciativas internacionais de combate ao tráfico de entorpecentes e à atuação repressiva – a máxima “*follow the money*” seria um instrumento da investigação criminal⁹.

A política criminal vocacionada à prevenção e à repressão da lavagem

de ativos e à retirada do produto ilícito do delito, bem como do perdimento do patrimônio adquirido de forma ilegal, passou a impor ao sistema bancário e aos agentes financeiros a obrigação de colaborar com a *persecutio criminis*, comunicando às autoridades competentes toda vez que se depararem com uma atividade suspeita envolvendo quantias determinadas, além do dever de comunicar às autoridades ou instituições respectivas movimentos e transações monetárias suspeitas dessa prática (BRANDÃO, 2002, p. 20)¹⁰.

É sabido que uma das maiores dificuldades da luta contra o delito de lavagem advém de seu complicado polimorfismo¹¹. À exaustão, a doutrina destaca os ciclos do branqueamento¹², distinguindo objetivamente três etapas: i) da colocação (*placement*); ii) da dissimulação dos ativos (*layering*); e iii) da integração dos bens, direitos ou valores à economia regular (*integration*). Dessas três fases, o momento mais vulnerável para o agente do delito¹³ – e no qual se pode ter uma maior prevenção – é o da primeira, quando o agente tenta introduzir no sistema bancário o produto do delito precedente. Neste diapasão, é compreensível que a medida inicial de prevenção ao branqueamento de capitais seja a imposição ao sistema bancário e instituições de crédito – na função de garantidores do sistema financeiro – um especial dever de diligência (*due dilligence*) na identificação do seu cliente e na comunicação de operações suspeitas¹⁴. As legislações penais modernas contam com dispositivos dessa natureza, e não poderia ser diferente com a nossa Lei n. 9.613/98, nos artigos 9º, 10 e 11¹⁵.

Cumprе ressaltar que a atuação eficaz do sistema bancário no auxílio ao controle da lavagem de ativos pode ser observada sob diversos prismas. Nesta seara nos restringimos a uma leitura normativa, não obstante se reconheça que a mesma apresenta uma visão parcial e insuficiente, sobretudo quando se depara com a cumplicidade de algumas entidades bancárias, ao se utilizarem de subterfúgios de fiscalização oferecidos pelos denominados “paraísos fiscais”, que outorgam maiores ganhos e lucratividade às atividades dos supostos investidores, ou a isenção de tributação a entes jurídicos fictícios. Assim, seguindo as ponderações de Alvarez-Sala (2008, p. 6), uma fresta sempre estará aberta nas rígidas imposições de controle impostas ao sistema bancário enquanto persistirem paraísos fiscais que oferecem sigilo bancário absoluto e baixa fiscalização¹⁶. E, conforme a análise crítica de Brandão, neste âmbito é fácil constatar sinais contraditórios por parte dos Estados, que, se por um lado fazem recomendações, promovem a cooperação judiciária internacional, além de efetivar práticas de prevenção e dissuasão a entidades vulneráveis ao delito de lavagem, e.g., o sistema financeiro, por outro lado revelam uma surpreendente “...passividade

perante as zonas *off-shore*, que são porto de abrigo do grosso dos grandes capitais de proveniência criminosa...” (BRANDÃO, p. 17)¹⁷.

Sem dúvida, as imposições de deveres especiais de diligência ao sistema bancário, reveladas na análise sobre o cliente e as transações por ele efetuadas, que integram o quadro de medidas de prevenção, ensinam outros questionamentos intrinsecamente atrelados à atividade do sistema financeiro. Entre elas, podemos citar que a adoção, por parte das entidades bancárias, das obrigações visando a prevenir a reciclagem do dinheiro, tem como consequência inevitável a quebra de um dos princípios fundamentais da sua atividade, *in casu*, o sigilo bancário¹⁸. Um outro aspecto, talvez de maior relevância nesta problemática, está nas objeções levantadas quanto à legitimidade de transformar as entidades financeiras em espécie de *longa manus* dos órgãos policiais do Estado. A dimensão do questionamento viu-se ampliada quando se elataceu o rol de destinatários das obrigações tendentes a prevenir a lavagem do dinheiro¹⁹. Neste particular, quanto à atuação de sujeitos e entidades submetidas às obrigações de colaboração na luta contra a criminalidade organizada, temos a destacar que a busca de um “equilibrado compromisso” (BRANDÃO, 2002, p. 31)²⁰ depende de não assumir posturas extremadas de colaboração dos particulares, a ponto de flexibilizar valores individuais e coletivos inerentes ao Estado Constitucional (HÄBERLE, 2001, p. 3 e s.)²¹.

A esse respeito, a doutrina apontou que a obtenção do equilíbrio – na participação dos particulares no propósito da defesa social – não é tarefa fácil. É certo que uma política exclusivamente repressiva de combate ao delito de lavagem está fadada ao insucesso, tornando-se imperiosa uma legislação preventiva de caráter administrativo, fundada numa ampla solidariedade social (BRANDÃO, 2002, p. 32 e ALVAREZ-SALA, 2008, p. 10)²², reunindo o maior número de sujeitos e entidades que diretamente ou indiretamente possam ter relação com alguma das fases desta modalidade delitiva pluriofensiva. A colaboração entre os sujeitos aos quais se destina a lei visa a estimular a declaração de operações suspeitas de reciclagem. E justamente neste tópico se assenta a legitimidade inicial da atuação das entidades financeiras que, em virtude da natureza de suas atividades, estão em contato direto com a primeira fase do delito de lavagem. De qualquer modo, este mecanismo de prevenção não foi suficiente para controlar operações financeiras criadas para burlar as diligências e fiscalização do sistema bancário. Em pouco tempo, o agente do delito começou a planejar meios mais sofisticados de acesso ao circuito financeiro legal visando colocar e lavar os recursos de origem delitiva. Para isso, utilizaram a prestação de assessoria jurídica especializada em engenharia financeira como instrumento de superação dos controles de identificação

(BRANDÃO, 2002, p. 84 e ALVAREZ-SALA, 2008, p. 6-7)²³.

Segundo Del Cid Gomez:

Los abogados ofrecen asesoramiento legal que permite el diseño de complejos esquemas de blanqueo, además de proporcionar a las operaciones realizadas una apariencia de respetabilidad. Algunos despachos de abogados actúan como proveedores de servicios a sociedades y fideicomisos. Entre los labores que realizan destaca la constitución de un gran número de sociedades o otras entidades jurídicas y el ejercicio de la función de dirección (2007, p. 66).

Apontando, adicionalmente, a atuação do advogado na terceira fase do delito, na denominada “integração”, Durrieu assim se manifesta: “Também os profissionais podem ter participação nas manobras. Os advogados (...) podem dispor de dinheiro sujo dos seus clientes e colocá-lo assim, por exemplo, em contas bancárias em seu nome e não no nome do seu cliente, atuando como verdadeiros *testas de ferro*” (2006, p. 25). A intervenção destes profissionais a serviço dos agentes branqueadores comprovou que o sistema bancário e financeiro pode ser contaminado, gerando insegurança e comprometendo a coesão de todo o sistema²⁴.

Diversas entidades governamentais alertaram sobre este risco, e exemplos posteriores o confirmam. Entre os casos, podem ser citados a denúncia em dezembro de 1998, da *Unidade de Inteligência Financeira do Reino Unido* (NCI), dirigida contra diversos escritórios de advocacia de Londres, pelo seu envolvimento na prática de lavagem de dinheiro²⁵. Dez anos depois, na Espanha, a *Unidad Central de Delincuencia Económica y Fiscal* e a *Brigada de Blanqueo de Capitales* deflagram diversas operações que deslindam quatro redes delitivas cuja atividade consistia na remessa de dinheiro ilícito a Liechtenstein, formando parte de um gigantesco esquema de reciclagem com centro na Alemanha. Na “Operación Hidalgo”, escritórios de advocacia estavam encarregados de criar entes fictícios em Liechtenstein, sendo que seus integrantes eram os representantes dessas entidades. Nessa qualidade, adquiriram bens imóveis na Espanha mediante transferência de fundos do exterior representados por pessoas ou sociedades naquele país²⁶.

Visando a coibir esta prática, a Diretriz 2001/97, de 4 de dezembro de 2001 da Comunidade Européia, inseriu *ratione persone* as profissões jurídicas a

colaborar no controle dos ativos provenientes de atividades ilícitas²⁷. Assim, a tendência da atual política criminal do combate à lavagem de dinheiro, nos mesmos moldes das obrigações impostas aos bancos e aos agentes financeiros, tem procurado ampliar o rol de pessoas ou categorias profissionais a se integrarem na estratégia do controle obrigatório da lavagem de dinheiro e de ganhos ilegais. Estas categorias profissionais entram em contato especialmente na segunda e na terceira fases do delito de reciclagem (transformação e integração), onde evidentemente já não mais existem valores em espécie, os quais transitaram previamente pelo sistema bancário.

Reforçando postulados anteriores, a Diretriz da União Européia 2005/60, de 26 de outubro de 2005, no seu artigo 2.3 inclui, entre outros, na sua imposição, auditores, técnicos de contas externas e consultores fiscais (item a), além de notários e outros membros de profissões jurídicas quando estes participem, *quer atuando em nome e por conta do seu cliente*, numa transação financeira ou imobiliária ou ainda prestando assistência a seu cliente em transações relativas à compra e venda de imóveis ou entidades comerciais, a gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos pertencentes ao cliente, abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança ou de valores mobiliários etc. Sobreleva ressaltar que a Diretriz 2001/97, de dezembro de 2001, no seu artigo 6-3, desobriga os Estados-Nacionais de estabelecer a colaboração do profissional forense nos casos em que, no exercício da sua profissão, receba informações confidenciais do cliente, concedendo-lhe parecer jurídico sobre eventual transação econômica que possa ser objeto de investigação criminal e quando o profissional esteja na condição de defensor do cliente no processo judicial²⁸.

Estas imposições a categorias profissionais – *quando atuam em nome e por conta de seu cliente* – passaram a ser adotadas por diversos sistemas legislativos²⁹ e atendem às Quarenta Recomendações do GAFI de 20 de junho de 2003³⁰, para o combate ao branqueamento de Capitais e ao financiamento do Terrorismo³¹. Das Recomendações propostas pelo GAFI, as que afetam a profissão do Advogado estão enunciadas nos números 12, 13, 15, 16, 17, 21, 24 e 25. Direcionadas aos Advogados, Notários e a outros profissionais jurídicos independentes, tais recomendações são: i) dever de vigilância relativo à clientela; ii) conservação de documentos; e iii) obrigação de declarar operações suspeitas quando, por conta ou em representação de um cliente, participam de uma operação relacionada a algumas atividades (compra e venda de bens imóveis, constituição de pessoa jurídica etc.).

