

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA -
ProPPEC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NA
REPRESSÃO À MACROCRIMINALIDADE ECONÔMICA
- Uma abordagem à luz da proporcionalidade -

ADRIANA MARIA GOMES DE SOUZA SPENGLER

Itajaí (SC), dezembro de 2006

Livros Grátis

<http://www.livrosgratis.com.br>

Milhares de livros grátis para download.

UNIVERSIDADE DO VALE DO ITAJAÍ – UNIVALI
PRÓ-REITORIA DE PESQUISA, PÓS-GRADUAÇÃO, EXTENSÃO E CULTURA -
ProPPEC
CENTRO DE CIÊNCIAS JURÍDICAS, POLÍTICAS E SOCIAIS - CEJURPS
CURSO DE PÓS-GRADUAÇÃO *STRICTO SENSU* EM CIÊNCIA JURÍDICA – CPCJ
PROGRAMA DE MESTRADO ACADÊMICO EM CIÊNCIA JURÍDICA – PMCJ

FLEXIBILIZAÇÃO DAS GARANTIAS CONSTITUCIONAIS NA
REPRESSÃO À MACROCRIMINALIDADE ECONÔMICA
- Uma abordagem à luz da proporcionalidade -

ADRIANA MARIA GOMES DE SOUZA SPENGLER

Dissertação submetida à Universidade
do Vale do Itajaí – UNIVALI – para a
obtenção do título de Mestre em
Ciência Jurídica

Orientador: Professor Doutor Zenildo Bodnar

Itajaí (SC), dezembro de 2006

Meus agradecimentos:

A Deus, por ter iluminado
todos os meus passos nesta
caminhada;

Ao meu orientador professor
Dr. Zenildo Bodnar, o qual, apesar
do incrível conhecimento jurídico
que possui, é um ser humano
humilde e digno dos maiores
elogios;

A minha mãe Maria José
Gomes de Souza, a pessoa mais
compreensiva e boa deste mundo;

Ao meu querido filho Victor
Luiz de Souza Spengler que desde o
seu nascimento se tornou a maior
fonte de inspiração para minha
vida;

Ao meu marido Luiz Alberto
Spengler, grande companheiro de
todas as horas e

Ao querido Osvaldo José
Femia, o qual trouxe muita alegria a
nossa família.

Dedico este trabalho:

**Ao meu pai Moacyr
Benedicto de Souza (*in
memoriam*) por me
despertar a paixão pelo
Direito Penal como grande
estudioso, escritor e
emérito professor que foi.
Saudades.**

**"Só quem entende a beleza
do perdão, pode
julgar seus semelhantes"
(Sócrates)**

DECLARAÇÃO DE ISENÇÃO DE RESPONSABILIDADE

Declaro, para todos os fins de direito, que assumo total responsabilidade pelo aporte ideológico conferido ao presente trabalho, isentando a Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI, a Coordenação do Curso de Pós – Graduação *Stricto Sensu em Ciência Jurídica – CPCJ e Programa de Mestrado Acadêmico em Ciência Jurídica – PMCJ*, a Banca Examinadora e o Orientador de toda e qualquer Responsabilidade acerca do mesmo.

Itajaí (SC), dezembro de 2006.

ADRIANA MARIA GOMES DE SOUZA SPENGLER
Mestranda

ROL DE CATEGORIAS

Bens Jurídicos

“São valores ético-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas”¹

Bens jurídicos supra individuais

“Representa o interesse da maioria decorrente da soma de interesses individuais, ora por indicar um interesse específico da sociedade independente do individual”.²

Crime

“É um fato (injusto punível) provocado por uma conduta humana que, juridicamente relevante, é tipificada e tem como componente o agente e, como conteúdo, a figura da ilicitude, tornando passível de apuração da culpabilidade, derivando daí uma punibilidade, uma vez provada aquela culpa (culpa lata)”³

Crime de Lavagem de Dinheiro

“O crime de lavagem consiste na operação financeira ou transação comercial que oculta ou dissimula a incorporação, transitória ou permanente, na economia ou no sistema financeiro do País, de bens, direitos ou valores que, direta ou indiretamente, são resultado ou produto

¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal* p.16OXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. p.27-28

² TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. p. 163.

³ FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal*. p.152

dos seguintes crimes: a) tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; b) terrorismo; c) contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; d) extorsão mediante seqüestro; e) praticados contra a Administração Pública; f) cometidos contra o sistema financeiro nacional; g) praticados por organizações criminosas".⁴

Criminalidade clássica

"É a forma de criminalidade violenta, instantânea e imprevisível, com vítimas individualizadas. É , em níveis endêmicos, uma forma enfurecida de protesto contra a desigualdade social".⁵

Criminalidade organizada

"É a criminalidade em que membros da sociedade associam-se geralmente por tempo indeterminado e organizam sua atividade criminal como se fosse um projeto empresarial. É uma entidade coletiva ordenada em função de estritos critérios de racionalidade".⁶

Direito à Intimidade

"Consiste na tutela jurídica do campo, área ou esfera, circundante da pessoa, em que há necessidade natural de exclusão de terceiros para que se possibilite ao sujeito erigir sua própria e exclusiva identidade, em fomento à livre construção dos demais atributos da personalidade".⁷

Delito econômico

⁴ CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*, p. 41

⁵ CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. *Fundamentação Constitucional do Direito Penal*. p.92

⁶ CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. P.27-28

⁷ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: Análise crítica da LC 105/2001*. p.38

“Trata-se de conduta punível que se dirige contra o conjunto total da economia ou contra os ramos ou instituições importantes desse conjunto”⁸.

Direito Econômico

“O direito econômico é o direito da economia dirigida. O novo direito econômico surge como o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica. Ele constitui assim, a disciplina normativa da ação estatal sobre as estruturas do sistema econômico”.⁹

Direito Penal Econômico

“É o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem socioeconômica, entendido como regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia”¹⁰

Inquérito Policial

“Conjunto de atos praticados pela autoridade policial a fim de apurar a autoria e a materialidade de uma infração penal. Ao contrário do processo, é regido pelo princípio inquisitório, em virtude do que o seu presidente assegurará o sigilo necessário à elucidação do fato ou exigido pelo interesse da sociedade”.¹¹

Macrocriminalidade

“É a delinqüência em bloco conexo e compacto, incluída no contexto social de modo pouco transparente (crime organizado) ou sob a

⁸ JESCHECK, Hans Heinrich in GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito Penal Econômico*. p.3.

⁹ FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal econômico e direito penal dos negócios*,p.21

¹⁰ BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Manual de Derecho Penal, parte especial*. Madri: Editorial Ceura, 1987, p.394

¹¹ CERNICCHIARO, Luiz Vicente. *Dicionário de Direito Penal*, p.270.

rotulagem econômica lícita (crimes do colarinho branco)".¹²

Macrocriminalidade Econômica

"Alicerçada na certeza, ou quase certeza, da impunidade, a macrocriminalidade econômica visa exclusivamente o lucro. Via de regra, esse macrocriminoso lucra e fica impune. São dois portanto, os fatores da macrocriminalidade econômica: o lucro e a impunidade"¹³

Microcriminalidade

"A microcriminalidade é aquela resultante do clima de adversidade e mesmo violência que impregna a desvairada sociedade de consumo, suscitando injustiças sociais e desigualdades econômicas, sendo sempre mais visível e diz respeito aos delitos corretivos, violentos ou não, que, isoladamente, em todas as camadas sociais, acontecem de dia e de noite, durante todas as horas (latrocínio, homicídio, lesões corporais, roubo, furto, estupro, ameaça, estelionato, calúnia, injúria etc.)".¹⁴

Ponderação de Interesses

"Trata-se de ponderar, sopesar os interesses conflitantes, pressupõe um valor moralizador da conflitualidade e a busca o consenso"¹⁵

Princípio da Proporcionalidade

"É o princípio que visa a contenção do arbítrio e a moderação do exercício do poder, em favor da proteção dos direitos do cidadão".¹⁶

Prova

¹² FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*, P.430

¹³ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*, p.430

¹⁴ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*, p. 430.

¹⁵ FOLMANN, Melissa. *Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário*, p.63

“Conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos, o resultado dessa atividade ou o meio ou instrumento introduzido no processo para a formação da convicção do julgador”.¹⁷

¹⁶ SARMENTO, Daniel. *A ponderação de interesses na Constituição Federal*, p.77

¹⁷ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance e GOMES FILHO, Antonio

SUMÁRIO

| | |
|-----------------|-----|
| RESUMO..... | XVI |
| ABSTRACT..... | 1 |
| INTRODUÇÃO..... | 2 |

CAPÍTULO 1 A MACROCRIMINALIDADE ECONÔMICA

| | |
|--|----|
| 1.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS À ORDEM ECONÔMICA..... | 5 |
| 1.2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – A chamada “Constituição Econômica” | 8 |
| 1.3 EVOLUÇÃO DOS BENS JURÍDICOS PENALMENTE TUTELADOS..... | 13 |
| 1.3.1 Conceito de bem jurídico | 13 |
| 1.3.2 A ordem econômica e os novos bens jurídicos..... | 16 |
| 1.4 O DIREITO PENAL ECONÔMICO | 18 |
| 1.5 O DELITO ECONÔMICO | 24 |
| 1.6 A EVOLUÇÃO DA CRIMINALIDADE: Criminalidade clássica X Macrocriminalidade econômica | 27 |
| 1.7 CARACTERÍSTICAS DA MACROCRIMINALIDADE..... | 36 |
| 1.7.1 Pouca visibilidade dos danos causados | 38 |
| 1.7.2 Ausência de vítimas individualizadas | 41 |
| 1.7.3 Novo “modus operandi” | 43 |
| 1.7.4 Conexões com o Poder Público | 44 |
| 1.8 ALGUMAS CONDUTAS MACROCRIMINOSAS..... | 46 |

| | |
|--|----|
| 1.8.1 Breves apontamentos iniciais..... | 46 |
| 1.8.2 Dos Crimes contra o sistema financeiro nacional - “crime do colarinho branco” – Lei nº 7.492/86..... | 47 |
| 1.8.3 Do crime de lavagem de dinheiro - Lei nº 9613/98..... | 51 |
| 1.8.3.1 <i>Características do crime de lavagem de dinheiro</i> | 54 |
| 1.8.3.2 <i>Os chamados crimes antecedentes e suas imprecisões (Com as alterações da Lei 10.467, de 11.06.2002, e da Lei 10.701, de 09.07.2003)....</i> | 57 |

CAPÍTULO 2

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA RELATIVIDADE

| | |
|---|----|
| 2.1 NOTA INTRODUTÓRIA | 67 |
| 2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 67 |
| 2.3 TEORIAS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 68 |
| 2.5 CONCEPÇÕES ACERCA DO ESTUDO E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS | 73 |
| 2.5.1 As dimensões dos direitos | 74 |
| 2.5.2 As gerações de direitos | 76 |
| 2.5.3 Classificação conforme a Constituição..... | 79 |
| 2.5.3 Perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais | 79 |
| 2.6 PERSPECTIVA PRINCIPOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS..... | 83 |
| 2.7 A COLISÃO E RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – As normas restritivas de direitos fundamentais | 85 |
| 2.8 DO DIREITO À INTIMIDADE | 91 |
| 2.8.1 Aspectos históricos..... | 92 |
| 2.8.3 Limitações ao direito à intimidade em face do interesse público..... | 95 |

CAPÍTULO 3

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A QUEBRA DE SIGILOS COMO MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NO COMBATE À MACROCRIMINALIDADE ECONÔMICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

| | |
|---|------------|
| 3.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MECANISMO BALISADOR DE APLICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES AO CASO CONCRETO | 100 |
| 3.1.1 Aspectos históricos do princípio da proporcionalidade..... | 101 |
| 3.1.2 Importância da aplicação do princípio da proporcionalidade na contenção de excessos | 104 |
| 3.1.3 Dimensão tripartida do princípio da proporcionalidade | 109 |
| 3.1.4 O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico | 114 |
| 3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL | 116 |
| 3.3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO RESTRIÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL..... | 120 |
| 3.4 A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO | 124 |
| 3.4.1 Legitimidade e Competência para decidir sobre a quebra de sigilo bancário | 127 |
| 3.4.2 A questão da quebra de sigilo bancário por comissões parlamentares de inquérito | 128 |
| 3.4.3 Natureza jurídica da quebra de sigilo bancário no processo penal. | 130 |
| CONSIDERAÇÕES FINAIS | 132 |
| REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS | 134 |

Resumo

O presente trabalho tem como objeto de estudo a macrocriminalidade econômica e as restrições aos direitos e garantias fundamentais no que concerne à investigação criminal. O seu objetivo é a reflexão, através da doutrina colacionada, acerca da relativização do direito à intimidade, no momento da produção de provas, através da quebra de sigilo bancário e interceptações telefônicas. Iniciou-se com o estudo das peculiaridades do direito penal econômico e em seguida, as principais características da chamada macrocriminalidade econômica, consubstanciada na lesão à bens jurídicos supra individuais, pouca visibilidade dos danos, novo modus operandi e conexões com o poder público. Em seguida, colacionou-se, à título de ilustração, os principais crimes com enfoque econômico atualmente, quais sejam, os crimes contra o sistema financeiro nacional e o crime de lavagem de dinheiro. Seguiu-se com um enfoque acerca dos direitos fundamentais e sua relatividade, conceitos, teorias e perspectiva principiológica. Após, discorreu-se acerca do princípio da proporcionalidade como mecanismo de aplicação das restrições à Direitos Fundamentais no caso concreto, seguindo-se de sua aplicação no Direito punitivo. Por fim, tratou-se da interceptação telefônica e da quebra de sigilo bancário como formas de restrições concretas ao direito fundamental da intimidade.