Cumprindo observar que a Legislação portuguesa (Lei n. 11/2004 de 27 de março) é mais abrangente ao determinar que a imposição aos deveres da política de prevenção se dará não apenas em nome do cliente, mas “em outras

circunstâncias”. A subseção II da citada Lei trata dos “Deveres das entidades não financeiras”. E o art. 20 – Âmbito de aplicação, na letra f, reza: “Sociedades, notários, conservadores de registro, *advogados*, solicitadores e outros profissionais independentes, que intervenham ou assistam, por conta de um cliente ou noutras circunstâncias, em operações: i) De compra e venda de bens imóveis, estabelecimentos comerciais e participações sociais; ii) De gestão de fundos, valores mobiliários, ou outros ativos pertencentes a clientes; iii) De abertura e gestão de contas bancárias, de poupança e de valores mobiliários; iv) De criação, exploração ou gestão de empresas, fundos fiduciários ou estruturas análogas; v) Financeiras ou imobiliárias em representação do cliente; vi) De alienação e aquisição de direitos sobre praticantes de práticas desportivas profissionais” (grifamos).

Aventa-se na doutrina, com razão, que os dispositivos de dever de vigilância e de comunicação de operações suspeitas direcionadas aos agentes financeiros, ao sistema bancário, a profissionais liberais, a entidades públicas e privadas, estampados nos documentos internacionais, assumem uma feição delineadora de um direito penal administrativo (DURRIEU, 2006, p. 53). Atrélado-se a uma visão preventiva das estratégias de controle ao lavado de ativos, pode-se dessumir que o modelo adotado traça o norte da imposição de obrigações e sanções aos sujeitos envolvidos nesta temática. Eis o caso do art. 12 da Lei n. 9.613/98, que comina sanções de advertência, multa, inabilitação temporária e cassação de autorização, ou ainda a atuação do COAF quando da comunicação de atividades suspeitas às autoridades competentes (art. 15). Neste âmbito, se deduz a sugestão dos organismos na atuação do advogado, no sentido do dever de vigilância e comunicação.

E apenas numa perspectiva acadêmica compreende-se que o profissional do direito atua principalmente na segunda e terceira fases do delito de lavagem. Pois afastados da sua eventual convocação no âmbito preventivo, como sugerem as Diretrizes internacionais, isto não evita de encontrar-se o advogado (como qualquer outro profissional liberal) inserido na realização de atos concernentes às três fases³². Importante notar que nada impede a atuação delitiva do profissional do direito nas três fases do delito, por exemplo, no caso do advogado que formule contrato fictício de honorários aplicando o dinheiro recebido para adquirir imóveis em seu próprio nome, quando na verdade tais bens são de propriedade do criminoso. Por óbvio, através deste último exemplo denota-se que o profissional se despiu de suas prerrogativas funcionais, infringiu dispositivos do seu Estatuto e, no caso, não se está mais no campo da política de prevenção. Evidentemente, os vetores da política criminal de controle ao branqueamento de capitais trazem em si diversas repercussões no direito penal substantivo, na investigação criminal e, acima de tudo, na atuação do profissional

na eventual imposição de um dever obrigacional de controle ou do prestador de serviço jurídico em relação ao seu próprio cliente.

Saliente-se que a legitimidade desta orientação, ancorada na finalidade de retirar os ganhos ilícitos e o seu controle nas diversas transações próprias do mercado financeiro, não é objeto de contradição ou debate. Também se está longe de aderir a um pensamento contrário à incriminação desta modalidade delitiva, cujo respaldo nas ratificações das Convenções Internacionais foi a seu tempo acolhido pelo legislador pátrio³³. Contudo, respaldado na Convenção de Viena e nas diretrizes da União Européia e do GAFI, direcionadas à prevenção e à repressão da lavagem de dinheiro, as quais se atêm ao dever de agir dos profissionais do direito em prol do Sistema Financeiro, faz-se necessário analisar a própria legislação penal respectiva a esta modalidade delitiva, a qual igualmente adentra ao debate da atuação do profissional, no aspecto da assessoria legal e da própria defesa criminal, sobretudo pelo recebimento de honorários em tese maculados.

Destarte, para quem professa uma legislação penal racional, fiel aos ditames da subsidiariedade, da fragmentariedade, da proporcionalidade e do merecimento da pena (MUSCO, 2004, p. 3), a irresignação pela técnica de tipificação adotada pelo legislador, em matéria do delito de lavagem de dinheiro (arts. 1º e 2º da Lei n. 9.613/98), é manifesta pela falta de rigor científico na configuração e na amplitude do tipo. Ainda, perante a tendência cada vez mais difundida em outras nações³⁴, de impor obrigações a categorias profissionais, como a dos advogados, de “colaborar no controle preventivo da lavagem de ativos”, sem dimensionar o alcance destas face aos princípios constituídos no ordenamento jurídico, torna imperiosa uma reflexão teórica apta a constatar o estado da discussão do tema no âmbito legislativo, doutrinário e jurisprudencial.

Neste âmbito preambular, focalizam-se dois aspectos de indagação – o primeiro direcionado ao espaço de discussão da técnica de tipificação adotada pelo legislador pátrio que engloba a atuação da defesa. *En passant*, facilmente poder-se-ia denotar que os delitos de lavagem de dinheiro podem ser definidos de forma ampla³⁵, abarcando na sua totalidade qualquer transação que implique o uso dos ganhos de uma atividade delitiva, tal qual o pagamento de honorários de advogado prestador de serviços de uma defesa criminal. Poderíamos – sempre no plano das hipóteses – acolher esta suposição nos termos do § 1º, II, do art. 1º da Lei n. 9.613/98³⁶.

Este primeiro aspecto traz, portanto, no seu núcleo de discussão, a temática relacionada à atuação profissional do advogado, que poderá ser tratada como segundo aspecto, a ser subdividido em dois sub-itens: da atuação do advogado convocado pelas recomendações dos documentos internacionais a

colaborar com a política de prevenção ao branqueamento de ativos, por meio de um dever de vigilância e de comunicação de operações suspeitas, e, por outro lado, o tratamento jurídico-penal da atuação do advogado de defesa quando do recebimento de honorários, em tese maculados, de agentes que respondam pelo delito de lavagem.

Nesta seara, a reflexão estará guiada a um eventual alcance da lei penal ao papel do advogado defensor em processos criminais. A pretensão em identificar, no segundo aspecto, dois subitens de reflexão evidencia a complexidade do tema, pois repercute nas garantias processuais e compromete o efetivo exercício do direito de defesa, fragilizando direitos fundamentais (no caso o livre exercício da profissão)³⁷, relativizando o sigilo profissional a que está submetido o advogado e, por que não dizê-lo, modifica os princípios do direito penal da culpa e da responsabilidade individual, orientando-o para o critério da prevenção e da segurança (ALBRECHT, 2001, p. 81). Tarefa árdua é imposta aos penalistas e vozes críticas reclamam, com razão, uma delimitação literal dos tipos penais (BERMEJO e WIRTZ).

Em referência ao segundo aspecto – a imposição de obrigações aos profissionais da Advocacia, seja na função de colaborador com a política de prevenção da reciclagem, seja no seu papel de defensor no processo de agentes que respondam por este delito – demanda-se pesquisa das iniciativas legislativas sobre o tema, visando a um aperfeiçoamento da Lei e um suposto incremento de eficácia. Antes de uma ponderada análise dogmática sobre o alcance do tipo penal que diz respeito diretamente ao primeiro aspecto focalizado, passemos à receptividade do legislador pátrio à tendência da política criminal no controle da lavagem de capitais.

7.3 A receptividade legislativa das exigências internacionais no controle da lavagem de dinheiro

A dinâmica legislativa penal envolve desde a iniciativa arraigada por um suposto clamor popular até o debate focalizado nos efeitos da fase pós-legislativa e dos questionamentos por parte da sociedade à qual se aplica³⁸. Todavia, interessa conferir, na orientação da política criminal de prevenção e repressão ao delito de lavagem de capitais, se existe uma correspondência entre as posições teóricas da ciência penal e o produto elaborado pelo legislador, sobretudo quando a Lei n. 9.613/98 completa uma década de vigência e ainda prosperam controvérsias a seu respeito³⁹.

Pela leitura da Lei n. 9.613/98 constata-se que o Congresso Nacional

recepcionou os postulados estampados nas Convenções Internacionais quanto às obrigações impostas às instituições bancárias, agentes financeiros e entidades de controle das atividades financeiras na prevenção ao branqueamento de capitais e ainda continua acolhendo sugestões de aprimoramento do referido diploma legal⁴⁰. Concernente aos projetos de lei apresentados quanto ao papel do advogado quando na defesa do(s) agente(s) do delito em questão e quanto à sua inserção como colaborador da política criminal de prevenção ao delito de lavagem de dinheiro, será fácil constatar que o Poder Legislativo tem, a rigor, lamentavelmente, concedido maior ênfase à função do advogado defensor em processos criminais. Sem traços de ironia, ciente da independência entre os poderes que primam no Estado Constitucional, assevera-se que as iniciativas legislativas encontradas acabam por se confrontar com os princípios democráticos, devido à improcedência e ao descompasso com as regras basilares de um direito penal garantista.

De fato, em 2005, o senador Antonio Carlos Magalhães submeteu à apreciação do Plenário o Projeto n. 6.413, o qual acrescentaria o artigo 261-A ao CPP. Pelo novo dispositivo, a defesa do(s) acusado(s) pelo crime de lavagem de dinheiro – entre outros – *deveria ser feita exclusivamente por advogados dativos*, excetuando os casos em que tais agentes pudessem comprovar a origem lícita dos recursos utilizados em sua defesa. Na sua justificativa, o projeto visava

a coibir os abusos verificados quando grandes criminosos se valem do produto de seus crimes para pagar honorários milionários a advogados que, sem levar em conta princípios éticos e morais que devem nortear o exercício da advocacia, dão prevalência a interesses pessoais e vantagens materiais, ainda que de procedência criminosa⁴¹.

Este projeto encontrou, de início, receptividade por parte de alguns integrantes da Câmara dos Deputados, anexando-se a este outros projetos de conteúdo similar. A título de informação, cumpre citar os seguintes: a) Projeto de Lei n. 577, de 2003, do deputado Alberto Fraga, acrescentava um artigo à Lei n. 9.613/98, vindo a obrigar o réu a comprovar ao juiz do processo a origem lícita dos valores pagos a título de honorários advocatícios. Na sua justificativa, o parlamentar assim declarava:

A advocacia é função essencial para a Justiça e, por isso, deve ser exercida dentro dos limites éticos. As denúncias de que um pequeno

número de maus advogados vêm se valendo da função de defensores para lavar dinheiro oriundo de atividades criminosas é preocupante. Nesse sentido, a nossa proposta busca salvaguardar o profissional honesto...

Ainda na sua proposta, incluía a comunicação à OAB caso o juiz verificasse suspeita da fraude quanto à ilicitude da origem dos recursos financeiros; b) Projeto de Lei n. 5.562, de 2005, do deputado Capitão Wayne, com semelhante conotação ao projeto anterior, acrescentava um dispositivo à Lei n. 9.613/98, o qual obrigava o réu de crime hediondo, ou de crime praticado por organização criminosa, a juntar no processo o valor e a origem dos honorários advocatícios despendidos. Na sua justificativa, nos moldes do Projeto de Lei n. 577, a proposta do parlamentar buscava “...salvaguardar o profissional honesto...”.

Complementando o quadro de iniciativas, o Projeto de Lei n. 712, de 2003, do deputado Bispo Wanderval, visava alterar o Estatuto da Advocacia, Lei n. 8.906/94, inserindo no rol do artigo 34 outras duas infrações disciplinares: a primeira decorrente da percepção, pelo advogado, de importância proveniente de narcotráfico ou outra atividade criminosa, recebidos a título de honorários. A segunda estabelece ao advogado a obrigação de comunicar à autoridade judicial a respeito da “impossibilidade de patrocínio da causa”, a fim de não incorrer na infração disciplinar acima indicada. É fácil perceber que esta moção acaba desnaturando a função do advogado na proteção e defesa dos direitos e garantias fundamentais. Por outro lado, o esmero do parlamentar retrataria uma situação surreal, na qual o advogado, procurado por um cidadão a quem se lhe imputa o cometimento de tráfico internacional de entorpecentes, ver-se-ia obrigado a declinar a causa e imediatamente comunicar ao Judiciário para a indicação de um defensor dativo, pois a origem dos seus recursos é presumidamente ilícita!

Uma leitura inicial do conjunto das propostas apresentadas pelos parlamentares revela, por detrás de suas proposições, além do viés político-criminal de proteção a bens jurídicos múltiplos, um caráter moralista, todavia dissonante dos princípios elementares do direito de defesa salvaguardados no Estado Constitucional⁴², denotando a manifestação de um oportunismo eleitoral que em nada qualifica as instituições democráticas. Em boa hora, a Comissão de Constituição e Justiça e de Cidadania da Câmara dos Deputados, em reunião ordinária realizada no dia 22 de maio de 2007, opinou unanimemente pela inconstitucionalidade e, no mérito, pela rejeição dos projetos supracitados.

Extraem-se do parecer do relator oportunas referências a consagradas garantias constitucionais relativas à presunção de inocência (art. 5º, LVII), à

indispensabilidade do advogado à administração da Justiça (art. 133), à inviolabilidade de seus atos e manifestações, o direito do preso a ter assistência de sua família e de advogado (art. 5º, LXIII), além do contraditório e da ampla defesa, todos estes umbilicalmente ligados ao respeito à dignidade da pessoa humana. Em suas considerações, o relator pondera sobre a flagrante violação das iniciativas apresentadas a estes mesmos postulados garantistas, asseverando: “Como poderá a lei ordinária, de uma maneira sub-reptícia lavrada, violar tais mandamentos constitucionais, fazendo com que, antes até mesmo de instaurado o processo criminal, o indiciado instaure um processo para provar que pode licitamente pagar um advogado?”⁴³

Não bastasse a referência às garantias constitucionais desrespeitadas na proposta dos parlamentares, as mesmas confrontariam a garantia processual prevista na Convenção Americana dos Direitos Humanos de 1969, Pacto de San Jose de Costa Rica, ratificado pelo Brasil em 6 de novembro de 1992 (Dec. n. 678/92), que, no seu art. 8.2, letra *d*, preceitua o “*direito do acusado de defender-se pessoalmente ou de ser assistido por um defensor de sua escolha*”. Em termos comparativos, a Constituição Portuguesa vigente, no seu art. 32º (*Garantias do Processo Criminal*), estampa no inciso 3 que “*O arguido tem direito a escolher defensor e a ser por ele assistido em todos os actos do processo, especificando a lei os casos e as fases em que a assistência por advogado é obrigatória*” (grifo inexistente no original). Tal direito de escolha, conforme a lição de Gomes Canotilho e Vital Moreira (2007, p. 512-519), “...justifica-se, com base na idéia de que o arguido não é *objecto* de um acto estadual mas *sujeito* do processo, com direito a organizar a sua própria defesa”.

Em franca dissidência com os projetos de Lei relacionados ao advogado quando na defesa de pessoas acusadas do delito de lavagem de dinheiro, encontra-se o Projeto de Lei n. 5.762-A de 2005, do deputado Marcelo Ortiz, que “*dispõe sobre o crime de violação de direitos e prerrogativas do advogado, alterando a Lei n. 8.906 de 4 de julho de 1994*”. O art. 7º do Estatuto da Ordem dos Advogados passaria a ser acrescido do seguinte art. 7º-A: “*Violar direito ou prerrogativa do advogado, estabelecido no art. 7º desta Lei, impedindo ou limitando sua atuação profissional, prejudicando interesse legitimamente patrocinado. Pena – detenção, de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, sem prejuízo de pena correspondente à violência, se houver*”. Ainda de acordo com esta iniciativa parlamentar, a Ordem dos Advogados do Brasil (OAB), por intermédio de seus Conselhos Seccionais, poderá requerer a sua admissão como Assistente de Acusação nas ações penais instauradas e o próprio Conselho Seccional da OAB poderá solicitar ao delegado de polícia competente a abertura de inquérito policial por violação aos direitos e às prerrogativas do advogado”⁴⁴.

O trâmite parlamentar indica que o referido Projeto de Lei obteve aprovação pelo plenário no dia 27 de maio de 2008 e segue para deliberação do Senado. Saliente-se o reforço normativo em favor do livre exercício do advogado em contraposição a propostas para sua inserção em políticas preventivas do crime de lavagem de dinheiro. Sem adentrar no mérito da proposta, sob o prisma político-criminal, parece ser altamente questionável a necessidade da criação de tipos penais ante o descumprimento das prerrogativas do advogado, posto a existência da figura típica do abuso de poder e outras similares.

7.4 O Projeto de Lei n. 209 de 2003 e o direcionamento da política criminal preventiva à advocacia consultiva

Sem embargo de eventual rejeição ao Projeto de Lei n. 5.762/2005, espera-se que o legislador retome, com maior disponibilidade e destaque, a polêmica focalizada na necessidade ou não de um eventual elastecimento do número de sujeitos e entidades envolvidos nas estratégias de prevenção à reciclagem do dinheiro. Afinal, o legislador, como representante da soberania popular, interpreta e define o interesse geral, em função de conjunturas mutáveis, buscando o equilíbrio entre os interesses legítimos que porventura possam estar em conflito. Todos os anseios que intenta harmonizar num interesse comum podem e devem encontrar resposta na lei. Se, por um lado, se observa que uma política de prevenção ao delito de lavagem não é suficiente apenas com agentes financeiros e bancários e entes administrativos de fiscalização (COAF), principalmente em sua segunda e terceira fases, por outro, diversos interesses da atividade profissional do advogado poderão ser comprometidos caso não se direcione a determinar o campo de exoneração quando sua atividade esteja permeada e inserida nos dispositivos da Lei n. 8.906/94. Num primeiro momento, os postulados da Diretriz n. 2001/97, de dezembro de 2001/CE, no seu art. 6-3, podem servir de referencial. Não poderá o advogado figurar na política de prevenção como agente colaborador quando atue no estrito cumprimento de sua profissão, praticando atos próprios dela. Com este fim, deve-se abrir espaços constantes de diálogo entre o legislador e o órgão de classe, para contribuir com uma harmonização de interesses em prol de uma sociedade mais justa.

No tocante às Recomendações do GAFI referentes às obrigações dos advogados na prevenção à lavagem de ativos, especialmente a de n. 12, *d*, houve o acolhimento inicial desta no Projeto de Lei n. 209, de 2003, de autoria do Senador Antonio Carlos Valadares. O art. 9, item IX, dispõe:

as pessoas físicas ou jurídicas que prestem, mesmo que eventualmente, serviços de assessoria, consultoria, contabilidade, auditoria, aconselhamento ou assistência, de qualquer natureza, em operações:

a) de compra e venda de imóveis, estabelecimentos comerciais ou industriais ou participações societárias de qualquer natureza;

b) de gestão de fundos, valores mobiliários ou outros ativos;

c) de abertura ou gestão de contas bancárias, de poupança, investimento ou de valores mobiliários;

d) de criação, exploração ou gestão de sociedades de qualquer natureza, fundações, fundos fiduciários ou estruturas análogas;

e) financeiras, societárias ou imobiliárias;

f) de alienação ou aquisição de direitos sobre contratos relacionados a atividades desportivas ou artísticas profissionais.

A tramitação do referido projeto foi aprovada pela Comissão de Constituição, Justiça e Cidadania em abril de 2007, e segue para a Câmara⁴⁵. Idêntica sugestão estava prevista no anteprojeto de modificação da Lei n. 9.613/98, de autoria do Poder Executivo, cujo art. 9º, XIV, se espelha na Recomendação do GAFI, com a ressalva de não mencionar expressamente os “advogados”, como faz o documento internacional. O texto do anteprojeto ampliava o rol de profissionais ao generalizar as atividades de assessoria, consultoria etc., a toda e qualquer pessoa física ou jurídica. As inovações do Anteprojeto do Poder Executivo acabaram convergindo e foram recepcionadas no Projeto n. 209/2003. Nesta problemática, há manifestações contrárias quanto ao inserimento da categoria dos advogados atuantes como “informantes do sistema” (DIANEZI, 2005), em clara contradição com a inviolabilidade do sigilo profissional (GOMES, 2007, p. 5 e s.), inclusive por meio de críticas pontuais de representantes da classe dos advogados⁴⁶ e de especialistas na matéria⁴⁷.

Muito embora as divergências sobre o tema causem um desconforto à classe dos advogados, uma vez que se procura impor um limitador ao exercício da profissão, é preciso reconhecer que nenhuma classe profissional goza de imunidade absoluta. Neste sentido, as recomendações do GAFI são coerentes ao identificar a atuação de qualquer profissional como possível partícipe ou autor do delito de lavagem, especialmente quando atua em nome ou em sociedade com o agente. Com esse fim, sempre no plano preventivo, o GAFI sugere a imposição ao advogado do dever de vigilância e comunicação de operações suspeitas dos seus clientes (recomendação n. 12, *d*, e n. 16). Entretanto, a própria

Recomendação n. 16 desobriga o profissional de comunicar as informações que obteve em situações sujeitas a segredo profissional ou cobertas por um privilégio profissional de natureza legal, leia-se, decorrentes de sua atuação profissional. Nas notas interpretativas às Recomendações, especificamente a de número 16 esclarece:

Compete a cada país determinar as matérias sujeitas a segredo profissional ou cobertas por um privilégio profissional de natureza legal. Normalmente tais matérias abrangeriam as informações que os advogados (...) recebem ou obtêm dos seus clientes quando apreciam sua situação jurídica ou quando os defendem ou os representam no âmbito de processos judiciais, administrativos, de arbitragem ou de mediação.