ABSTRACT

This work focuses on economic macrocriminality and restrictions on fundamental rights and guarantees, in relation to the criminal investigation. It seeks to offer a reflection, by means of collated doctrine, on the relativization of intimacy fundamental right, in the taking of evidence, through various types of violation of secrecy, and telephone tapping. It begins with a study of the characteristics of economic criminal law, followed by the main characteristics of so-called economic Macrocriminality, consubstantiated in injury to supra-individual judicial property, lack of visibility of damages, the new *modus operandi*, and connections with the public authorities. Next, it collates, by way of illustration, the main economic crimes that exist today, namely, crimes against the national financial system and the crime of money laundering. This is followed by a focus on fundamental rights and their relativity, in terms of their concepts, theories and principles. Next, it discourses on the principle of proportionality as a mechanism for applying restrictions on fundamental rights in the concrete case, followed by its application to punitive law. Finally, it deals with telephone tapping and violation of bank secrecy as forms of concrete restrictions on the intimacy fundamental right.

INTRODUÇÃO

O objeto da presente pesquisa é a discussão doutrinária acerca da Flexibilização das Garantias Constitucionais previstas na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e seu reflexo nas formas de repressão à Macrocriminalidade Econômica, à luz do princípio da proporcionalidade.

A pesquisa justifica-se no sentido de pretender proporcionar uma reflexão sobre os aspectos legais e doutrinários que gravitam em torno da macrocriminalidade econômica, estabelecendo, para tal, uma diferenciação entre essa e a chamada criminalidade clássica.

O presente estudo tem como objetivo *institucional* produzir uma Dissertação de Mestrado para obtenção do Título de Mestre em Ciência Jurídica pelo Curso de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica – CPCJ, da Universidade do Vale do Itajaí – UNIVALI.

Como objetivo *geral*, *pesquisar* e refletir, através da doutrina colacionada, as formas restritivas ao direito à intimidade, consubstanciadas nas quebras de sigilos, mais precisamente, o bancário e a interceptação telefônica.

Os objetivos *específicos* referem-se às peculiaridades de uma investigação criminal no que diz respeito à macrocriminalidade econômica, que por suas peculiaridades, requer uma intervenção mais direta nas esferas individuais, havendo, com isso, a possibilidade do direito à intimidade sofrer restrições, tendo em vista a ponderação que o

aplicador fará entre o interesse público e o privado.

Quanto à metodologia empregada, registra-se que na fase de investigação foi utilizado o método indutivo; da mesma forma, o relatório dos resultados expresso na presente Dissertação é composto na base lógica indutiva.¹⁸

Nas diversas fases da pesquisa foram acionadas as técnicas do referente, da categoria, do conceito operacional e da pesquisa bibliográfica¹⁹.

Esta Dissertação acha-se dividida em três capítulos.

Para tanto, principia-se, no primeiro capítulo, tratando do direito penal econômico, bens jurídicos protegidos e as principais características da macrocriminalidade econômica, para, em seguida, diferenciá-la em relação à chamada criminalidade clássica, por fim, colaciona-se os dois principais crimes de cunho econômico alvos da macrocriminalidade, quais sejam, os crimes contra o sistema financeiro nacional e o crime de lavagem de dinheiro.

No segundo capítulo enfocam-se os direitos fundamentais e a sua relatividade, através de suas teorias, conceitos, concepções acerca da classificação e tendo como arremate o direito à intimidade, como o principal direito fundamental restringido numa investigação criminal baseada em quebras de sigilo bancário e interceptações telefônicas.

No terceiro e último capítulo, após a análise sobre a macrocriminalidade e os direitos fundamentais, mais precisamente o

¹⁸ Sobre os Métodos e Técnicas nas diversas Fases da Pesquisa Científica, vide PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica*. Cit. P.99-125

¹⁹ Quanto às Técnicas mencionadas, vide PASOLD, Cesar Luiz. *Prática da Pesquisa Jurídica*. Cit. – especialmente p.61 a 71, 31 a 41, 45 a 58, e 99 a 125, nesta ordem.

direito à intimidade, principia-se com o princípio da proporcionalidade, visto como mecanismo de aplicação das restrições ao caso concreto. Abordam-se as restrições que podem ocorrer à intimidade numa investigação criminal que tenha por foco a chamada macrocriminalidade econômica. Reflete-se acerca das quebras de sigilo bancário e a possibilidade de interceptação telefônica como flexibilizações concretas ao direito à intimidade.

O presente relatório de pesquisa se encerra com as Considerações Finais, nas quais são apresentados pontos conclusivos destacados, seguidos da estimulação à continuidade dos estudos e das reflexões sobre a restrição a direitos e garantias fundamentais na investigação a macrocriminalidade econômica.

CAPÍTULO 1

A MACROCRIMINALIDADE ECONÔMICA

1.1 NOTAS INTRODUTÓRIAS À ORDEM ECONÔMICA

Sociedade e Direito caminham lado a lado, não se podendo falar naquela sem este, e neste sem aquela. Todo o agrupamento humano, seja este qual for, necessita, para sua existência, de um conjunto de regras definidas e sistematizadas sob pena de seu próprio desmoronamento.

Nesse contexto, o Direito passou a regular a Economia, na busca de harmonia no sistema e, através dessa intervenção direta nos objetivos econômicos, realizou o que Insuela Pereira²⁰ identificou como o esforço para obter a aceleração ou o retraimento da produção ou da oferta, o desenvolvimento dos desejos ou o aumento da oferta de bens aos consumidores.

No entender de Baldan²¹

A atividade econômica, além de vinculada às condições espaço- temporais, sociais e culturais, também é condicionada à estrutura jurídica adjacente. Esta relação, segundo José Paschoal Rossetti, confere elevado grau de

²⁰ INSUELA PEREIRA, Affonso. *O Direito Econômico na Ordem Jurídica*. p.148

²¹ BALDAN, Edson Luís. *Fundamentos do Direito Penal Econômico* p.30

interdependência entre o Direito e a Economia, uma vez que compete à lei jurídica situar o homem, a empresa e a sociedade diante do poder político e da natureza, definindo seus direitos e suas responsabilidades e também fixando as balizas dentro das quais poderá ser exercida a liberdade de ação de cada um desses agentes da atividade econômica.

A ordem econômica, segundo Grau²² ao ser incorporada pelo ordenamento jurídico

é demonstração expressiva de marcante transformação que afeta o direito, operada no momento em que deixa de meramente prestar-se à harmonização de conflitos e à legitimação do poder, passando a funcionar como instrumento de implementação de políticas públicas.

Já explicava Lyra²³ acerca da importância em se resguardar a ordem econômica, tendo em vista que toda liberdade pressupõe o freio da responsabilidade penal, civil, administrativa, fiscal, disciplinar, etc... e para fixá-la, individualizá-la, efetivá-la, sob todos os aspectos, há licenças, taxas, impostos, contribuições previdenciárias, registros, comunicações, fiscalizações.

Para o estudo que se inicia há que se precisar, contudo, o que se entende por ordem econômica.

Miranda Gallino²⁴ expressa que economia e ordem econômica são coisas diferentes:

A economia é um fato, um fenômeno cultural e social, em

²² GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p.15

²³ LYRA, Roberto. *Criminalidade econômico-financeira*. p.44.

²⁴ MIRANDA GALLINO, Rafael *Delitos contra el orden económico* .p.26

sua expressão primária; pode existir com escassa ou, ainda, sem proteção jurídica, abandonada ao simples critério dos homens em suas operações de troca ou produção, no seio de uma sociedade ideal. Contudo, em nossa sociedade atual, sem certa ordem, esta economia não pode prosperar, não pode desenvolver-se ao ponto de constituir um eficaz instrumento de plena satisfação das necessidades materiais do homem. Isto permite afirmar que o direito penal não protege ou tutela a realização do fenômeno econômico como um fato em si, senão que protege a integridade da ordem, que se estima necessária para o cumprimento desse fato, de maneira que se possam produzir, assim, os fins propostos.

Para Martos Nuñez²⁵

A idéia de ordem econômica a diferencia da ordem privada que afeta ao particular e pessoal de cada um, referindo-se à administração reta e prudente dos bens e da riqueza pública, ao conjunto de exercícios e de interesses econômicos e à estrutura ou regime de alguma organização ou instituição econômica. Constitui, portanto, uma noção específica de Economia Política, isto é, da Ciência que trata da produção e distribuição da riqueza.

Grau²⁶ entende que o conceito de ordem econômica

²⁵ MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. *Derecho Penal Económico* p.357

²⁶ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988* p.67 Para ele "o art.170 da Constituição, cujo enunciado é, inquestionavelmente, normativo, assim deverá ser lido: as relações econômicas – ou a atividade econômica – deverão ser (estar) fundadas na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim (fim delas, relações econômicas ou atividade econômica) assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios" p.68

não é um conceito jurídico. Isso porque ele se presta unicamente a indicar, do prisma topológico, onde estão no texto constitucional as disposições que institucionalizam a ordem econômica. Destarte, não constituiriam uma ordem econômica material constitucional, não caracterizando o dever ser inerente ao Direito.

E conclui²⁷:

Assim, ordem econômica, parcela da ordem jurídica (mundo do dever-ser), não é senão o conjunto de normas que institucionaliza uma determinada ordem econômica (mundo do ser).

À parte das ambiguidades já referidas que norteiam sua definição, a ordem econômica, portanto, incorporou-se ao ordenamento jurídico na medida em que passou a haver uma atuação estatal no campo da atividade econômica.

1.2 A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA FEDERATIVA DO BRASIL – A chamada “Constituição Econômica”

A Constituição da República Federativa do Brasil contém considerável conjunto de normas de conteúdo especificamente socioeconômico, mediante as quais se estabelecem os princípios que regem a atividade econômica desenvolvida pelos indivíduos e pelo Estado, e se determinam as liberdades, direitos, deveres e responsabilidades daqueles no exercício dessa atividade.

Tal conjunto de normas representa o conteúdo substancial da denominada “Constituição econômica” que incide na

²⁷ GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. p.72

configuração e transformação do ordenamento jurídico privado e público que regula as transações econômicas e a atividade de seus agentes.

Essa incidência é necessária, haja vista que a Constituição é um instrumento jurídico de transformação socioeconômica, tendo em conta que o Direito não apenas regula e normatiza as relações sociais, mas também, e muito especialmente, incide na realidade social com uma missão ou função (social) conformadora, modificadora da realidade social existente²⁸.