Ainda no plano preventivo, é coerente aderir à orientação assumida no *Relatório da Comissão de Estudos sobre Crime de "Lavagem" de Dinheiro do Conselho da Justiça Federal*: “Talvez se devesse sustentar a posição de que apenas quando os advogados e outros profissionais funcionarem como intermediários financeiros (*financial intermediaries*), como ‘consultores financeiros e jurídicos [nacionais e] internacionais que idealizam as operações, vendem seu *know-how*’, é que eles deveriam ser abrangidos pela revisão das Quarenta Recomendações”⁴⁸. Mesmo aderindo a este posicionamento, haverá necessidade de ampliar o campo de indagação da questão subjetiva, pois antes da “venda do conhecimento” deverão ser colecionados elementos suficientes a denotar o prévio conhecimento da origem ilícita do dinheiro do cliente e, posteriormente, a atuação profissional deverá estar dirigida a criar mecanismos fraudulentos tendentes a dificultar a identificação do titular do ente jurídico criado e, ao mesmo tempo, facilitar os benefícios do capital integrado na atividade econômica. Evidentemente, se o profissional do direito presta a assessoria legal e direciona seu conhecimento para a realização de alguma fase do delito, a sua conduta já se encontra enquadrada na Lei n. 9.613/98. Em outras palavras, este comportamento está distante da atuação estritamente profissional e, por conseguinte, legal, enfim, afastado de suas prerrogativas funcionais⁴⁹.

Todavia, interpretação distinta da posição tomada no parágrafo anterior se atém ao advogado ao atuar como consultor legal ou defensor em processos criminais cujo recebimento de honorários advém da atuação em delitos de lavagem de dinheiro. Por outro lado, caso venham a ser recepcionadas as recomendações do GAFI sobre as obrigações impostas à profissão do advogado,

no sentido de comunicar – no caso do Brasil, ao COAF – uma operação suspeita decorrente por exemplo da transação de uma compra e venda de imóveis ou da abertura e gestão de contas bancárias, será premente a discussão prévia quanto ao conteúdo e alcance da imposição, para fins de não implicar a vulneração do sigilo profissional – garantia essencial ao exercício da profissão⁵⁰ – e, ao mesmo tempo, acarretar uma responsabilidade penal ao profissional, com fulcro no art. 154 do Código Penal.

Ao considerar que este cenário não está longe de se confirmar, deixando o profissional do direito numa situação, no mínimo, constrangedora e quase kafkiana, faz-se jus uma análise comparativa. Ora, não vivemos isolados; estamos inseridos no quadro da internacionalização do direito penal⁵¹, e dado que esta problemática cedo ou tarde será enfrentada pelo legislador, deve-se, sem rebuços, buscar subsídios na experiência internacional para obter valorações críticas. Portanto, neste tópico compartilhar-se-á das precisões trazidas por Córdoba Roda acerca do modelo espanhol (2006, p. 41 e s.).

Divide Córdoba Roda, partindo da normativa espanhola específica em relação à lavagem de dinheiro⁵², a atuação do profissional, primeiramente, na assessoria legal por conta dos seus clientes e, num segundo momento, na atuação do advogado em nome dos clientes em transações financeiras e/ou imobiliárias. No primeiro caso, quando esta assessoria consiste em informar direitos e obrigações, estaria claro que o advogado realiza, nesta incumbência profissional, uma das modalidades da sua atuação, legitimada pelo país na Lei Federal n. 8.906/94. Ademais, tal ato consultivo estará submetido, por consequência, ao dever do sigilo profissional, cuja revelação acarretaria infração disciplinar (art. 34, VII do Estatuto da OAB) punível com a sanção de censura⁵³, além de responder pela imputação do crime de violação de segredo profissional, do art. 154 do CP, cuja pena prevista é de detenção de três meses a um ano. A conclusão aqui é evidente: a normativa em questão colide com a garantia da inviolabilidade do advogado referida expressamente no art. 7º, II, da Lei n. 8.906/94, e confronta com o sigilo profissional, disposto no art. 154 do CP. Adentrando mais a esta problemática, torna-se necessário antever que uma legislação deste teor causaria dissonâncias até mesmo de cunho constitucional. Ao considerar o art. 133 da CF que o advogado (bem como o defensor público) é indispensável à administração da Justiça, cujas funções e atos são garantidos pela inviolabilidade da função exercida⁵⁴, resta claro que compartilhar segredos profissionais com o órgão fiscalizador (COAF) alteraria a natureza da função exercida, gerando dúvidas quanto ao papel essencial desta profissão no Estado Constitucional.

Já o segundo aspecto trazido por Córdoba Roda corresponde à atuação

dos advogados em nome dos clientes em qualquer transação financeira ou imobiliária. Quer dizer, o profissional age como preposto do seu cliente. Nestes casos, a conduta é praticada por quem ostenta a condição de advogado mas não constitui direção de defesa em um processo, tampouco presta assessoria ou conselho jurídico. Qualquer pessoa maior de idade poderia desempenhar tais funções, exatamente porque não são próprias do advogado. Estes casos estariam fora do alcance da Lei Federal n. 8.906/94 e, conseqüentemente, não estariam submetidos ao dever do sigilo profissional (CÓRDOBA RODA, 2006, p. 49). Revela-se, neste aspecto, correspondência às Recomendações do GAFI e às Diretrizes 2005, da União Européia, não sendo impreciso afirmar que o Relatório da Comissão do Conselho da Justiça Federal⁵⁵ sugere idêntico encaminhamento.

Estas questões teóricas, deduzidas de uma eventual aplicação das Diretrizes dos organismos internacionais concernentes ao papel do advogado na política de prevenção ao delito de lavagem, poderiam incorrer em estéril academicismo, se não fossem trazidas à baila situações que estão longe de permanecer no campo da elucubração, com exemplos que SAX, a seu tempo, denominou “delinqüência de laboratório”⁵⁶. E, sobre o tema, a realidade concede casos que, tratados com as devidas ressalvas e com o devido cuidado – pois ainda não há sentença transitada em julgado –, demonstram que as diversas atuações realizadas por profissionais da área jurídica e supostamente revestidas de traços de legalidade como objeto de estudo não estão longe do padrão deduzido anteriormente pela doutrina estrangeira⁵⁷. A referência recai sobre as operações deflagradas pela Polícia Federal denominadas Monte-Eden e Castelhana⁵⁸.

Destaque-se que, nestas duas investigações, encontram-se hipóteses de atuações profissionais de grande similitude com os exemplos recolhidos na Doutrina estrangeira, sendo esta a única razão da sua referência neste estudo. O escopo é o retrato dos limites de atuação profissional do advogado na sua função precípua. O limite da não-responsabilidade criminal do advogado é a violação de um imperativo deontológico. Superado esse limite ético, o profissional deixa de agir como operador jurídico. Aliás, o próprio Estatuto da Advocacia, ao prever as infrações e sanções disciplinares, comina a pena de suspensão ao advogado que preste “*curso a clientes ou a terceiros para realização de ato contrário à lei ou destinado a fraudá-la*” (art. 34, inciso 17). Estar-se-ia no campo da dimensão negativa dos limites legais referidos no art. 133 da Constituição Federal consoante ao magistério de Lôbo (2007, p. 57-58).

Não se desconhece, como afirma Brandão (2002, p. 89), que a atividade do advogado na área financeira e societária é uma das mais vulneráveis à prática da lavagem de ativos provenientes de delito, e estes profissionais também

deveriam ser destinatários das diretrizes de prevenção com idêntico perfil ao traçado às entidades bancárias e outras. Uma leitura acurada das Diretrizes e das propostas dos organismos internacionais direcionadas aos advogados poderá constatar maior ênfase de preocupação justamente para com a atividade consultiva do advogado. Do contrário, a própria natureza dos serviços de atuação contenciosa, seja administrativa ou judicial, não outorga que tais diretrizes possuam esta abrangência.

Na apreciação da atuação consultiva do advogado é possível constatar uma maior dificuldade em determinar a extensão e a eficácia das medidas preventivas do dever de vigilância e da comunicação de operações suspeitas. Quer nos parecer que, além da dificuldade em se comprovar a questão subjetiva quanto à origem ilícita do dinheiro do cliente, outras demandas naturais surgem por serem próprias dessa atividade. Assim, por exemplo, no âmbito do direito tributário, quais critérios devem ser usados para apartar a atuação lícita do profissional no aproveitamento do espaço livre do sistema, não regulado, daquele outro denominado de “abuso de formas” (evasão fiscal, por exemplo)? As interrogantes são imediatas: até que ponto se poderá coibir alguém de consultar advogados? E quem ditará o conteúdo e estabelecerá os critérios do conteúdo da consulta ilícita? Deste modo, na seara consultiva, o advogado passaria a ter um ônus maior para exercer suas atividades.

Cite-se ainda um exemplo de direito societário – proporcionado pelo colega de Magistério Dr. Alexandre Faraco – que retrataria a complexidade do tema em decorrência das diretrizes da política de prevenção voltadas ao advogado no caso da constituição de sociedades comerciais no país por estrangeiros visando a investimentos pontuais. O papel do advogado limita-se à redação dos instrumentos societários e, eventualmente, a receber uma procuração para representar o estrangeiro na sociedade (cumprindo exigência legal de que o estrangeiro sócio de sociedade brasileira tenha procurador no país com poderes para receber citação). Diante das exigências das Diretrizes da política criminal, provavelmente, os advogados passariam a recusar este serviço caso tivessem que fazer verificações inúmeras quanto à origem da pessoa e de seus recursos. Ao elaborar este exemplo no intuito de engrandecer o debate, Faraco fez questão de ressaltar que esta situação do profissional que recebe procuração para representar seu cliente estrangeiro é uma situação distinta daquele advogado que participa da engenharia financeira elaborada para lavar dinheiro. Não obstante, por vezes o aparato repressor não saiba ou não queira distinguir uma situação da outra.

Também em outras searas do direito estas interrogantes projetam suas repercussões. A exemplo, no campo da responsabilidade civil, uma vez que, se for imposta ao advogado a obrigação de comunicar suposto ilícito decorrente das operações enumeradas nas Diretrizes internacionais (e recepcionadas no Projeto

de Lei n. 209, de 2003), tal conduta representa por si um prévio juízo de valor ainda que indiciário sobre a ilicitude. Constatando-se posteriormente a ausência de infração a qualquer regra legal na conduta comunicada como “suspeita”, emergirá inexorável responsabilidade civil por danos morais e quiçá materiais, na modalidade de lucro cessante (art. 402 do Código Civil – Lei n. 10.406/2003). Este exemplo adicional, acolhido no campo do direito privado contemporâneo, acrescenta argumento irrefutável pela inaceitabilidade de tal dever de comunicação.

As Diretrizes de Política Criminal de prevenção à reciclagem recepcionadas no art. 9º, item IX, do Projeto de Lei n. 209, merecem um maior aporte por parte da doutrina nacional. São vários os questionamentos em caso de eventual aprovação. E não poderíamos deixar de lançar outras indagações a respeito da atividade consultiva. Por óbvio, uma aceitação das obrigações em conhecer o cliente e de comunicação de operações suspeitas poderá trazer resultados contrários aos pretendidos, e em vez de maior segurança poderíamos ter uma inesperada insegurança jurídica ao se deturpar a função do advogado nessa seara. E a deturpação da profissão estaria latente no caso “da comunicação de operações suspeitas” por parte do profissional⁵⁹. Este é um dos pontos nevrálgicos impeditivos da aceitação das recomendações internacionais. Qual é o limite da participação dos privados na política de prevenção?

Trazendo novamente à baila as ponderações de Brandão, no sentido da busca de um “equilibrado compromisso” para não assumir posturas extremadas de colaboração, sabe-se que a obtenção deste desiderato não é nada fácil (2002, p. 33), e o risco é justamente o da flexibilização de direitos fundamentais. E quando se flexibilizam estes direitos fundamentais, em prol de posturas utilitárias, estará presente a insegurança a todo momento e o espectro de uma sociedade de delatores estará pairando na nossa realidade. Seria exigível considerável bom senso neste particular. Em vez destas recomendações de colaboração, é preciso ressaltar que, quanto ao exercício do profissional, já existem dispositivos legais que regulamentam seus deveres e suas obrigações, os quais, uma vez descumpridos, darão ensejo às sanções respectivas.

De qualquer modo, resta aberto o debate, esperando-se a contribuição teórica dos operadores não apenas da área jurídica, mas também dos tabeliães, contadores e outros profissionais eventualmente convocados a se inserir na política de prevenção à lavagem de ativos provenientes de delito. Ao final, a própria Nota Interpretativa da Recomendação n. 16 do GAFI elucida: “Compete a cada país determinar as matérias sujeitas a segredo profissional ou cobertas por um privilégio profissional de natureza legal”. Portanto, trata-se de uma sugestão que, caso acatada, estará sujeita à interpretação e aplicabilidade de cada jurisdição, na forma que estas entendam ser mais conveniente a fim de não

afrontar a normativa interna⁶⁰. Nesta toada, as sugestões dos organismos internacionais, que direcionam a política criminal de prevenção à lavagem, parecem não conseguir dimensionar todas as implicações decorrentes da eventual inserção da categoria dos advogados. Mesmo com seu caráter restrito e excepcional, e sem questionar a legitimidade das diretrizes em razão da *praxis* deste delito – que tornam sensível a atuação consultiva dos profissionais do direito –, as propostas de *lege ferenda* para a classe profissional, além das interrogantes intrínsecas, tais como a do sigilo profissional, exsurtem outras que dizem respeito à regulamentação do dever de vigilância e comunicação.

No caso, por exemplo, ao se constatar que o advogado descumpriu os critérios do dever de vigilância, indagar-se-á acerca da modalidade de sanção administrativa possível de ser imposta, bem como qual será o órgão competente para aplicar-lhe a respectiva punição. Quanto à titularidade do órgão que impor as sanções, poder-se-ia cogitar, *in casu*, da própria Ordem dos Advogados. Enfim, a temática deixa espaço para repensar o próprio papel do órgão representativo, o qual, ao mesmo tempo que regulamenta a atividade do advogado, é incumbido da missão de defender suas prerrogativas, e, no caso das infrações praticadas por seu associado, tem a obrigação de sancioná-lo. Agora, ao aceitarmos ao pé da letra as Recomendações da prevenção à lavagem de dinheiro, o órgão encarregado de sancionar o profissional seria o COAF, e a sanção evidentemente não passaria de uma multa pecuniária. Por conseguinte, as sugestões internacionais ensejam a motivação de perspectivas não aprofundadas no nosso sistema legal até o presente momento. Se na época da imposição de obrigações ao sistema financeiro a polêmica restringia-se ao fato de atribuir uma conotação de poder de polícia aos agentes financeiros e entidades bancárias, ocasionalmente este questionamento obterá amplas proporções ao tratar da inserção, mesmo restrita e excepcional, do advogado no âmbito da política de prevenção. Sobretudo quando há o risco de a sua função precípua ser deturpada e ainda na possibilidade de encontrar no próprio ente representativo o receptor da disciplina sancionatória.

Pois bem, se este ponto da atuação do profissional da advocacia demandou e irá exigir outros estudos quanto aos limites das prerrogativas funcionais por parte da doutrina pátria, seja no tocante à imunidade do profissional bem como ao alcance do sigilo profissional, maior ênfase deverá ser dispensada à análise da relação contratual entre o acusado de lavagem de dinheiro e seu advogado criminalista. Arguta observação teórica procura configurar esta situação – recebimentos de honorários pela prestação de serviços do cliente acusado de reciclagem – dentro das excludentes da ilicitude assentada no “legítimo exercício de um direito, ofício ou cargo” e na preservação dos direitos de defesa (DURRIEU, 2006, p. 183 e 185).

Sem embargo, este posicionamento reconhece uma exigua ocorrência de casos práticos nos quais o julgador poderá atestar a atuação do advogado nos moldes da figura justificada. A linguagem é transparente:

Estos escasos supuestos serán, por ejemplo, cuando el acusado no pueda recibir el derecho de defensa en juicio si no es pagando los honorarios de su letrado con dinero que provenga de un ilícito considerado. En efecto, consideramos que en muchos de los otros supuestos posibles el abogado podrá responder como autor del delito de recepción de activos provenientes del ilícito con miras a ser blanqueado (...) Aquello entre otras cosas, porque creemos que el acusado en todo momento podrá contar con la defensa en juicio de los defensores oficiales que no cobrarán por su servicio; razón por la cual su garantía de defensa en juicio, solo en casos muy excepcionales será menoscabada. En consecuencia, sólo en casos de igual excepción quedará exculpado el letrado que actúe de la manera analizada (DURRIEU, 2006, p. 186).

Este posicionamento não deixa de surpreender pelo manto ideológico do qual se reveste.

Com a devida vênia, divergimos *in totum* desta orientação assumida por Durrieu, pois entendemos que não apenas em casos “excepcionais” o advogado criminalista poderá ser amparado em sua atuação profissional por uma causa justificante, muito pelo contrário. O exercício do advogado defensor com o conseqüente recebimento dos seus honorários supostamente maculados estará localizado no âmbito da atipicidade, conforme a tese defendida por Pérez Manzano (2005, p. 789-835). Sob outro prisma, invocar a presença dos advogados dativos para validar argumentos teóricos em favor irrestrito da eficácia da política de controle à lavagem de ativos é transcurar a importância e a rigidez das garantias processuais consagradas no Estado Constitucional. Sem estas, o processo seria um faz-de-conta, e no ensejo da busca por justiça a qualquer custo, flexibilizando-se as garantias da defesa, estar-se-ia incorrendo em características próprias de um Estado Autoritário, onde tristemente impera o abuso e as violações aos direitos individuais. Se é legítima a política criminal destinada ao combate dos crimes transnacionais, entre os quais destaca-se o delito do branqueamento de capitais, na mesma proporção exige-se do poder estatal e dos seus órgãos de controle de prevenção e repressão um total respeito às garantias processuais, conforme Roxin (2000, p. 31-32) apontou com maestria.

Entretanto, um tratamento jurídico-penal mais acurado das diversas

manifestações doutrinárias relativas à atuação do advogado criminalista, ao recebimento de supostos honorários maculados e a eventuais repercussões na seara da legislação penal da lavagem de dinheiro, é tópico merecedor de estudo em sede própria.

REFERÊNCIAS

ALBUQUERQUE, Mário Pimentel. Lavagem de Dinheiro e Remessa Ilegal de Divisas: O papel do poder judiciário na repartição de ativos. **Revista do Tribunal Regional Federal da 1ª Região**, n. 04, abril de 2006.

ALBRECHT, Hans-Jörg. **Criminalidad transnacional, comércio de narcóticos y lavado de dinero**. Trad. de Oscar Julián Guerrero Peralta. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. 2001.

ALVAREZ PASTOR, Daniel; EGUIDAZU PALACIOS, Fernando. **La Prevención del Blanqueo de Capitales**. Pamplona: Aranzandi, 1998.

ALVAREZ-SALA, Juan Walter. **El blanqueo de capitales y las profesiones jurídicas**. Disponível em: <http://www.sepblac.es/espanol/informes_y_publicaciones/ensayoblanqueo.pdf> Acessado em 3 de junho de 2008.

AMBOS, Kai. **Lavagem de dinheiro e direito penal**. Tradução, notas e comentários sob a perspectiva brasileira de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2007.

ARAS, Vladimir. Lavagem de dinheiro, evasão de divisas e cooperação internacional: o caso Banestado. *In: Crimes contra o sistema financeiro nacional. 20 anos da Lei n. 7.492/1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 2006.

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Aspectos gerais sobre o crime de lavagem de dinheiro. *In: Lavagem de dinheiro: Comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao Ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas**. 2. ed. atualizada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

BERMEJO, Mateo G. e WIRTZ, Georg. **Honorarios de los abogados defensores en causas penales y blanqueo de capitales de una perspectiva europea: un**

mismo problema, una misma solución? Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007_11_174.pdf>.

BLANCO CORDERO, Isidoro. Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización criminal y los problemas de aplicación e la Ley penal en el espacio. *In: Criminalidad organizada. Reunión de la sección nacional española preparatoria del XVI congreso de la AIDP en Budapest*. Almagro: Universidad Castilla La Mancha. 1999.

BRAGA, Rômulo Rhemo Politot. Aspectos político-criminais sobre branqueio de capitais. Brasília: **Revista de Informação Legislativa**, n. 165, 2005.

BRANDÃO, Nuno. *Branqueamento de Capitais: o sistema comunitário de prevenção*. Coimbra: Coimbra Editora, 2002.

CALLEGARI, André Luis. **El delito de blanqueo de capitales en España y Brasil**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2003.

CID GÓMEZ, Juan Miguel. **Blanqueo internacional de capitales**. Granada: Deusto, 2007.

COMPARATO, Fabio Konder. A função do advogado na Administração da Justiça. **Revista dos Tribunais**, vol. 694, 1993.

CONSELHO DA JUSTIÇA FEDERAL. Comissão de Estudos sobre crime de “lavagem” de dinheiro. **Relatório/Comissão de Estudos sobre crime de “lavagem” de dinheiro**. Brasília: CJF, 2003.

CÓRDOBA RODA, Juan. **Cuadernos de Crítica Jurídica 1: Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales**. Madrid: Marcial Pons, 2006.

COSTA, Gerson Godinho. O tipo objetivo da lavagem de dinheiro. *In: Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

DEL ARCO, Andrés Palomo. Asistencia Internacional en la Delincuencia económica. *In: El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica. Estudios de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

DEL CID GOMEZ, Juan Miguel. **Blanqueo Internacional de Capitales. Como detectarlo y prevenirlo**. Barcelona: Deusto, 2007.

DIANEZI, Vicente. Regra Inoportuna. Advogados defendem sigilo e rejeitam delação de clientes. *In: Consultor Jurídico*, 1ª de março de 2005. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/33224,1>>. Acessado em 3 de junho de

2008.

DÍEZ RIPOLLÉS, José Luis. **La racionalidad de las Leyes penales**. Madrid: Editorial Trotta, 2003.