Define Ariño Ortiz²⁹ a “Constituição econômica” como sendo o conjunto de princípios, critérios, valores e regras fundamentais que presidem a vida econômico-social de um país, segundo uma ordem que se encontra reconhecida na Constituição.

Por conseguinte, a partir da Constituição há que se distinguir entre ordem econômica e ordem pública econômica, como duas figuras operantes em planos distintos e dirigidas a conformar realidades diversas.

Para tal, colaciona-se a lição de Baldan³⁰

De uma parte, a ordem econômica que deriva do texto constitucional expressa economia, englobando os princípios, as instituições, os objetivos e os fins que configuram estática e dinamicamente a dita ordem. De outro lado, a ordem pública econômica vem a ser uma concreção ou manifestação da mesma, na medida em

²⁸ Nesse sentido oportuna a distinção que faz Eros Roberto GRAU, *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*, p. 51, entre “ordem econômica” – mundo do ser – e “ordem econômica” – mundo do dever-ser –, neste estudo, de natureza jurídica, está a locução empregada na segunda qualificação. Vide citação 32.

²⁹ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Publico Económico* p.127

³⁰ BALDAN, Edson Luís. *Fundamentos do Direito Penal Econômico* p.59

que alude a mandamentos legais imperativos ou a princípios diretamente aplicáveis da ordem econômica que afetam intrinsecamente a declaração de vontade dos sujeitos econômicos, de cujo cumprimento dependa sua própria validade jurídica.

As relações entre o Direito e a Economia denotam que Constituição econômica e ordem econômica são dois termos que se entrelaçam.

Com efeito, como se salientou, a ordem econômica resulta do conjunto dos princípios fundamentais que determinam as estruturas, precisam as funções econômicas e regulam o curso do processo econômico de um país. Por sua parte, a Constituição econômica, em sentido jurídico, é o conjunto de normas jurídicas que precisam e ordenam o curso do processo econômico num conjunto econômico dado.

Assim, no entender de Martos Nuñez³¹ a ordem econômica constitucional expressa

o conjunto de princípios, instituições, objetivos e fins que configuram a organização econômica do Estado Social e Democrático de Direito, cujo modelo socioeconômico é fruto das tarefas encomendadas ao Estado pelas diversas concepções filosóficas políticas imperantes

Silva³², ao advertir que a doutrina ainda não firmou orientação segura sobre o conceito de constituição econômica, afirma que

reconhecemos valor ao conceito de constituição

³¹ MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. *Derecho Penal Económico*, p. 359.

³² SILVA, José Afonso. *Curso de Direito Constitucional Positivo*.p.670

econômica, desde que não pensemos que as bases constitucionais da ordem econômica é que definem a estrutura de determinado sistema econômico, pois isso seria admitir que a constituição formal (superestrutura) constitui a realidade material (constituição material: infra-estrutura)

No ordenamento jurídico brasileiro, a ordem econômica está prevista na Constituição Federal de 1988 em seu art.170³³:

Art.170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos a 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 regionais e sociais;

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

³³ BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF:

Acerca da previsão constitucional da ordem econômica, Silveira³⁴ explica:

[...] O art.170 da Carta Magna, ao tratar dos princípios gerais da atividade econômica, assevera que "(...) a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social (...)". Para tanto estipula uma série de princípios orquestradores da economia nacional.

Contudo, o Poder Público tem limites na sua atuação perante a ordem econômica e como bem esclarece Barroso³⁵

À luz da Constituição brasileira, a ordem econômica funda-se, essencialmente, na atuação espontânea do mercado. O Estado pode, evidentemente, intervir para implementar políticas públicas, corrigir distorções e, sobretudo, para assegurar a própria livre iniciativa e promover seu aprimoramento. Este é o fundamento e o limite de sua intervenção legítima. Não lhe cabe, assim, determinar o que produzir, onde comercializar, que preços praticar. A normatização que poderá a autoridade pública efetuar sobre a atividade econômica, circunscreve-se, à compatibilização dos empreendimentos econômicos com exigências conaturais à segurança, à salubridade, à higidez do meio ambiente, à qualidade mínima do produto em defesa do consumidor e outros bens jurídicos que compõem a constelação de interesses coletivos

Senado, 1988

³⁴ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Direitos Difusos*.p.140

³⁵ BARROSO. Luiz Roberto *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*, Revista Diálogo Jurídico. Salvador, jun/ago.2002. Disponível em < www.direitopublico.com.br> Acesso em: 04 de maio.2006

A Constituição de 1988, na mesma linha das Constituições mais recentes de outros países, portanto, pode ser chamada de “Constituição econômica”, indo, pois, muito além da mera organização do Estado, dos poderes que o compõe e dos direitos e garantias individuais.

1.3 EVOLUÇÃO DOS BENS JURÍDICOS PENALMENTE TUTELADOS

1.3.1 Conceito de bem jurídico

Num Estado Democrático de Direito, a noção de bem jurídico desempenha papel preponderante: decididamente define a função do Direito Penal e, por conseguinte, esclarece os limites do *ius puniendi*, conferindo, ademais, a legitimidade do mesmo ao Direito Penal

Para Araújo Júnior³⁶:

Embora, ainda hoje, nos falte estabelecer definitivamente o fundamento científico da teoria do bem jurídico, o surgimento do Estado Democrático de Direito determinou a modificação radical do ordenamento dos bens jurídicos consagrados na Parte Especial dos Códigos Penais primitivos. [...]. A imagem do homem, a que correspondiam os Códigos Penais históricos, era aquela do liberalismo burguês, para o qual a sociedade era a soma de indivíduos formalmente livres e iguais e cuja inserção fundamental era a propriedade. [...]. O catálogo das figuras delitivas dos Códigos Penais refletia a imagem e os bens jurídicos que se selecionavam era somente os atribuíveis àquela visão do

³⁶ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. Os crimes contra a ordem econômica no esboço de nova parte do Código Penal de 1994: características gerais In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). Justiça penal: Críticas e sugestões, n. 3, p. 221.

homem. Por essa razão, mais além dos bens jurídicos 'naturais', como a vida e a integridade corporal, os Códigos históricos orientavam-se apenas em direção à proteção do patrimônio, por ser nele que a relação sujeito/objeto se plasmava, nesse tipo de homem, de forma evidente.

No preâmbulo de sua clássica obra, Welzel³⁷ declarava:

O Direito Penal quer proteger antes de mais nada determinados bens vitais da comunidade (valores materiais), os chamados bens jurídicos, daí serem impostas conseqüências jurídicas a sua lesão (desvalor do resultado). Essa proteção dos bens jurídicos se cumpre quando proíbe e castiga as ações dirigidas à lesão de bens jurídicos

No entendimento de Pierangeli e Zafaroni:³⁸

Não se concebe a existência de uma conduta típica que não afete um bem jurídico, posto que os tipos não passam de particulares manifestações de tutela jurídica destes bens. Embora seja certo que o delito é algo mais – ou muito mais – que a lesão a um bem jurídico, esta lesão é indispensável para configurar a tipicidade

Em reforço à mesma tese, Dias³⁹ aduz que:

O bem jurídico constitui a base da estrutura e interpretação dos tipos penais. O bem jurídico, no entanto, não pode identificar-se simplesmente com a *ratio legis*, mas deve possuir um sentido social próprio, anterior à norma penal e em si mesmo decidido, caso contrário, não seria capaz de

³⁷ WELZEL, Hans. *Lecciones de Derecho Penal Económico: comunitario, español, alemán*, p.23

³⁸ PIERANGELI, José Henrique e ZAFARONI, Eugenio Raúl. *Manual de Direito Penal Brasileiro* p.462

³⁹ DIAS, Jorge Figueiredo. *Questões Fundamentais de Direito Penal Revisitadas* p.63

servir a sua função sistemática, de parâmetro e limite do preceito penal e de contrapartida das causas de justificação na hipótese de conflito de valorações . E prossegue: A proteção de bem jurídico, como fundamento de um Direito Penal liberal, oferece um critério material, extremamente importante e seguro na construção dos tipos penais, porque, assim, será possível distinguir o delito das simples atitudes interiores, de um lado, e, de outro, dos fatos materiais não lesivos de bem algum. Jorge de Figueiredo Dias crê poder definir bem jurídico como " a expressão de um interesse, da pessoa ou da comunidade, na manutenção ou integridade de um certo estado, objeto ou bem em si mesmo socialmente relevante e por isso juridicamente reconhecido como valioso'

Para Roxin⁴⁰ são pressupostos imprescindíveis para a existência em comum, que se caracterizam numa série de situações valiosas, como, por exemplo, a vida, a integridade física, a liberdade de atuação, ou a propriedade, que toda a gente conhece, e na sua opinião, o Estado social deve também proteger penalmente.

Colhe-se de Toledo⁴¹, por fim, sintético conceito, segundo o qual, "bens jurídicos são valores ético-sociais que o Direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas "

Dessa forma, tem-se que para a doutrina colacionada, a importância de se definir e delimitar os bens jurídicos que devam ser

⁴⁰ ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. p.27-28

⁴¹ TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios Básicos de Direito Penal* p.16

tutelados pelo Direito Penal é inerente à própria segurança jurídica e mais precisamente, para que possa haver de fato um referencial de lesividade.

1.3.2 A ordem econômica e os novos bens jurídicos

Aflorou no Direito Penal um novo interesse digno de proteção, a ordem pública econômica, isto é, o interesse estatal na integridade e manutenção da organização econômica constitucionalmente assegurada.

Ao se transpor do Direito Penal geral para o Direito Penal Econômico, o primeiro problema que se depara é o da validade, pertinência e utilidade do conceito de bem jurídico. Mais precisamente o problema de se saber se o Direito Penal Econômico protege bens jurídicos distintos e autônomos ou se pelo contrário, como prefere, por exemplo, Hassemer, a autonomização deste ramo de direito se deve apenas ao aparecimento nas sociedades modernas de novas possibilidades de lesão dos bens jurídicos preexistentes.⁴²

Para Ariño Ortiz⁴³

A transcendência social da política de ordenação

⁴² ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito Penal Económico*. p.86 E conclui que "a resposta é, naturalmente, negativa para todos aqueles que definem o Direito Penal Económico em termos criminológicos, a partir do 'status' do agente. Assim será para quem identifique o crime contra a economia com o conceito criminológico de 'white-collar crime' (devido a Sutherland) ou com a categoria mais genérica de 'occupational crime'. No mesmo sentido conclui quem define o Direito Penal Económico em termos criminalísticos, privilegiando a complexidade da investigação e controle das respectivas infrações. Para além disso, nem todas as tentativas de definir o Direito Penal Económico em termos jurídicos se associam necessariamente ao conceito de bem jurídico."

⁴³ ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Público Económico* p.5

econômica assim considerada permite elevar o conceito de ordem pública econômica à categoria de bem jurídico carente e digno de proteção penal, a fim de alcançar os grandes objetivos políticos, sociais e econômicos do Estado Democrático de Direito.

Pinheiro Júnior ⁴⁴ também ressalta:

Os bens jurídicos consagrados constitucionalmente e que são objeto de proteção do Direito Penal nos dias atuais, já não são mais aqueles denominados "naturais", nem os relacionados ao patrimônio individual. Hoje, a inserção social do homem é muito mais ampla, sendo que a Ordem Econômica foi erigida à condição de bem jurídico da sociedade, devendo também ser objeto da tutela penal.

No mesmo sentido dos autores acima referendados, assevera Araújo Júnior⁴⁵ :

Os bens jurídicos merecedores da proteção penal não se circunscrevem apenas, como ao tempo do liberalismo burguês, ao patrimônio individual, mas devem também abranger, necessariamente, todas as facetas da vida econômica, daí sustentar-se o surgimento de um novo bem jurídico, de nítido caráter supra-individual: a ordem econômica que, segundo o mesmo autor, " se destina a garantir a política econômica do Estado, além de um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais

Registra-se, sob este enfoque que, hodiernamente, continua-se a proteger a pessoa e seus bens naturais e individuais;

⁴⁴ PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. *Crimes econômicos: As limitações do Direito Penal*. p.66.

⁴⁵ ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello. *Dos crimes contra a ordem econômica* p.34

contudo, observa-se que o sistema penal gradativamente vem se preocupando com bens que são transindividuais, ou seja, impessoais e complexos como, por exemplo, as relações econômicas.

O ordenamento jurídico, portanto, incorporou a noção de que, aliado ao resguardo dos bens jurídicos individuais pela lei penal por meio dos crimes tradicionais, deve também proteger a ordem econômica.

Acerca da incorporação da ordem econômica como bem jurídico, Silveira ⁴⁶ relembra importante aspecto histórico mundial:

Em 1982, a Associação Internacional de Direito Penal realizou um Colóquio, versando sobre os crimes contra a economia. Nele foram estipuladas diversas Resoluções, as quais guardam interesse particular com o presente estudo. Identifica-se o bem jurídico não só supra-individual, mas verdadeiramente intermediário, num claro exemplo da presença de interesse difuso a ser protegido. Entende-se, assim, como protegida a própria ordem socioeconômica.

Entretanto, deve-se observar, que tanto os bens jurídicos personalíssimos quanto os supra-individuais se relacionam com a ordem de valores imposta pela Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

1.4 O DIREITO PENAL ECONÔMICO

A incorporação da ordem econômica, com toda a sua complexidade atual, exigindo a promulgação de leis disciplinadoras, fez

⁴⁶ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Direitos Difusos*.p.145

surgir o Direito Penal Econômico que é, segundo Pimentel⁴⁷ :

O conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhes são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes.

Silveira⁴⁸ explica que:

Perfilando-se a áreas correlatas, o Direito Penal Econômico ganhou ares de neocriminalização, sendo motivo de preocupação de diversos organismos internacionais. A presença crescente do chamado *white-collar crime*, do *corporate crime*⁴⁹, da criminalidade dos negócios e das empresas na sociedade moderna impôs um repensar quanto à funcionalidade do Direito Penal. Os valores da igualdade e da solidariedade, regentes dos tempos atuais, necessitavam de meios outros para se firmarem. Além disso, considerando-se o desequilíbrio entre as forças econômicas, bem como a crise pela qual passou a economia mundial nos anos 80 e 90, novos pensamentos foram dados a este novo ramo do Direito Penal.

Assinala Tiedemann⁵⁰ que o Direito Penal Econômico é um

⁴⁷ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*.p.10

⁴⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-Individual*.p.142.

⁴⁹ *White-collar crime* significa "crime do colarinho-branco" e *corporate crime* refere-se aos crimes corporativos. No entender de Roberto Santiago Gullo o *white collar crime* ou, como dizem os argentinos, o *crimen de cuello blanco*, é a expressão mais utilizada pelos criminólogos para fazer referência, entre outros, aos delitos contra a ordem econômica; e dizemos "entre outros", porque os delitos contra a ordem econômica constituem só um setor deste interessante capítulo da criminologia. O *white-collar crime* compreende, ademais, feitos puníveis caracterizados por muitas hipóteses dos desvios profissionais, tais como as diferentes espécies de subtração de fundos em bancos e instituições financeiras, a corrupção de funcionários públicos, os desvios no exercício legal da medicina e da advocacia. (*op.cit.* p.119)

⁵⁰ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico*. p.27. Embora, segundo ele,

direito interdisciplinar de grande atualidade na ciência do Direito Penal, pois, é o ramo a que compete tutelar primordialmente o bem constituído pela ordem econômica estatal no seu conjunto e, em conseqüência, o curso normal da economia na sua organicidade, numa palavra, a economia nacional.

Numa posição similar, Peña Cabrera⁵¹ assevera:

O Direito Penal econômico é um direito interdisciplinar que protege a ordem econômica como última *ratio*, como último recurso utilizado pelo Estado e logo depois de haver lançado mão de todos os instrumentos de política econômica ou de controle de que dispõem para uma eficaz luta contra as diversas formas de criminalidade econômica. As graves disfunções e crises socioeconômicas justificam a intervenção do Estado em matéria econômica e recorrer ao Direito Penal para resolvê-los é assegurar o bem-estar comum.

Em sentido estrito, buscando-se a partir do entendimento de Bajo Fernandez⁵², conclui-se que o Direito Penal econômico é o conjunto de normas jurídico-penais que protegem a ordem socioeconômica, entendido como regulação jurídica do intervencionismo estatal na Economia.

Por seu turno, no que se refere ao Direito Penal Econômico,

na Ciência do Direito Penal e na formação dos juristas tenha um papel subordinado porque são poucas as Universidades na Espanha e Alemanha que oferecem um ensino optativo em matéria penal econômica, causado também pela falta de professores com conhecimentos teóricos e experiências nesse campo.

⁵¹ PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de Derecho Penal, parte especial*. p.124.

⁵² BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Manual de Derecho Penal, parte especial*. p.394.

esclarece Pinheiro Júnior⁵³, de modo enfático que:

É imperativo que se admita, em consequência das inúmeras transformações sociais que se desenvolvem, notadamente no campo de atuação do Direito Econômico, um Direito Penal de direção, especializado, prevalecendo sobre o Direito Penal clássico, de proteção, próprios das sociedades estritamente liberais, mesmo levando-se em conta os perigos inerentes a essa transformação.

Do retro exposto, bem se vê que os bens jurídicos defendidos pelo Direito Penal Econômico caracterizam-se pela relevância que se pretende assegurar para o sistema econômico, ou seja, são resultantes do intervencionismo estatal na vida econômica.

Ademais, registra-se o entendimento de Gullo⁵⁴ sobre qual é a atribuição do Direito Penal na obstacularização dos crimes⁵⁵ praticados no sistema econômico:

O Direito Penal não protege ou tutela a realização do fenômeno econômico como um feito em si, mas protege a integridade da ordem, que se estima necessário para o cumprimento desse feito, de maneira que se possam produzir os seus fins propostos.

O Direito Penal Econômico é uma realidade nos dias de hoje. A sociedade que busca a justiça não pode simplesmente dispensar o Direito Penal como arma imprescindível a essa busca, tornando-se necessário admitir e tutelar novos valores para se adaptar à nova realidade econômica social, e isso se dá por meio dessa ramificação denominada Direito Penal Econômico.

⁵³ PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. Crimes econômicos. *As limitações do direito penal*, p. 51/52.

⁵⁴ GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito penal econômico*, p. 05.

Portanto, é um sistema de normas que defende a política econômica do Estado, permitindo que esta encontre os meios para a sua realização.

No que se refere à sua importância, Souto *apud* Pinheiro Júnior⁵⁶ reforça que:

Não é difícil concluir que a criminalidade econômica, objeto primordial do Direito Penal Econômico, prejudica ou até mesmo impede a concretização dos direitos sociais e a consecução da justiça social. A prática de um único ilícito econômico pode pôr em risco toda a sociedade ou pelo menos abalá-la de forma tão forte, que as conseqüências seriam desastrosas, e isso dada a natureza supra individual dessa espécie de criminalidade. [...] tal criminalidade é capaz de produzir tão elevados ganhos econômicos, que a simples prisão não é suficiente para inibir a sua realização, já que, cumprida a pena, o criminoso poderá usufruir de todas as vantagens da prática delitiva.

Callegari⁵⁷ argumenta que sempre a atenção recaiu sobre os delitos tradicionais, ao passo que, os delitos que pertencem ao Direito Penal Econômico não recebiam a devida importância da sociedade.

Em face do todo exposto, observa-se que o Direito Penal Econômico apresenta-se como um limitador jurídico ao avanço do

⁵⁵ PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. Crimes econômicos. As limitações do direito penal, p. 0

⁵⁶ PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. Crimes econômicos. *As limitações do direito penal*. p.125

⁵⁷CALLEGARI, André Luís. Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos. p.15 "O clamor público dirigido grita 'pega-ladrão!' (os pequenos ladrões, os ladrões diretos, que "trabalham" e se arriscam) e não 'pega-explorador'! Com esta posição que adotam as sociedades em seu escalões mais privilegiados, necessariamente divide-se a sociedade em duas: uma sã e outra enferma. Esta parece ser a que detém as tendências criminosas e por isso deve ser combatida, reprimida, e penalizada. A outra, se comete delitos, deve ser merecedora de compreensão e de complacência"

poder econômico, especializando-se para desempenhar esta função limitadora por meio de repressão e prevenção do avanço da criminalidade econômica.

Callegari⁵⁸ comenta, ainda, sobre as leis existentes no âmbito do Direito Penal Econômico.

É certo que existem muitas dificuldades para a realização do Direito Penal Econômico, mas desde que a criminologia começou com seus conceitos até os dias de hoje, tivemos uma evolução legislativa, uma nova tipificação de delitos e uma nova modernização processual.

No entanto, não é demais apontar que, em determinados casos e dependendo do tamanho do poder que se detém, nem mesmo o Direito Penal pode impor um limite ao avanço do poder econômico. Tal aspecto torna-se mais gritante quando se constata inúmeras lacunas e falhas legislativas na matéria, aliada à impressionante velocidade com que as transformações sociais se desenvolvem no campo econômico.

Percebe-se, então, que o Direito Penal Econômico apresenta uma ilicitude material própria e, concomitantemente, uma específica tipicidade, conforme demonstra Callegari⁵⁹:

Com a enorme velocidade que as relações econômicas ocorrem e a rapidez na evolução de suas condutas se torna incompatível a rigidez de uma tipicidade 'fechada'. [...]. Os danos característicos da criminalidade econômica são os financeiros. No Brasil não existe uma estimativa das cifras que são manuseadas e que são provenientes da

⁵⁸CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. p.17

⁵⁹ CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*, p. 23/24.

criminalidade econômica, mas, com segurança, são milhões de reais todos os anos. Assim, podemos afirmar que os danos econômicos superam a totalidade dos causados pelo resto da criminalidade tradicional.

No que se refere ao Direito Penal Econômico, este abrange os delitos fiscais, cambiais, falimentares, os ligados às relações de trabalho, aos abusos do poder econômico, a livre concorrência, à economia popular e as relações de consumo.

1.5 O DELITO ECONÔMICO

No que tange ao delito econômico, a maioria dos autores que têm tratado do tema concorda que se trata de uma figura de definição complexa e que existe em torno dela uma grande imprecisão conceitual.

A imprecisão do delito econômico, segundo Miranda Gallino,⁶⁰ existe porque o delito, em si mesmo, não é econômico, nem político, nem social.

Em que pese certa complexidade, várias definições constam da doutrina pátria e estrangeira.

No entender de Jescheck citado por Gullo⁶¹ trata-se de conduta punível que se dirige contra o conjunto total da economia ou contra os ramos ou instituições importantes desse conjunto.

⁶⁰ MIRANDA GALLINO, Rafael. *Delitos contra el orden económico*, 1970 p.27

⁶¹ JESCHECK, Hans Heinrich in GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito Penal Econômico*. p.3.

Para Pinheiro Júnior ⁶²

O delito econômico é toda lesão à ordem pública econômica que expressa, representa ou integra a entidade penalmente tutelada mediante a tipificação, ou melhor ainda, codificação dos delitos econômicos que constitui por sua vez a base do critério de classificação em função do qual se coloca o delito econômico na marca geral dos feitos puníveis.

Ressalta, contudo, Cagnani⁶³:

O fato de ser a "ordem econômica" um conceito previsto constitucionalmente, não legitima, de per si, intervenções penais. Isso porque, quando se lança mão do Direito Penal para proteger um certo valor, há que se perquirir se este valor constitui-se em um autêntico bem jurídico-penal em todas as suas nuances, tendo em vista que quando o Estado exercita o seu *jus puniendi* está restringindo um Direito basilar do Estado Democrático de Direito, qual seja, o *jus libertatis*. Desta feita, para que o *jus puniendi* se legitime como restrição a um princípio de maior valor (o sagrado Direito de liberdade), deve preencher todos os requisitos previstos nos cânones penais: a proteção de um bem jurídico válido, o atendimento aos princípios penais da necessidade, subsidiariedade, etc. porquanto estes constituem limites ao poder estatal de punir, sendo garantias individuais.