DUARTE, Maria Carolina de Almeida. A globalização e os crimes de “lavagem de dinheiro”: a utilização do sistema financeiro como porto seguro. **Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais**. v. 0. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

DURRIEU, Roberto. **El lavado de Dinero en la Argentina. Análisis dogmático y político-criminal de los delitos de lavado de activos de origen delictivo (Ley 25.246) y financiamiento del terrorismo**. Buenos Aires: Lexis Nexos, 2006.

FARALDO CABANA, Patricia. Aspectos básicos del delito de blanqueo de bienes en el Código penal de 1995. *In: Estudios Penales y Criminológicos, XXI*. Santiago de Compostela: Universidade de Santiago de Compostela, 1998

GOMES CANOTILHO, J. J.; VITAL MOREIRA. **Constituição da República Portuguesa anotada**, v. 1. Art 1^a a 107. 1. ed. brasileira e 4. ed. portuguesa revista. São Paulo: RT/Coimbra Editora, 2007.

GOMES, Luiz Flávio. **Lavagem de capitais e quebra do segredo profissional do advogado**. Disponível em: <<http://www.blogdoflg.com.br/article.php?story=2004100810501536>>. Acessado em 19.09.2007.

HÄBERLE, Peter. **El Estado Constitucional**. Trad. de Héctor Fix-Fierro. México: Universidad Autónoma de México, 2001.

HASSEMER, Winfried. **Fundamentos del derecho penal**. Trad. de Francisco Muñoz Conde y Luis Arroyo Zapatero. Barcelona: Bosch, 1984.

JOBIM, Nelson. A Lei n. 9.613/98 e seus aspectos. Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro. **Revista CEJ/ Conselho da Justiça Federal, Centro de Estudos Judiciários**. n.17, Brasília, 1999.

KEHDI, André Pires de Andrade. O projeto de alteração à lei de lavagem (PLS 209/2003) e o art. 366, do CPP. **Boletim IBCCRIM**, n. 186, maio de 2008.

LÔBO, Paulo. **Comentários ao Estatuto da Advocacia e da OAB**. São Paulo: Saraiva, 4. ed., 2007.

Macedo, Fausto. Arrastão da PF prende 24 advogados e empresários, **Jornal O Estado de S. Paulo**, 1^a.07.2005.

MAIA, Carlos Rodolfo Fonseca. **Lavagem de dinheiro** (lavagem de ativos provenientes de crimes). *In: Anotações às disposições criminais da Lei 9.613/98*.

São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

MACHADO, Agapito. **Crimes de colarinho branco e contrabando/descaminho**. São Paulo: Malheiros Editores, 1998.

MARTINEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos. La dimensión Internacional del Blanqueo de Dinero. *In: El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica. Estudios de Derecho Judicial*. Madrid: Consejo General del Poder Judicial, 2005.

MCDOWELL, John; NOVIS, Gari. Las consecuencias del lavado de dinero y el delito financiero. *In: Perspectivas económicas*, v. 6. Publicación electrónica del Departamento de Estado de Estados Unidos. n. 2. La lucha contra el lavado del dinero. Mayo de 2001.

MICHAEL, Andréa; DANTAS, Iuri. Governo quer obrigar advogados a revelar operações suspeitas. **Jornal Folha de S. Paulo**, 05.09.2004. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/brasil/ult96u63842.shtml-30k>>. Acessado em 3 de junho de 2008.

MORO, Sergio Fernando. O processo penal no crime de lavagem. *In: Lavagem de dinheiro: comentários à lei pelos juizes das varas especializadas em homenagem ao ministro Gilson Dipp*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

MUSCO, Enzo. **L'illusione penalistica**. Milano: Giuffrè, 2004.

NEMR, Jorge. *Regras do Jogo*. Querem transformar o advogado em alcagüete. *In: Consultor Jurídico*. 10 de junho de 2003. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/26497,1>>. Acessado em 27 de maio de 2008.

PEREZ LUÑO, Antonio–Enrique. Estado Constitucional y Derechos de la tercera generación. *In: La Universalidad de los derechos humanos y el Estado constitucional*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2002.

PÉREZ MANZANO, Mercedes. Los derechos fundamentales al ejercicio de la profesión de abogado, a la libre elección de abogado y a la defensa y las “conductas neutrales”. La Sentencia del Tribunal Constitucional alemán de 30 de marzo de 2004. *In: Homenaje al Profesor Dr. Gonzalo Rodríguez Mourullo*. Navarra: Civitas, 2005.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. **Lavagem de dinheiro: a tipicidade do crime antecedente**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

RAMOS, João Gualberto Garcez. **A lavagem de dinheiro e os advogados**. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jggr/lavagem_e_advogados.pdf>. Acessado

em 18.09.2007.

RIBEIRO, Roseli. **Congresso analisa restringir defesa para certos crimes a advogados públicos.** Disponível em: <<http://www.ultimainstancia.uol.com.br/noticia/28368.shtml>>. Acessado em 20 de março de 2008.

Rolli, Claudia. PF prende 24 por suposto esquema de lavagem, **Jornal Folha de S. Paulo**, 01.07.2005.

RONCAGLIA, Daniel. Prerrogativa Profissional. Projeto sobre lavagem de dinheiro pode afetar sigilo. *In: Consultor Jurídico*, 1^a de maio de 2007. Disponível em: <<http://conjur.estadao.com.br/static/text/55127,1>>. Acessado em 6 de fevereiro de 2008.

ROXIN, Claus. **La teoría del delito en la discusión actual.** Trad. de Manuel A. Abanto Vásquez. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2007.

_____. **La evolución de la política criminal, el derecho penal y el proceso penal.** Trad. de Carmen Gomez Rivero y Maria del Carmen Garcia. Valencia: Tirant lo Blanch, 2000.

SAADI, Ricardo Andrade. Lavagem de dinheiro. **Revista Criminal**. Ano 1, v. 1. São Paulo: Editora Fiuza, 2007.

SCHORSCHER, Vivian Cristina. Comentários ao projeto de Lei n. 6.413/2005 em face do Direito à ampla defesa do acusado e ao exercício da advocacia. **Boletim IBCCRIM**, n. 162, maio de 2006.

_____. A responsabilidade penal do advogado na lavagem de dinheiro: primeiras observações. **Revista dos Tribunais** n. 863. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

SENNÁ, Adriane. Regulamentação da Lei n. 9.613/98 pelos órgãos competentes. *In: Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro. Revista CEJ/Conselho da Justiça Federal*, Centro de Estudos Judiciários, n. 17, Brasília, 1999.

SILVA, Pablo Rodrigo Alflen da. A aceitação de honorários maculados pelo advogado de defesa como lavagem de dinheiro e a perspectiva brasileira. *In: Kai Ambos. (Org.). Lavagem de dinheiro e direito penal.* Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1. ed., 2007.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge; SCHORSCHER, Vivian. A Lavagem de Dinheiro e o Livre Exercício da Advocacia: condutas neutras e a indagação quanto à jurisprudência condenatória. **Ciências Penais – Revista da Associação Brasileira de Professores de Ciências Penais.** São Paulo: Revista dos Tribunais,

jan./jun./2005.

TORON, Alberto Zacharias; SZAFIR, Alexandra Lebelson. **Prerrogativas Profissionais do Advogado**. Brasília: OAB Editora, 2006.

WIRTZ, Georg; BERMEJO, Mateo G. **Honorarios de los abogados defensores en causas penales y blanqueo de capitales de una perspectiva europea: un mismo problema, una misma solución?** Disponível em: <http://www.zis-online.com/dat/artikel/2007_11_174.pdf>. Acessado em 26 de maio de 2008.

ZANCHETTI, Mario. **Il riciclaggio di denaro proveniente da reato**. Milano: Giuffrè, 1997.

1 Deixa-se para outra sede uma maior análise quanto ao tratamento jurídico-penal da atuação do advogado criminalista que recebe honorários supostamente maculados.

2 Vide inicialmente Albrecht (2001, p. 12 e s.); Braga (2005, p. 99 e s.); Blanco Cordero (1999, p. 21-23); Martínez-Buján Pérez (2005, p. 181 e s.).

3 No tocante a um estudo detalhado dos efeitos das Convenções Internacionais nos Ordenamentos jurídicos dos Estados Membros, vide Blanco Cordero (1999, p. 25 e s.); Del Arco (2005, p. 107 e s.); Pitombo (2003, p. 43-48). Vide ainda Baltazar Junior (2007, p. 15 e s.).

4 A respeito vide Ambos (2007, p. 15 e s.); Barros (2008, p. 39); Braga (2005, p. 99 e s.); Durrieu (2006, p. 7). Também Faraldo Cabana (1998, p. 121).

5 A base do sistema de prevenção da lavagem de dinheiro no âmbito da Comunidade Européia está na Diretriz 91/308/CEE de 10 de junho de 1991, alterada pela Diretiva 2001/97/CE, de 4 de dezembro de 2001. Sobre o alcance das Diretrizes aos Estados-Membros, vide Brandão (2002, p. 11 e s.); Alvarez Pastor e Eguidazu Palacios (1998, p. 105-107).

6 Albrecht (2001, p. 36 e 37); Pitombo (2003, p. 40-43); Brandão (2002, p. 20).

7 O ponto de partida para estabelecer um marco institucional das medidas contra a lavagem de dinheiro é a Convenção das Nações Unidas contra o tráfico ilícito de Estupefacientes e Substâncias Psicotrópicas (1988) (Convenção de Viena). Recepcionada no Brasil pelo Decreto n. 154 de 26 de junho de 1991, a Convenção de Viena criou três categorias de delitos relacionados com o lavado, não obstante em nenhum deles tenha utilizado o termo lavagem de dinheiro. Vide

os arts. 3, 1(b) (i), 3, 1,(b) (ii) e 3, (c). Diga-se de passagem que o Conselho de Europa adotou elementos da Convenção de Viena ao redigir a Convenção sobre o Lavado, Identificação, Embargo e Confisco dos Benefícios Econômicos derivados do Delito (1999). Outros organismos internacionais seguiram esta orientação, entre eles a Organização dos Estados Americanos com seu Regulamento Modelo sobre o Delito de Lavagem de Dinheiro vinculado ao Tráfico Ilícito de Drogas e outros delitos graves (1999) (OEA-Regulamento Modelo). Cite-se ainda a Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo) de 2000. Observe-se que as definições da Convenção de Viena estão incluídas nas Quarenta Recomendações do GAFI (Grupo de Ação Financeira sobre o Branqueamento de Capitais), que na sua recomendação n. 1 determina: “Os países deveriam incriminar o branqueamento de capitais de acordo com o disposto na Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico Ilícito de Estupefacientes e de Substâncias Psicotrópicas (Convenção de Viena), e na Convenção das Nações Unidas contra a Criminalidade Organizada Transnacional (Convenção de Palermo) de 2000”.

8 Nesta linha de mudança de pensamento e assentado nas ponderações de Albrecht, *vide* Albuquerque (2006, p.123).

9 Brandão, Nuno. *Op. cit.*, p. 20. Ainda, *vide* a respeito o relatório do Departamento de Justiça dos EUA: Confisco de bens como uma ferramenta de policiamento contra crimes transnacionais. p. 7.