O delito econômico não pode ser confundido com o chamado "crime do colarinho branco", este, uma criação da criminologia, integra em sua definição as características do autor da

⁶² PINHEIRO JUNIOR, Gilberto José. *Crimes econômicos. As limitações do Direito Penal*, p.03

⁶³ CAGNANI, Rafael de Souza. *A ordem econômica e sua proteção penal*. **Jus Navigandi**, Teresina, a.10, n.1018, 15abr.2006. Disponível <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8249>>. Acesso em: 04 mai. 2006.

infração.

Para Sutherland⁶⁴, o conceito de crime do “colarinho branco” engloba cinco elementos:

- a) ser um crime; b) ser cometido por uma pessoa respeitável; c) esta pessoa deve pertencer a uma camada social alta; d) estar no exercício de seu trabalho e, por fim, e) constituir uma violação da confiança.

Portanto, para a criminologia, a definição do delito econômico nos termos de “crime do colarinho branco” se coaduna mais com o perfil do criminoso e nas palavras de Bajo Fernandez⁶⁵ “são as infrações lesivas da ordem econômica cometidas por pessoas de alto nível socioeconômico no desenvolvimento de sua atividade profissional”

Outra questão levantada pela doutrina que, todavia, não é objeto desta pesquisa, mas de estudos futuros, merece, ainda que em perfuntória abordagem, é a previsão do delito econômico como sendo crime de perigo abstrato⁶⁶. Silveira ⁶⁷ relembra importante resolução da Associação Internacional de Direito Penal em colóquio realizado em 1982:

Devido à relevância do tema, ainda que do desagrado de muitos, estabeleceu-se, na Resolução de n.8, que “(...) os crimes de perigo abstrato (*per se bans, abstrakte Gefährdungsdelikte, délits obstacle*) são meios válidos de combate à criminalidade econômica desde que a conduta

⁶⁴ SUTHERLAND, Edwin H. *White Collar Crime*, p.738

⁶⁵ BAJO FERNANDEZ, Miguel. *Manual de Derecho Penal, Parte Especial*. P.399

⁶⁶ Segundo CAPEZ, Fernando . *Curso de Direito Penal – parte geral*. p.262 “Crime de perigo é aquele no qual para a consumação, basta a possibilidade de dano, ou seja, a exposição do bem a perigo de dano(...) Crime de perigo abstrato é aquele no qual a situação de perigo é presumida, como no caso da quadrilha ou bando, em que se pune o agente mesmo que não tenha chegado a cometer nenhum crime”

⁶⁷ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual. Direitos Difusos*.p.145

proibida seja claramente definida pelo legislador e se relacione diretamente com interesses protegidos claramente identificados. A sua utilização, como simples processo de facilitar a prova, não se justifica.

A discussão desdobrou-se a partir daí porque o campo econômico propicia uma inenarrável série de possibilidades incriminatórias, muitas vezes de impossibilidade factual, até mesmo porque pressupõe, aprioristicamente, um risco ou um perigo.

O mesmo autor⁶⁸ ressalta que hoje perfilam-se vários autores que entendem justificável, de um lado, e injustificável, por outro, a aplicação dos crimes de perigo para a proteção, em especial, da economia.

Por fim, definidas as delimitações propostas para este estudo dentro do Direito Penal, passa-se a analisar as formas opostas de criminalidade estabelecidas pela doutrina.

1.6 A EVOLUÇÃO DA CRIMINALIDADE: Criminalidade clássica⁶⁹ X Macrocriminalidade econômica

Para o presente estudo se faz necessário tecer algumas diferenciações entre a criminalidade clássica e a chamada macrocriminalidade, para que não se estabeleçam formas de

⁶⁸ SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal econômico como Direito Penal de perigo*. p.179

⁶⁹ O termo “Criminalidade Clássica” será utilizado neste trabalho quando houver referência aos crimes tradicionais e também como sinônimo de “Criminalidade Violenta ou de Sangue”, “Criminalidade tradicional”, “Criminalidade de massas” e “Microcriminalidade”, visto que diversos autores ao tratar da criminalidade clássica se utilizam desses termos análogos.

persecução iguais para uma e para outra situação.

Pimentel⁷⁰ explica que

Em princípios do século XX, eminentes criminólogos⁷¹ previam o surto de um novo tipo de criminalidade, fomentado por uma trama complicada que envolvia o mundo dos negócios, fazendo com que a violência cedesse o passo à inteligência e à astúcia. Na medida em que aumentou a complexidade dessas relações, cresceu também a área dessa nova forma de criminalidade.

Esse novo tipo de criminalidade, no entender de Cerqueira⁷² atingiu seus contornos na segunda metade do Séc.XX, pois segundo ele

[...] tem por origem as transformações tecnológicas e econômicas que a humanidade vem experimentando nas últimas décadas, especialmente após o encerramento da 2ª Grande Guerra, além do excepcional incremento do comércio entre os países. De tal sorte, torna-se difícil precisar se tais transformações econômicas se devem ao progresso tecnológico ou, ao contrário, se são os avanços científicos que produzem o progresso econômico, mas é incontestável que, ao longo do século XX, esses fatores produziram evoluções comerciais, tanto representados por novos instrumentos quanto por novos caminhos para o comércio internacional, que, utilizados indevidamente, produziram uma nova criminalidade. Tais são os casos da revolução informática e da chamada globalização da economia.

⁷⁰ PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico* .p.4.

⁷¹ *Id.ibidem*, p.4. Ainda segundo ele, as previsões de Niceforo e de Ferri se confirmaram, pelo menos em parte.

⁷² CERQUEIRA, Átilo Antonio. *Direito Penal Garantista & Nova Criminalidade* p.53

Assim, trata-se na nova criminalidade de uma espécie de subproduto gerado tanto pela sociedade de massa quanto pelos avanços tecnológicos.

Para Fernandes e Fernandes⁷³ a macrocriminalidade pode ser entendida como a delinqüência em bloco conexo e compacto, incluída no contexto social de modo pouco transparente - crime organizado - ou sob a rotulagem econômica lícita - crimes do colarinho branco.

Por sua vez, Silva⁷⁴ assim define macrocriminalidade:

O que chamamos de macrocriminalidade é primacialmente o crime organizado, à semelhança de empresas que, combina pessoas, capitais e tecnologia para a consecução de determinados fins, sob a direção de um chefe, que se equipara a um empresário em sentido próprio. Aí, não se trata mais de crime episódico, cometido por agentes isolados – ou eventualmente ligados -, porém de verdadeiras sociedades delinqüenciais, tendo por base essencialmente a divisão de trabalho entre os seus integrantes, exatamente como se passa nas empresas econômicas legítimas.

Conforme prelecionam Fernandes e Fernandes⁷⁵ é possível:

Uma diferenciação doutrinária da criminalidade, em microcriminalidade e macrocriminalidade, entendendo-se a primeira como sendo a criminalidade visível, não organizada, e que diz respeito aos delitos comuns, que

⁷³ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*, p.430

⁷⁴ SILVA, Juary C. *A macrocriminalidade*, p.45

⁷⁵ FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*, p. 429-30.

ocorrem diariamente em todas as classes sociais, e a segunda espécie como sendo uma criminalidade estruturada e pouco transparente (crime organizado, 'colarinho branco').

Conforme Hassemer⁷⁶, a criminalidade clássica pode ser definida por

Assaltos de rua, invasões de apartamentos, comércio de drogas, furtos de bicicletas ou delinquência juvenil. Estas manifestações da criminalidade afetam-nos diariamente, seja como vítimas reais ou possíveis. Os efeitos não são apenas físicos e econômicos, mas, sobretudo, atingem nosso equilíbrio emocional e nosso senso normativo: trata-se da sensação de desproteção e de debilidade diante de ameaças e perigos desconhecidos, que nos leva a duvidar da força do Direito. Criminalidade de massas em nosso meio compreende, há muito tempo, arrombamento de apartamentos, roubo e outros tipos de violência contra os mais fracos na rua, furto de automóveis e bicicletas, e nas grandes cidades o abuso de drogas.

Por sua vez, sobre a criminalidade clássica Lavorenti e Silva⁷⁷ elucidam que:

A criminalidade clássica se caracteriza por se consubstanciar, diariamente, em inúmeras infrações, e praticada por pessoas que via de regra, não guardam nenhum vínculo, ou no máximo, estão ligadas por uma associação criminosa consistente em uma quadrilha ou bando, ou, então, atreladas por um concurso de pessoas.

⁷⁶ HASSEMER, Winfried. *Segurança Pública no Estado de Direito*. p.22.

⁷⁷ LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. *Crime organizado na atualidade*, p. 44.

Discorrem Fernandes e Fernandes⁷⁸ acerca do termo sinônimo microcriminalidade:

A microcriminalidade é aquela resultante do clima de adversidade e mesmo violência que impregna a desvairada sociedade de consumo, suscitando injustiças sociais e desigualdades econômicas, além do taciturno horizonte de niilismo em que a vida perde seu significado maior e pouco ou nada representa. Ao contrário da macrocriminalidade, a microcriminalidade é sempre mais visível e diz respeito aos delitos corretivos, violentos ou não, que, isoladamente, em todas as camadas sociais, acontecem de dia e de noite, durante todas as horas (latrocínio, homicídio, lesões corporais, roubo, furto, estupro, ameaça, estelionato, calúnia, injúria etc.). Inescondível, contudo, que existe uma significativa associação entre microcriminalidade violenta e a miséria socioeconômica, consubstanciando um cenário opressor e de verdadeira segregação moral.

O ordenamento jurídico brasileiro até pouco tempo não contemplava uma definição para o crime organizado, apenas o art.288⁷⁹ do Código Penal e indagações acerca da Lei 9.034/95 davam suporte à doutrina para formular seu conceito, já que referida lei, também, sequer trouxe uma definição em seu conteúdo.

Contudo, com a participação cada vez mais ativa do Brasil no combate ao crime organizado em termos mundiais, é que em 12 de março de 2004, por via do Decreto 5015⁸⁰ que trata da Convenção

⁷⁸ FERNANDES, Newton e FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*, p. 430.

⁷⁹ Código Penal – 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. § único: A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.

⁸⁰ DECRETO 5015 -CONVENÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS CONTRA O CRIME ORGANIZADO INTERNACIONAL Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) "Grupo criminoso organizado" - grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais

das Nações Unidas contra o crime organizado internacional é que foi possível conceituar o que seja “grupo criminoso organizado”, ou seja, “grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material”.

Tal definição demonstra que o benefício econômico é, antes de qualquer outro benefício material, o principal alvo dessas organizações.

Contudo, não basta uma definição legal se não houver mecanismos processuais competentes e garantidores dos direitos

infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material; b) "Infração grave" - ato que constitua infração punível com uma pena de privação de liberdade, cujo máximo não seja inferior a quatro anos ou com pena superior; c) "Grupo estruturado" - grupo formado de maneira não fortuita para a prática imediata de uma infração, ainda que os seus membros não tenham funções formalmente definidas, que não haja continuidade na sua composição e que não disponha de uma estrutura elaborada; d) "Bens" - os ativos de qualquer tipo, corpóreos ou incorpóreos, móveis ou imóveis, tangíveis ou intangíveis, e os documentos ou instrumentos jurídicos que atestem a propriedade ou outros direitos sobre os referidos ativos; e) "Produto do crime" - os bens de qualquer tipo, provenientes, direta ou indiretamente, da prática de um crime; f) "Bloqueio" ou "apreensão" - a proibição temporária de transferir, converter, dispor ou movimentar bens, ou a custódia ou controle temporário de bens, por decisão de um tribunal ou de outra autoridade competente; g) "Confisco" - a privação com caráter definitivo de bens, por decisão de um tribunal ou outra autoridade competente; h) "Infração principal" - qualquer infração de que derive um produto que possa passar a constituir objeto de uma infração definida no Artigo 6 da presente Convenção; i) "Entrega vigiada" - a técnica que consiste em permitir que remessas ilícitas ou suspeitas saiam do território de um ou mais Estados, os atravessem ou neles entrem, com o conhecimento e sob o controle das suas autoridades competentes, com a finalidade de investigar infrações e identificar as pessoas envolvidas na sua prática; j) "Organização regional de integração econômica" - uma organização constituída por Estados soberanos de uma região determinada, para a qual estes Estados tenham transferido competências nas questões reguladas pela presente Convenção e que tenha sido devidamente mandatada, em conformidade com os seus procedimentos internos, para assinar, ratificar, aceitar ou aprovar a Convenção ou a ela aderir; as referências aos "Estados Partes" constantes da presente Convenção são aplicáveis a estas organizações, nos limites das suas competências.

fundamentais, para apuração dessas condutas.