10 Sobre os mecanismos desenvolvidos visando coibir a prática e utilização do sistema bancário para a lavagem, *vide* inicialmente a Declaração de Princípios do Comitê da Basiléia de 12.12.88. Mais recentemente *vide* “Guidance Paper on Customer Due Dilligence for Banks” (“Basel CDD paper”), elaborado pela *Basel Committee on Banking Supervision*, de outubro de 2001. Ressalte-se que a Diretiva 91/308/CEE criou uma série de medidas de prevenção de operações de lavagem de capitais que “...passou fundamentalmente pela vinculação das entidades do sistema financeiro a um determinado conjunto de deveres”. *Vide* Brandão (2002, p. 26). Ainda referente às obrigações impostas as instituições de crédito decorrentes da Diretiva 91/308/CEE, *vide* Pastor e Palacios (1998, p. 111 e s.).

11 Conforme Jobim (1999, p. 14), “A conduta típica que se nomina ‘lavagem de dinheiro’ não é descrita, como se pretendia no tradicional Direito Penal, como conduta objetiva. É um juízo de valor sobre várias condutas”.

12 Ver Barros (2008, p. 46 e s.); Brandão (2002, p. 11); Callegari (2003, p. 78 e s.); Del Cid Gomez (2007, p. 23-24); Durrieu (2006, p. 31-32); Maia (1999, p. 27); Pitombo (2003, p. 36-37); Zanchetti (1997, p. 10-14).

13 Ver Brandão (2002, p. 34 e s.); Saadi (2007, p. 85).

14 Ver Durrieu (2006, p. 58-66). Por exemplo, na legislação penal argentina, o art. 21 da Lei n. 25.246/2000 define o que seja operação suspeita, nestes termos: toda transação “que de acordo com os usos e costumes da atividade realizada, como da experiência e idoneidade das pessoas obrigadas a informar, resultem atípicas, sem justificação econômica ou jurídica ou de uma complexidade que não é usual ou injustificada” (DURRIEU, 2006, p. 64). Este mesmo autor analisa o Decreto n. 169/2001 que regulamentou certos aspectos da Lei n. 25.246/2000, especialmente estabelecendo as operações a serem consideradas suspeitas. Acerca da temática da atuação do sistema bancário na política de prevenção a lavagem de ativos *vide* também Alvarez-Sala (2008, p. 3).

15 *Vide* Senna (1999, p. 24 e s.). As normas de supervisão do sistema bancário do Brasil aderem à Declaração de Princípios do Comitê da Basileia de 1988. *Vide*, neste sentido, Relatório/Comissão de Estudos sobre crime de “lavagem” de dinheiro; **Lavagem de dinheiro**: Um problema mundial [organizado por] Conselho de Controle de Atividades Financeiras, p. 8 e s. Em âmbito mais abrangente *vide* Baltazar Junior (2007) e Moro (2007, Introdução, p. 11 e s.). Nas palavras de Aras (2006, p. 199 e s.): “O Brasil não foge à regra. Embora timidamente, o País vem, pelo menos desde 1986, estruturando sua legislação para o combate eficaz a esse tipo de delinquência de colarinho branco”. Finalmente, quanto às autoridades administrativas referidas pela Lei n. 9.613/98, *vide* Barros (2008, p.350 e s.).

16 Atualmente mais de 40 países são considerados paraísos fiscais. *Vide* **Lavagem de dinheiro**: Um problema mundial [organizado por] Conselho de Controle de Atividades Financeiras. p 14, nota 3. Quanto às características dos paraísos fiscais, *vide* Machado (p. 271 e s.); Baltazar Junior (p. 19-20). Ainda *vide* Moraes. Paraísos fiscais, centros *offshore* e lavagem de dinheiro. In: **Seminário Internacional sobre Lavagem de Dinheiro**; Tigre Maia (s/a, p. 42-44). Sobre o percurso realizado pelo dinheiro “sujo” visando suprimir as evidências de sua origem e incidindo em diversas fases do *iter criminis* da lavagem, podendo configurar um cruzamento destas etapas por meio da constituição de empresas fantasmas em países onde não existem exigências precisas do “conhece a teu cliente” (*know your customer*), ou seja, paraísos fiscais, *vide* Durrieu (2006, p. 22-26).

17 *Vide* também Duarte (p. 219 e 225). Adotando a lição de Alexandre Barros Castro, p. 449, este autor descreve que o “... atrativo econômico-financeiro de uma entidade *offshore*, consiste na possibilidade de se gerir capitais por meio de um estabelecimento instalado em um ‘paraíso fiscal’. Vários fatores são citados como benefícios implícitos ao negócio: a integralização de capital social menor do que o exigido em seu país de origem; maiores e melhores condições cambiais,

mínima tributação; sigilo bancário e fiscal; possibilidade de alargar ao máximo o anonimato (emissão de ações da *offshore* ao portador), estabilidade político-econômica do paraíso fiscal”. Barros (2008) adverte que não se pode inferir que a abertura de uma *offshore* por si só possa configurar um ilícito, contudo a predominância do seu objetivo financeiro seria um fator determinante para sua utilização no processo de reciclagem.

18 Com maiores detalhes a respeito da legislação portuguesa *vide* Brandão (2006, p. 27). Segundo Alvarez-Sala, o sigilo bancário estaria desarticulado na sua própria terra natal, no caso a Suíça. (2008, p. 4, nota n. 14). Na normativa espanhola, inicialmente conferir Alvarez Pastor e Eguidazu Palacios (1998, p. 118-119).

19 Por exemplo: auditores, técnicos de contas externas, consultores fiscais, agentes imobiliários, negociantes de metais preciosos, concessionários de exploração de jogo em cassinos etc.

20 Na realidade brasileira, a respeito do compromisso de colaboração das entidades financeiras e das agências administrativas, no entender de Nelson Jobim, corre-se o risco de “(...) o Banco Central, Comissão de Valores Mobiliários, Superintendência da Polícia Federal, Conselho de Operações Financeiras), passarem a disputar espaços públicos e não colaborarem entre si. É um risco que se corre, pois sabemos muito bem que determinadas situações são vistas não como ambiente de colaboração mas como um ambiente de afirmação e poder” (1999, p. 19).

21 *Ver* também Perez Luño (2002, p. 57 e s.).

22 A opinião de Mario Zanchetti não deixa margem a dúvidas: “Non si può non convenire che il controllo e la prevenzione delle infiltrazione di denaro sporco nell’economia lecita non possono essere affidati solo agli strumenti di repressione *a posteriori* da parte della Giustizia penale: è necessario regolamentare a monte l’attività di intermediazione creditizia e mobiliare, per garantire che le contaminazione del mercato siano sufficientemente ridote e sufficientemente individuabili” (1997, p. 216).

23 Tigre Maia (s/a, p. 41) apresenta exemplos da utilização de advogados para a reciclagem de ativos retirados do Relatório sobre Tipologias de Lavagem de Dinheiro de 1997-1998, elaborado pelo FATE. Vale sembrar que a utilização não se restringe a assessoria jurídica especializada em engenharia financeira, mas também na obtenção de informações para minimizar os riscos de eventual condenação e maximizar os benefícios da reciclagem utilizando-se do próprio sistema bancário. Sobre o tema *vide* Zanchetti (1997, p. 26-29).

24 Quanto aos riscos (reputação, legal e operacional) ao sistema financeiro

decorrentes da prática do delito de lavagem de dinheiro, *vide* os dados levantados pelo Banco Central do Brasil em 2006 no site [www.bcb.gov.br/Pre/bcUniversidade/Palestras/BC%20e%20Universidade%201%20principalmente as informações do Departamento de combate a ilícitos financeiros e Supervisão de Câmbio e Capitais internacionais \(DECIC\)](http://www.bcb.gov.br/Pre/bcUniversidade/Palestras/BC%20e%20Universidade%201%20principalmente%20as%20informa%20es%20do%20Departamento%20de%20combate%20a%20ilic%20itos%20financeiros%20e%20Superv%20is%20%C3%A0%20mud%20anca%20de%20C%20ambio%20e%20Capitais%20internacionais%20(DECIC).). Ainda sobre dados estatísticos *vide* o site www.undcp.org/money-laundering ou www.oecd.org/Mlaunidering. Cumpre observar as ponderações de Durrieu (2006, p. 16-18) sobre os efeitos corrosivos e a repercussão negativa do lavado de ativos na Economia dos Estados. Ainda McDowell e Novis (2001, p. 6 e s.).

25 Cf. a respeito Alvarez-Sala (2008, p. 6, nota 20).

26 *Vide* a respeito a matéria “Redes españolas de narcotráfico y corrupción blanquean en Liechtenstein” publicada no Jornal espanhol **El País**, 29.02.08, p. 23, e, ainda, www.blogcatalog.com/post-tag/operación%20hidalgo/ 10k

27 Conforme a informação de Brandão, “... a generalidade dos Estados-Membros vincula entidades não financeiras na luta contra o branqueamento. Não existe, porém, uniformidade, existindo países que limitam esse vínculo aos cassinos (v.g., Dinamarca, Grécia, Áustria), enquanto outros vão bastante longe e incluem auditores, contabilistas, notários (v.g., Bélgica, França, Luxemburgo) e, mesmo para além destes, advogados (v.g., Irlanda, Países Baixos, Reino Unido)” (2002, p. 83 e 84). Lembrando que na Legislação Portuguesa a Lei n. 11/2004, de 27 de março, que representa a décima-quinta alteração ao Decreto-Lei 15/93, recepcionador da Diretriz de 2001/97, inseriu expressamente no âmbito da aplicação da política de prevenção ao branqueamento de capitais a figura do advogado. *Vide* o art. 20, letra “f” da Lei n. 11/2004 no site http://www.policiajudiciaria.pt/html/legislacao/dr_branqueamento/lei11_2004.htm. No caso específico do Reino Unido, a *Money Laundering Regulations 2004* estabelece aos profissionais do direito a obrigação de identificar, manter documentos e comunicar operações suspeitas à *National Criminal Intelligence Service*, sempre e quando o advogado não atue como defensor em um processo judicial. *Vide* Durrieu (2006, p. 84).

28 Com maiores detalhes *vide* Brandão (2002, p. 98-99).

29 *Vide* nota 30 *supra*. No tocante ao modelo espanhol *vide* nota 52 *infra*.

30 O GAFI, criado em 1989, é um organismo intergovernamental que estabelece padrões, desenvolve e promove políticas de combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. *Vide* <http://www.fatf-gafi.org>. De acordo com Del Arco, as recomendações do GAFI têm sido essenciais na difusão da Convenção de Viena e na sua ratificação por quase todos os países do mundo, com exceção, até o ano de 2005, da Suíça (2005, p. 113-114). De acordo

com Martínez-Buján Pérez “... según indica la doctrina, no parece exagerado concluir que, pese a las evidentes limitaciones derivadas de su naturaleza, las Recomendaciones del GAFI constituyen un documento de capital trascendencia en la lucha preventiva e represiva contra el blanqueo, pudiendo afirmarse que de hecho en la práctica tiene mayor fuerza en ocasiones que los convenios y los tratados” (2005, p. 196). Quanto a eficácia das medidas, destacando-se as recomendações 36 a 40 que tratam sobre a assistência mútua em questões de branqueio de capitais, *vide* Braga (2005, p. 102). Destaque-se que o Brasil ingressou no GAFI em 1999 como membro observador e no ano de 2000 passou a ser considerado membro efetivo cumprindo 26 das 28 recomendações que demandam ações específicas.

31 Estas Recomendações têm sido reconhecidas pelo FMI e pelo Banco Mundial como padrões internacionais para o combate ao branqueamento de capitais e ao financiamento do terrorismo. Também mencionado por Moro (2007, p. 123, nota 14). Cumpre mencionar que o GAFI publica informativos anuais sobre suas atividades e tipologias que mostram os métodos e as tendências da lavagem de dinheiro no mundo. *Vide* ainda Del Cid Gomez (2007, p. 102-106).

32 Para Silveira e Schorscher: A atuação do advogado na terceira fase denominada integração não representaria propriamente lavagem do dinheiro mas sim a sua utilização “... em aquisição, investimento ou qualquer outra forma de reversão destes ao mercado. Nesta altura a lavagem já se deu, mas, o que acaba por se perceber, é a volta do capital ao mercado, não raro, até mesmo através de banca de advogados” (2005, p. 147).

33 A Convenção de Viena foi aprovada pelo Congresso Nacional por meio do Decreto Legislativo n. 162 de 14 de junho de 1991 e promulgada pelo Executivo por meio do Decreto n. 154 de 26 de junho de 1991.

34 No tocante ao modelo espanhol *vide* a análise pormenorizada das imposições internacionais direcionadas aos advogados na obra de Córdoba Roda (2006, p. 41 e s.). Em uma leitura comparativa *vide* Durrieu (2006, p. 83-85).

35 Uma das maiores críticas apontadas pela doutrina penal é direcionada à técnica jurídica adotada pela Convenção de Viena para a descrição das normas que foram redigidas com extraordinária amplitude possuindo grande complexidade e oferecem uma técnica carente de qualquer rigor científico. *Vide* Martínez-Buján Pérez (2005, p. 192).

36 Reza o § 1º: *Incorre na mesma pena, quem, para ocultar ou dissimular a utilização de bens, direitos ou valores provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo: (...) II – Os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere.*

37 No Brasil, foi pioneiro nesta temática o estudo de Garcez Ramos (2007, p. 9 e s.). Corrobora este entendimento Silva (p. 106, nota 3).

38 A respeito da dinâmica legislativa penal e as fases do *iter* parlamentar e das críticas a uma legislação penal simbólica visando uma manipulação social, *vide* Diez Ripolles (2003, p. 18 e 74).

39 Na Lei n. 9.613/98 um dos tópicos geradores de maior controvérsia diz respeito à proibição da liberdade provisória e da fiança (art. 3º). Conforme entendimento de uma grande parcela dos Magistrados Federais, em vez de vedar a aplicação da fiança, poder-se-ia exigir uma fiança de alto valor e proporcional à quantia objeto do ilícito. *Vide*, neste sentido, **Uma análise crítica da Lei dos crimes de lavagem de dinheiro**, Série Pesquisas do CEJ, n. 9, especialmente a conclusão. Por outro lado, o Projeto de Lei n. 209 (*vide* nota 50 *infra*) não trata apenas da eventual inserção dos advogados na política de prevenção à lavagem de dinheiro. Na verdade ela pretende irradiar seu alcance a diversos institutos entre os quais se destaca o desproporcional aumento da pena máxima para 18 anos (art. 1º) e a inaplicabilidade do disposto no art. 366 do CPP (art. 2º, § 2º). Estas iniciativas têm sido devidamente contestadas pela doutrina. *Vide* Kehdi (2008, p. 7).

40 *Vide* Relatório/Comissão de Estudos sobre crime de “lavagem” de dinheiro. p. 24-26.

41 Disponível em: <http://www.abdir.com.br/pj_lei/pl_abdir_1_3_07_1.pdf>. Para informações adicionais *vide* Ribeiro (2008).

42 Cf. a respeito Schorscher (2006, p. 12).

43 *Vide* voto do relator Dep. Marcelo Ortiz disponível em: <<http://www.camara.gov.br/sileg/integras/163247.doc>>, acessado em 20 de março de 2008.

44 <<http://www2.camara.gov.br/internet/proposicoes/chamadaExterna.html?link=http>>.

45 Em relação ao PL 209/2003, o plenário do Senado Federal aprovou no dia 8 de maio de 2008 substitutivo apresentado pelo Senador Pedro Simon. O texto aprovado inseriu as contribuições do PLS 48/2005, do PLS 193/2006, do PLS 225/2006 e incorporou as sugestões do anteprojeto de autoria do Poder Executivo. Entre as maiores inovações encontra-se a adoção do critério do rol aberto de delito antecedente, passando a elencar bens, direitos e valores provenientes direta ou indiretamente de qualquer infração penal. Conforme o próprio Senador Pedro Simon: “A primeira grande novidade é a definição da prática de lavagem de dinheiro como um crime específico, independente do delito antecedente que deu origem ao numerário e patrimônio acumulados”. *In*: Contra o Crime de lavagem

de dinheiro. **Jornal Folha de S. Paulo**, 20.05.08, p. A3. Especificamente quanto à atuação dos advogados no Projeto 209, *vide* inicialmente Roncaglia (2008, p. 1-2).

46 Roberto Busato, na época Presidente da OAB Nacional, ao se manifestar sobre o Anteprojeto do Ministério da Justiça, alertou: “É preciso acompanhar isso com cuidado. Está no limite entre o sigilo profissional garantido na Constituição e o exercício profissional ético”. Dantas e Michael (2004).

47 As declarações de Antonio Pitombo expressam de certa forma o estado do debate: “Quando criam a obrigação de fazer delações, não há eficácia. O governo vai partir para traduções sem verificar a pertinência disso na advocacia brasileira. Os advogados não vão dar bola para isso. Vão punir? Sempre é possível alegar sigilo profissional”. Dantas e Michael (2004).

48 Cf. *Comissão de Estudos sobre crime de “Lavagem” de dinheiro*. Relatório, p. 21.

49 Eis a manifestação de Marco Antonio de Barros: “Por fim, se reconhece que o advogado não está protegido sob uma capa de impunidade. Ao contrário, se houver suspeita de que o advogado tenha participado da ‘lavagem’, submeter-se-á, como ocorre com qualquer pessoa, ao trâmite da respectiva investigação e demais regras do devido processo penal que porventura vier a ser instaurado” (2008, p. 347-348).

50 A Lei Federal n. 8.906/94, ao tratar no Capítulo II – “Dos Direitos do Advogado”, assegura no seu artigo 7º, II: “ter respeitada, em nome da liberdade de defesa e do sigilo profissional (...)”. No entender de Lôbo: “O sigilo profissional é, ao mesmo tempo, direito e dever, ostentando natureza de ordem pública. Direito ao silêncio e dever de se calar. Tem natureza de ofício privado (múnus), estabelecido no interesse geral, como pressuposto indispensável ao direito de defesa. Não resulta de contrato entre o advogado e o cliente” (2007, p.64).

51 Aliás, é bem verdade que a edição da Lei n. 9.613/98 é decorrência das convenções internacionais que o Brasil aderiu e ratificou, distante portanto de um esforço exclusivamente do legislador nacional de combate ao delito de lavagem de dinheiro.

52 Cite-se a Lei n. 19/1993 de 28 de dezembro, “*Determinadas Medidas de Prevención del Blanqueo de Capitales*”. Modificada pela Lei 19/2003, de 4 de julho, sobre “*Régimen jurídico de los movimientos de capitales y de las transacciones económicas con el exterior y sobre determinadas medidas de prevención del blanqueo de capitales*”. Neste último dispositivo, cf. especificamente a “*Disposición Adicional Primera*”, item 2: “*Quedarán también*

sujetas a las obligaciones establecidas en esta Ley, con las especialidades que puedan establecerse reglamentariamente, las personas físicas o jurídicas que ejerzan aquellas otras actividades profesionales o empresariales particularmente susceptibles de ser utilizadas para el blanqueo de capitales. Se considerarán tales: letra 'd'. Los notários, abogados y procuradores quedarán sujetos cuando: 1: Participen en la concepción, realización o asesoramiento de transacciones *por cuenta* de clientes relativas a la compraventa de bienes inmuebles o entidades comerciales; la gestión de fondos, valores u otros activos; la apertura o gestión de cuentas bancarias, cuentas de ahorros o cuentas de valores; la organización de las aportaciones necesarias para la creación, el funcionamiento o la gestión de empresas o la creación, el funcionamiento o la gestión de fidúcias ('trust'), sociedades o estructuras análogas, o 2. *Actúen en nombre y por cuenta* de clientes, en cualquier transacción financiera o inmobiliaria” (grifo não presente no original).

53 Conforme o art. 36, I, do Estatuto da OAB.

54 Vide Toron e Szafir (2006, p. 23). Ao tratar sobre a inviolabilidade do advogado, Lobo assegura: “Os limites legais referidos na Constituição (art. 133) têm uma dimensão positiva e negativa. Na dimensão positiva, a inviolabilidade do advogado, referida expressamente nos arts. 2^o, § 3^o, e 7^o, II e XIX e § 2^o e 3^o, do Estatuto ostenta as seguintes características: a) a imunidade profissional, por manifestações e palavras; b) proteção do sigilo profissional; c) proteção dos meios de trabalho, incluindo local, instalações, documentos e dados. Na dimensão negativa, os limites referidos na Constituição revelam-se no poder exclusivo da OAB de punir disciplinarmente os excessos cometidos pelo advogado” (2007, p. 57-58). Quanto à justificação das prerrogativas profissionais à luz do princípio constitucional da isonomia, vide Comparato (1993, p. 46-48).

55 Cf. nota 48 *supra*.

56 Citado por Hassemer (1984, p. 20).

57 Neste sentido vide Brandão (2002, p. 84); Del Cid Gómez (2007, p. 67); Durrieu (2006, p. 25).

58 Vide o artigo de Macedo (2005) e Rolli (2005).

59 Manifestação contrária a pretensão de impor ao advogado o dever de vigilância e de comunicação de operações suspeitas, também encontra-se em Schorscher (2007, p. 458). Nesta orientação, continuam atuais os questionamentos levantados por Nemr: “... como ficará a relação entre o advogado e o seu cliente depois que o advogado informar uma atividade alegadamente suspeita de seu cliente. Poderá ele ser processado pelo mesmo, caso as suspeitas não se confirmem? No final o advogado poderá, além de perder

o cliente ser processado? Quem vai querer consultar um advogado se não puder ser 'transparente' e revelar a ele os desvãos de seu infortúnio? O advogado é consultado, como conselheiro, devido a sua imparcialidade. O que acontecerá a partir do momento em que ele tiver a obrigação de ser parcial em favor das autoridades?" (2003, p. 2-3).

60 Neste sentido, Durrieu (2006, p. 89).