Nesse sentido conclui Silva ⁸¹:

Assente que a criminalidade hodierna prevalente é a macrocriminalidade, bem como que o aparato jurídico-processual que a versa se prende a microcriminalidade, torna-se intuitiva a necessidade de criar um Macrodireito Processual Penal adaptando-se à natureza desta nova criminalidade. Cuidar-se-á, então, de rejuvenescer não só as leis penais, como também os próprios métodos de trabalho dos investigadores, adaptando-os à realidade social criada pela criminalidade moderna.

Dito isto, compreende-se que o Processo Penal, tal como o Direito Penal material, foi formulado pressupondo uma situação de criminalidade clássica, já que o seu objetivo é a busca de verdade real, mediante a reconstrução⁸² tanto quanto possível e detalhada do fato delituoso.

Por fim, sabe-se que a polícia, ainda dotada de meios antiquados e de pessoal pouco especializado, não está em condições de confrontar-se com a macrocriminalidade, principalmente a econômica, embora consiga conter até certo ponto os criminosos da chamada criminalidade clássica.

Para Tiedemann⁸³ a dificuldade na elucidação dos crimes econômicos se dá pelos seguintes motivos:

⁸¹ SILVA, Juary C. *A macrocriminalidade*, p.10.

⁸² Instrui SILVA, Juary C. *A macrocriminalidade*, p. 25 que: "A atuação concreta do ordenamento penal se faz através de um mecanismo burocrático-estatal (Polícia, Ministério Público, Justiça e sistema Penitenciário), não coordenado e que não evoluiu o suficiente para contrapor-se ao crime de larga escala. A coleta de prova criminal também pressupõe o crime subdesenvolvido, pois à proporção que os criminosos tornam-se sofisticados e se organizam, diminui a chance de provar em juízo os crimes".

Grande complexidade dos fatos, dificuldades econômicas e jurídicas da matéria, ausência de peritos apropriados, insuficiência de assistência judicial nas relações internacionais⁸⁴

A par dos resultados lesivos serem maiores e atingirem um maior número de vítimas, há de se reconhecer que os delitos econômicos são de difícil detecção, em face de suas características especiais. É a chamada delinqüência invisível e, por isso mesmo, não atrai a devida reprovação coletiva.

O que tornou necessário segundo Silva⁸⁵ um repensar nas formas repressivas e punitivas tradicionais.

Com efeito, a partir do momento em que os criminosos se organizam e tornam-se verdadeiros empresários do crime – pois que combinam tecnicamente os fatores de produção criminosa (capital, mão-de-obra e *Know-How*), à semelhança dos empresários em sentido próprio, torna-se de fato inadequado perseverar nas concepções clássicas do crime e do aparato de repressão, ligadas umbelicalmente à sociedade pré-industrial, ou à industrial em seus primórdios.

Não resta dúvida de que, em tempos atuais, a criminalidade vem assumindo contorno cada vez mais diverso daquele com que se apresentava no passado, surgindo, ao mesmo tempo, uma

⁸³ TIEDEMANN, Klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico* p.28

⁸⁴ No original certifica o autor que “*Los procedimientos por delitos económicos chocan frecuentemente con obstáculos que a menudo se acumulan y llevan consigo directamente la paralización de la administración de justicia. En definitiva, lo que antecede puede formularse en pocas palabras: gran complejidad de los hechos, dificultades económicas y jurídicas de la materia, ausencia de expertos apropiados, insuficiencia de asistencia judicial en las relaciones internacionales*”

⁸⁵ SILVA, Juary C. *A macrocriminalidade*, p. 28.

necessidade de atualização dos aparatos de investigação existentes e como bem aponta Rocha⁸⁶:

O aperfeiçoamento dos conhecimentos, todavia, no combate ao crime, é sempre uma necessidade imperiosa, em face do aumento da corrupção associada ao tráfico de drogas, dos crimes chamados do "colarinho branco", da sonegação e da fraude fiscal, e do surgimento de novas formas do crime organizado.

Ambas as formas de criminalidade atualmente coexistem em nossa sociedade, mas é a forma "macro" que mais contempla complexidades no âmbito normativo e processual, tornando-se, por isso, objeto de muitos estudos.

Betti⁸⁷ afirma que:

A macrocriminalidade, transformou-se na grande preocupação dos estudiosos, de vez que atinge bens supra-individuais, com graves prejuízos para a ordem econômico social. Seus autores são 'pessoas da alta', de prestígio social, influentes, vistas como bem sucedidas nos negócios, contando sempre com a conivência das autoridades, assessoramento de profissionais competentes, todos os seus atos têm a aparência de legalidade, escapando, por isso, da censura do meio a que pertencem e, o que é pior, da punição.

Em face do todo exposto, pode-se concluir que parte da criminalidade continua sendo praticada de forma tradicional e atacando bens jurídicos individuais. Para essa criminalidade, contudo, há formas de atuação relativamente apropriadas, contempladas no ordenamento

⁸⁶ ROCHA, Luiz Carlos. *Investigação policial: teoria e prática*. p. 22.

⁸⁷ BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil*, p. 17

jurídico existente.

Por outro lado, parte da criminalidade surge de forma diferenciada, atuando de maneira organizada, complexa, menos ostensiva, com possibilidade de distanciamento entre vítima e autor, aproveitando-se de meios tecnológicos e da globalização, garantindo a sua impunidade e aproveitando-se de um ordenamento jurídico que ainda se busca encontrar dentro de toda esta complexidade e, com falhas, acaba por flexibilizar determinadas garantias constitucionalmente asseguradas para obter êxito na investigação e apuração de determinados crimes.

1.7 CARACTERÍSTICAS DA MACROCRIMINALIDADE

Percebe-se, até aqui, que a criminalidade econômica passou a figurar como uma criminalidade diferenciada e altamente mutável em razão da velocidade com que as relações econômicas se transformam, apresentando, por isso, certas peculiaridades que merecem esclarecimentos pontuais.

Sobre as características da macrocriminalidade, prelecionam Lavorenti e Silva⁸⁸:

A macrocriminalidade, como regra, possui uma organização empresarial, com hierarquia estrutural, divisões de funções e sempre direcionadas ao lucro. Elas possuem algo mais do que um programa delinqüencial. Consubstanciam-se em um planejamento empresarial (custos das atividades e de um pagamento de pessoal,

⁸⁸ LAVORENTI, Wilson e SILVA, José Geraldo da. *Crime organizado na atualidade*, p. 19.

recrutamento de pessoas, etc.) com firmas constituídas formalmente ou não. Quanto mais rica e firmemente estruturada a organização, menores os riscos nas suas atuações.

De modo similar, enfatizam Fernandes e Fernandes⁸⁹:

A macrocriminalidade nada mais é do que a delinqüência em bloco conexo e compacto, incluída no contexto social de modo pouco transparente (crime organizado) ou sob a rotulagem econômica lícita (crime do colarinho branco). Alicerçada na certeza, ou quase certeza, da impunidade, a macrocriminalidade visa exclusivamente o lucro. Via de regra, o macrocriminoso lucra e fica impune. São dois portanto, os fatores da macrocriminalidade: o lucro e a impunidade.

Maierovitch ⁹⁰ relata que tão real é o fato, que estudiosos do tema chegaram a conceber uma verdadeira economia criminal, capaz de movimentar, através de um mercado comum próprio, quantias estimadas em cerca de um quarto do dinheiro em circulação no mundo.

Confirmam esse pensamento Lavorenti e Silva⁹¹:

A macrocriminalidade pode ter atuação regional, nacional e/ou internacional. Cada vez mais se organiza de forma empresarial, tornando-se parte da economia formal e, dependendo de seu grau de estruturação e desenvolvimento, chega quase a uma amálgama com o poder público em razão do seu potencial de corrupção e

⁸⁹ FERNANDES, Newton e FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*, p. 430.

⁹⁰ MAIEROVITCH, Walter Fanganiello. *Multinacionais do crime movimentam ¼ do dinheiro do mundo*, p. 30.

⁹¹ LAVORENTI, Wilson e SILVA, José Geraldo da. *Crime organizado na atualidade*, p. 11.

influência.

Silva⁹² ainda esclarece que :

Sabe-se que o lucro e a impunidade representam dois dos maiores fatores da macrocriminalidade. O lucro propriamente dito movimenta a grande criminalidade, vez que assemelha-se a um empreendimento econômico. O desiderato primário da macrocriminalidade é a obtenção de lucro. Ademais, existe um notável estímulo à impunidade dos macrocriminosos e, por isso, este binômio lucro-impunidade, explica a ascensão das organizações criminosas em larga escala.

Denota-se, pois, do todo exposto, que a macrocriminalidade, pelas características peculiares descritas e que serão objeto de detalhamento, somadas a seu poder de corrupção e interferência estatal, consegue realizar seu programa delinqüencial sob ares de certa impunidade.

Após tais considerações, passa-se ao estudo pormenorizado das principais características da macrocriminalidade.

1.7.1 Pouca visibilidade dos danos causados

Nos macrocrimes, sobretudo os econômicos, não se tem em conta propriamente a lesão ao patrimônio individual que venha a ser atingido. Considera-se, ao contrário, com razão, que a ofensa é dirigida, sobretudo, contra a ordem econômica e por tal motivo pode passar desapercibida aos olhos de grande parte da população.

⁹² SILVA, Juary C. *A macrocriminalidade*, p. 31.

Lavorenti e Silva⁹³ tecem algumas considerações sobre a pouca visibilidade dos macrocrimes, enfatizando que:

A criminalidade organizada é menos visível que a criminalidade comum. Geralmente, possui um programa delinqüencial, dentro de uma hierarquia estrutural, além de organizar-se como uma *societas sceleris*. Possui um campo disforme e variado e atua de forma a intimidar eventuais testemunhas que possam compor um adminículo probatório, além de praticar infrações cujo bem jurídico tutelado é atingido de forma mediata (como nos casos de corrupção, crimes contra o sistema financeiro, contra a ordem tributária, etc.).

Corroborando esse entendimento Gullo⁹⁴:

Criminologicamente se trata de delitos de difícil detecção por suas características especiais, pelo que se denomina a esta modalidade delitual 'delinqüência invisível'. Os casos comprovados e sancionados nesta esfera são escassos e sua propagação ocorre com suma facilidade.

De modo análogo, salienta Hassemer⁹⁵ que:

A criminalidade organizada é menos visível; é um fenômeno cambiante porque segue as tendências dos mercados nacionais ou internacionais; compreende uma gama de infrações sem vítimas imediatas ou com vítimas difusas, como a lavagem de dinheiro e a corrupção; dispõe de múltiplos meios de disfarce e simulação. Propõe-se então usar a expressão 'criminalidade organizada' quando o braço com o qual pretendemos combater toda e qualquer

⁹³ LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. *Crime organizado na atualidade*, p. 11.

⁹⁴ GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito penal econômico*, p. 12.

⁹⁵ HASSEMER, Winfried. *Três temas de direito penal*, p. 66.

forma de criminalidade seja tolhido ou paralisado: quando Legislativo, Executivo ou Judiciário se tornem extorquíveis ou venais.

Colaciona-se o entendimento de Betti⁹⁶ sobre os danos causados pela macrocriminalidade econômica:

Os danos materiais mais característicos são os financeiros e, pode-se afirmar que são muito maiores do que os da delinqüência violenta, superando a totalidade dos causados pelas outras formas de delito. Com relação aos danos imateriais, pode-se aferir a perda de confiança nas relações comerciais, a deformação do equilíbrio do mercado e o descrédito nas políticas econômicas, financeiras e sociais do governo.

Por fim, conclui-se através do entendimento de Hassemer⁹⁷ o seguinte:

De um modo geral, há colarinhos brancos, caneta, papel, assinaturas de contratos e, também por isso, os danos desse tipo de criminalidade não são visíveis: contratos, pagamentos, cartas, negociações, solicitações. E, Finalmente, apresenta três características fundamentais: internacionalidade desse tipo de crime, profissionalidade, divisão de trabalho e gente boa, gente com cabeça e proteção contra investigação policial.

Há consenso, portanto, na doutrina, que a pouca visibilidade dos danos faz com que o criminoso econômico passe, muitas vezes, incólume aos olhos da população. O que, definitivamente, não ocorre com o delinquente tradicional, cujo dano, perceptível, pode estigmatizá-lo para sempre.

⁹⁶ BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil*. p.18

1.7.2 Ausência de vítimas individualizadas

Na macrocriminalidade, sobretudo a econômica, os bens juridicamente tutelados são difusos como já esclarecido em item anterior e, sendo assim, não é possível individualizar vítimas nesses crimes.

Cerqueira⁹⁸ assevera que a primeira e fundamental característica da nova criminalidade e que, portanto, a distingue da criminalidade tradicional, é sua capacidade de produzir algo definido pelo neologismo como vitimização difusa.

Esclarece sobre a ausência de vítimas individuais Hassemer⁹⁹:

Esse tipo de criminalidade não tem vítimas individuais, ou melhor, as vítimas individuais só existem de forma mediata. Toda criminalidade moderna, de regra, não tem vítimas individualizadas. As vítimas são ou o Estado ou comunidades, como o caso da comunidade Européia.

Oportunas são as colocações de Pinheiro Júnior¹⁰⁰ sobre a ausência de vítimas individualizadas como característica da macrocriminalidade:

Se considerarmos os resultados concretos que alcança a macrocriminalidade, percebemos que vitimam como verdadeiros genocídios - pois atentam contra a ordem

⁹⁷ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, p. 45.

⁹⁸ CERQUEIRA, Átilo Antonio. *Direito Penal Garantista & A Nova Criminalidade*. p.48

⁹⁹ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, p. 44.

¹⁰⁰ PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José. *Crimes econômicos. As limitações do direito penal*, p. 60-61.

constitucional, proporcionando não mais um resultado imediatamente individual, mas sim imediatamente supra individual. Além de terem natureza supra individual, atingem de modo certo a ordem estabelecida na Constituição, o que nos permite concluir, sem qualquer dúvida, que este tipo de delito atenta contra o próprio Estado e contra toda a sociedade em proporções inimagináveis.

Para Cerqueira¹⁰¹

Algumas práticas ilícitas causadoras de "vitimização" difusa são possibilitadas pelo emprego de moderna tecnologia, como é o caso de computadores e da utilização da internet, e o de aparelhos de telefonia celular, entre outros novos meios de comunicação.

Araújo Júnior¹⁰² esclarece sobre a lesão à ordem econômica e não ao patrimônio individual nos crimes da macrocriminalidade econômica:

A essa nova categoria, que no Brasil tem conceito restrito, pertencem os bens jurídicos tutelados pelo Direito Penal Econômico e, em especial, os que são violados pelos delitos contra o sistema financeiro. Neles, a despeito da lesão ao patrimônio individual que possam causar, a tônica da reprovação social está centrada na ameaça ou dano que representam para o sistema financeiro, que se caracteriza como um interesse jurídico supra-individual e no qual se destacam os seguintes aspectos: a) a organização do mercado; b) a regularidade dos seus instrumentos; c) a confiança neles exigida e d) a segurança nos negócios.

¹⁰¹ CERQUEIRA, Átulo Antonio. *Direito Penal Garantista & A Nova Criminalidade*, p.60

¹⁰² ARAÚJO JÚNIOR, João Marcelo. *Os crimes contra o Sistema Financeiro no Esboço da Nova Parte Especial do Código Penal de 1994*. Revista Brasileira de Ciências Criminais,

Há consenso entre os doutrinadores citados, de que na macrocriminalidade, pela impossibilidade de individualização de vítimas, assim como pela pouca visualização do dano, como visto em item anterior, o efeito causado à ordem econômica muitas vezes pode não ser percebido pelo senso comum mas atinge de forma direta o Estado.

1.7.3 Novo “modus operandi”

Como traço marcante, a macrocriminalidade, mais especificamente a econômica, agrega para a consumação de seus inúmeros ilícitos, condutas que dificultam o rastreamento e a conseqüente identificação da autoria e materialidade.

Betti ¹⁰³ afirma que:

Os critérios de divisão e delegação do trabalho numa organização empresarial dificultam a detecção e prova dos ilícitos penais ali cometidos, favorecendo a impunidade. A pessoa jurídica tem, com certeza, a finalidade de realizar atividades lícitas, mas no desenvolvimento de suas operações podem estar encobertos comportamentos delitivos. Nessas condições, é difícil imputar-se a um alto diretivo um procedimento criminoso realizado no seio da organização e executado por empregados.

Ademais, quando a organização criminosa é complexa e com características empresariais sofisticadas, pode passar a ter uma moldura transnacional, aproveitando-se da globalização econômica,

São Paulo, ano 3, n.1, p.148-149, jul/set.1995

¹⁰³ BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil*, p. 27.

social e cultural, que possibilita, inclusive, ajustar-se à diversidade e às oportunidades do mercado¹⁰⁴.

Pitombo¹⁰⁵ ainda complementa:

Técnicas avançadas de hoje possibilitam a realização de condutas delitivas, mediante o uso de computadores, manipulando dados pessoais, contratos eletrônicos, serviços bancários, controles fiscais e aduaneiros, entre outros. Sem esquecer da propagação da telefonia celular e do advento da comunicação instantânea em rede, que trouxeram inúmeras novidades ao cenário mundial.

Ademais, esse novo *modus operandi* característico da macrocriminalidade econômica, resulta numa atividade fragmentária, distribuída entre diversas pessoas, dificultando ainda mais uma investigação, porque, dificilmente, uma única pessoa reunirá todos os pressupostos de tipicidade e culpabilidade.

1.7.4 Conexões com o Poder Público

Em alguns casos, a macrocriminalidade procura a simbiose com o Estado e acaba por encontrar um reduto no próprio arcabouço estatal, não se tornando um poder paralelo, mas usufruindo o poder oficial e garantindo, assim, sua impunidade e otimização de trabalho¹⁰⁶.

¹⁰⁴ LAVORENTI, Wilson e SILVA, José Geraldo da. *Crime organizado na atualidade*, p. 11.

¹⁰⁵ PITOMBO, Antonio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro: A tipicidade do crime antecedente*, p.29

¹⁰⁶ LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. *Crime organizado na atualidade*, p. 23.

De acordo com Zaffaroni¹⁰⁷, ao que tudo indica:

a principal fonte do crime organizado é o próprio Estado, cujas estruturas acabam por cair, acidentalmente ou não, nas mãos dos corruptos, que passam a delas se valer para, de forma esporádica, sistemática ou institucionalizada, atender, aderir ou constituir a própria organização criminosa. Assim, a macrocriminalidade não objetiva a busca do poder estatal, mas o comprometimento dos agentes públicos e infiltração de seus homens, influenciando e, dependendo de sua força e desenvolvimento, até determinando postura e conduta oficiais que favoreçam a organização que desfrutará, de forma oculta e sub-reptícia, as benesses a serem ofertadas.

Hassemer¹⁰⁸ vai além ao afirmar:

A macrocriminalidade não é apenas uma organização internacional, mas é em última análise a corrupção da legislatura, magistratura, do Ministério Público, da política, ou seja, a paralisação estatal ao combate à criminalidade.

De alguma forma, seja em associações criminosas com grau mais requintado de organização, ou naquelas onde exista um nível mais elementar de articulação para o desempenho profícuo dessas atividades, sempre haverá uma estratégia minimamente estabelecida previamente ou na medida em que as circunstâncias o exigirem, para que seus negócios escusos se desenvolvam¹⁰⁹.

Pode-se dizer que, dentro das estratégias, insere-se,

¹⁰⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Mesa redonda sobre o crime organizado*, p. 149.

¹⁰⁸ HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*, p. 42.

¹⁰⁹ GOMES, Abel Fernandes; PRADO, Geraldo; DOUGLAS, William. *Crime organizado e suas conexões com o poder público: Comentários a Lei n. 9034/95: considerações críticas*, p. 7.

como imprescindível ao objeto das organizações criminosas, um certo grau de conexão com autoridades e órgãos de vários setores do poder público.

Com base nas disposições doutrinárias acima referidas, tendo tido como escopo abordar os aspectos caracterizadores da macrocriminalidade e seu impacto social, serão, a seguir, explicitados os dois tipos mais comuns de crimes na esfera da macrocriminalidade econômica.

1.8 ALGUMAS CONDUTAS MACROCRIMINOSAS

1.8.1 Breves apontamentos iniciais

Do estudo até aqui desenvolvido percebe-se que a delinqüência econômica atual desenvolve-se dentro de parâmetros distintos daquele da criminalidade clássica. Para exemplificar, colaciona-se a seguir algumas leis direcionadas a coibir justamente as condutas objeto deste trabalho.

Procura-se, com isso, demonstrar que, paulatinamente, não só a sociedade, como também os legisladores pátrios, vêm demonstrando maior preocupação com os nominados crimes econômicos.

Vale lembrar, sob este enfoque, que a maioria dos delitos econômicos foram tipificados em leis extravagantes. Contudo, faz-se necessário citar a Lei n. 9.983, de 14 de julho de 2000, que alterou o Código Penal incluindo os delitos previstos nos arts. 168-A – apropriação indébita previdenciária; 313-A – inserção de dados falsos em sistema de

informações; 313-B – modificação ou alteração não autorizada de sistema de informações e 337-A – sonegação de contribuição previdenciária, todos de cunho penal econômico afastando incidência, ao menos na esfera penal, da Lei n. 8.212/91, que dispõe sobre a organização e custeio da Previdência Social.

Sem pretender exaurir a matéria, a seguir destacam-se alguns aspectos dos delitos econômicos definidos nas Leis nº 7.492/86 (Lei dos crimes contra o sistema financeiro nacional) e nº 9.613/98 (Lei acerca do crime de lavagem de dinheiro).

1.8.2 Dos Crimes contra o sistema financeiro nacional¹¹⁰ - “crime do colarinho branco” – Lei nº 7.492/86

Relembra-se, de início, que o termo *crime de colarinho branco* surgiu a partir do criminólogo Sutherland,¹¹¹ como já mencionado

¹¹⁰ Faz-se necessário lembrar que o sistema financeiro nacional corresponde ao conjunto de atividades executadas pelas instituições financeiras. E estas, segundo a definição legal, são as pessoas jurídicas de direito público ou privado, que tenham como atividade principal ou acessória cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

¹¹¹ Sobre os estudos de Sutherland relembra ROSA, Fábio Bittencourt in TORTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional – Uma contribuição ao estudo da Lei 7492/86*. “Em 1939, Edwin Sutherland, então sociólogo na Universidade de Indiana, apresentou um ensaio intitulado “O Criminoso de Colarinho Branco”, perante o 34º Congresso da Sociedade Americana de Sociologia. A apresentação de Sutherland “alterou o estudo do crime mundo afora de maneira fundamental, ao chamar a atenção sobre uma forma de delito que tinha sido anteriormente ignorada pelos estudiosos da criminologia”, escreveram dois criminologistas de hoje – Gilbert Geis e Colin Goff – em sua introdução para a edição revista da obra-prima de Sutherland, “Crime do Colarinho Branco”. Sutherland rejeitou as teorias criminológicas de seu tempo, que colocavam a culpa do comportamento ilegal na pobreza, na falta de instrução, na ruptura do lar e em patologias pessoais. Ele formulou a hipótese de que fortuna, educação, estrutura familiar sólida e mentes fortes não impedem, necessariamente, os indivíduos de violarem a lei. E, durante os dez anos que se seguiram à sua pioneira apresentação de 1939, estudou o mais poderoso baluarte do colarinho branco, o mundo empresarial. O resultado foi um estudo maciço, publicado em 1949 pela Dryden Press, intitulado apenas “Crime do Colarinho Branco”. Sutherland estudou

em item anterior, e não foi uma construção doutrinária, nem tampouco jurisprudencial.

Como esclarece Gullo¹¹²:

Deve-se a Edwin Sutherland o uso, pela primeira vez, da expressão crime de colarinho branco, hoje universalmente consagrada, para designar a atividade ilegal de pessoas bem nascidas ou com elevado índice de escolaridade e privilegiada condição social ou econômica. Para Sutherland, o conceito de crime de 'colarinho branco' deve ter cinco elementos: a) ser um crime; b) ser cometido por uma pessoa respeitável; c) esta pessoa deve pertencer a uma camada social alta; d) estar no exercício de seu trabalho e, por fim, e) constituir uma violação da confiança.

No Brasil, a Lei n. 7.492/86, foi editada para punir os crimes contra o sistema financeiro nacional, ditos do "Colarinho Branco".

Courakis citado por Gullo¹¹³ classifica os crimes de colarinho branco em três categorias:

Crimes em sentido próprio, crimes quase legais e crimes não previstos em lei. Os tipos delitivos previstos na referida lei apesar de denominados crimes contra o sistema financeiro,

os registros criminais de setenta das duzentas maiores empresas americanas não financeiras. Examinou, especificamente, a violação das leis regendo restrições de comércio, propaganda enganosa, violação de patentes, marcas e copyrights, práticas trabalhistas desleais, descontos, fraude financeira e violação de confiança, transgressão dos regulamentos de guerra e infrações diversas. O que Sutherland encontrou apoiou sua tese: as setenta companhias, dirigidas principalmente por homens da classe alta americana, tinham cometido um total de 980 violações, uma média de quatorze por empresa. Cada uma das setenta companhias tinha pelo menos uma violação, com Armour & Company e Swift and Company liderando a lista com cinquenta violações cada. A General Motors colocou-se em terceiro lugar, com quarenta, e a Sears Roebuck e a Montgomery Ward empatadas em quarto lugar com 39 cada".

¹¹² GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito penal econômico*, p. 122.

¹¹³ COURAKIS, Nestor in GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito penal econômico*, p. 123.

devem ser entendidos no sentido amplo de mercado financeiro, mercado de capitais, abrangendo os seguros, o câmbio, os consórcios, a capitalização ou qualquer outro tipo de poupança, situados na área do Direito Econômico.

A lei visa proteger o sistema financeiro, entendido este como uma faceta da ordem econômica e para tal, o próprio legislador buscou definir o que seja instituição financeira no art.1º: *“Considera-se instituição financeira, para efeito desta Lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários. Parágrafo único: Equipara-se a instituição financeira: I – a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recursos de terceiros; II – a pessoa natural que exerça qualquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual”*

Ao conceituar o que venha ser instituição financeira, a norma explicativa sob comentário considerou basicamente a sua atividade típica: captação, intermediação ou aplicação de recursos.

Segundo Tortima¹¹⁴

Captar significa atrair e aglutinar capitais, objetivando sua aplicação futura. *Intermediar* vem a ser transferir ou repassar tais recursos (de uma instituição para outra) e, finalmente, *aplicar* é investir os recursos captados, mirando alguma forma de remuneração.

¹¹⁴ TORTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional – Uma contribuição ao estudo da Lei 7492/86*. p.7

Sem adentrar na seara da responsabilidade penal, há de se ter que os delitos tipificados na referida lei são crimes próprios e exigem que o sujeito ativo tenha o domínio do fato¹¹⁵, como bem descreve Betti¹¹⁶:

Os crimes da Lei 7.492/86 são crimes próprios porque exigem capacidade especial de seu autor, consubstanciada no poder de decisão ao determinar a realização do ilícito. Simples gerentes, que exercem atividades subalternas em agências ou filiais, assalariados modestos, que respondem por parcelas mínimas do conjunto empresarial, não participando das decisões relevantes e de magnitude na vida empresarial, poderão ser sujeitos ativos de outros crimes, previstos no âmbito de sua competência exclusiva, questão de ser examinada em cada caso.

Se não fosse adotada a teoria do domínio do fato no caso de organizações criminosas, os verdadeiros mandantes e organizadores não poderiam ser penalizados a não ser como meros partícipes, pois em geral não praticam a conduta prevista nos tipos penais.

A idéia do legislador é justamente prevenir que aqueles que realmente devam ser apenados de forma mais grave, por se tratar dos verdadeiros mentores do delito, não acabem recebendo pena menor que a do executor do fato, o qual poderia ser qualquer pessoa a quem o mandante – chefe da organização criminosa imporia a ordem para praticar a conduta delituosa.

Nesse sentido, em que pese não ser objeto do presente trabalho descrever todas as condutas típicas relacionadas na Lei 7492/86,

¹¹⁵ Sobre a teoria do domínio do fato vide ROXIN, Claus. *Autoría y dominio del hecho en derecho penal*. 7. ed. Madrid: Marcial Pons.

¹¹⁶ BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil*, p.72.

vale lembrar que, normalmente, quando um crime contra o sistema financeiro nacional vem à tona, verifica-se que não se compõe de uma ação isolada, mas de condutas múltiplas, freqüentes, com o emprego de uma variedade de fraudes, revelando até certo ponto, uma habitualidade e constância de procedimentos.

1.8.3 Do crime de lavagem de dinheiro¹¹⁷ - Lei nº 9613/98

Cumpra observar, de início, que o termo “lavagem”, significa o ato de lavar. Desta forma, emprega-se a expressão “lavagem de dinheiro” no sentido figurado para destacar a limpeza ou branqueamento¹¹⁸ do dinheiro, que sendo “sujo” transmuta-se em “limpo”. Em linhas gerais, é a reciclagem de dinheiro ilegal.

Primeiramente, cumpre esclarecer que a tipificação da lavagem de dinheiro consubstanciada na Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998, mostra-se fruto de compromissos internacionais assumidos pelo Brasil, conforme consta na própria Exposição de Motivos 992, de 18 de dezembro

¹¹⁷ “No Brasil o crime de lavagem de dinheiro é combatido pela Lei n.9613/98, sendo que esta teve seu impulso inicial com a Convenção de Viena, datada de 19 de dezembro de 1988, firmada durante a conferência das Nações Unidas para a adoção de uma política contra o tráfico de estupefacientes e de substâncias psicotrópicas. Os Estados signatários da Convenção assumiram o compromisso de tipificarem como infração penal os comportamentos consistentes na substituição, conversão ou ocultação de bens provenientes do tráfico (art. 3º, § 1º, alínea b, da Convenção)”. BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas*, p. 01.

¹¹⁸ Segundo FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo Aurélio Século XXI*, p.282 “Branqueamento” significa ato ou efeito de tornar branco, alvejar, e, também, limpar. Segundo PITOMBO, Antonio Sérgio A de Moraes. *Lavagem de dinheiro: A tipicidade do crime antecedente*.p.34 “No entanto, o termo branqueamento é pouco usado aqui, o que é motivo suficiente para abandonar a designação lusitana do ‘branqueamento de capitais’ “.

de 1996.¹¹⁹

A sempre marcante presença das características da macrocriminalidade e a reconhecida transnacionalidade desse delito, como consequência da racionalização da atividade dessas organizações criminosas que bem souberam aproveitar do avanço tecnológico e da interligação do sistema econômico-financeiro mundial fez, segundo Pitombo¹²⁰ com que os países identificassem quão relevante seria combater tal espécie de crime de maneira mais uniforme, visando implementar maior cooperação internacional em matéria criminal.

No que tange ao conceito do crime de lavagem de dinheiro, a maioria da doutrina se vale da própria definição dada pelo legislador no art.1º da Lei nº 9.613/98.

Para Callegari¹²¹:

O crime de lavagem consiste na operação financeira ou transação comercial que oculta ou dissimula a incorporação, transitória ou permanente, na economia ou no sistema financeiro do País, de bens, direitos ou valores que, direta ou indiretamente, são resultado ou produto dos seguintes crimes: a) tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; b) terrorismo; c) contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; d) extorsão mediante seqüestro; e) praticados contra a Administração Pública; f) cometidos contra o sistema financeiro nacional; g) praticados por

¹¹⁹ Exposição de Motivos 692, de 18 de dezembro de 1996. *Diário do Senado Federal*, 25.11.97, p.25.671

¹²⁰ PITOMBO, Antonio Sérgio A de Moraes. *Lavagem de dinheiro: A tipicidade do crime antecedente*, p.41

¹²¹ CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*, p. 41.

organizações criminosas.

Barros¹²² ainda ressalta que a característica da internacionalização na lavagem de dinheiro está relacionada com a própria natureza dos bens ou serviços que constituem o objeto do delito, cujo lugar de origem pode encontrar-se a uma distância enorme de seus destinatários finais, como demonstra Callegari¹²³:

A lavagem de dinheiro tem como uma de suas características o fato de ser um delito internacional e assim exigir um tratamento profissionalizado. Daí que as técnicas e procedimentos de lavagem devem ser necessariamente sofisticados no sentido de poderem elidir a ação dos países que os combatem, e devem cambiar e evoluir continuamente na medida em que os organismos encarregados de sua repressão vão identificando e neutralizando as vias já existentes.

Observa-se, ainda, dos ensinamentos do referido autor que a vinculação do crime de lavagem de dinheiro e das organizações criminosas é estreita, pois as características deste delito requerem alguns requisitos que são identificáveis com a estrutura das organizações criminosas, mais precisamente a macrocriminalidade econômica.

¹²² Instrui BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas*, p. 01, que: "Os bens jurídicos que esta lei objetiva tutelar são os sistemas financeiro e econômico do País. Busca-se garantir a mínima segurança das operações e transações de ordem econômico-financeira. A lei também visa impedir a oculta ou dissimulada inserção no mercado, que é regido e se desenvolve segundo a ordem vigente, de dinheiro, bens e direitos provenientes de alguns crimes graves que são costumeiramente praticados pelos criminosos ou por associações criminosas organizadas. Em suma, este novo diploma foi ditado com a nítida intenção de prevenir a utilização dos sistemas financeiro e econômico do País para fins ilícitos, sobretudo com o propósito de impedir a legalização do patrimônio de origem criminosa, isto é, do produto ou resultado dos crimes antecedentes nela especificados".

¹²³ CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*, p. 39.

1.8.3.1 Características do crime de lavagem de dinheiro

Conforme ficou registrado no item anterior, do conceito dado pelo próprio legislador, a configuração dos crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores pressupõe a existência de outros, visto que o crime de lavagem deriva, necessariamente, de outro delito.

Neste sentido, qualquer um dos crimes antecedentes que forem relacionados nos itens posteriores são considerados primários ou básicos, em relação ao crime de lavagem que é acessório, secundário ou derivado.

No entender de Barros¹²⁴:

Uma das características principais dos lavadores é a sua facilidade de adaptação às novas situações e a rapidez no desenvolvimento de novos métodos, permitindo que se alcance em certas ocasiões um alto grau de sofisticação nas operações realizadas. Outrossim, os crimes de lavagem são mistos e alternativos. Se o agente realiza mais de uma das condutas alternativamente incriminadas, como a dissimulação da localização, movimentação e propriedade dos bens, direitos ou valores provenientes dos crimes básicos, responde por um único crime.

Callegari¹²⁵ sustenta:

¹²⁴ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas*, p. 32.

¹²⁵ CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*, p. 45.

Como característica do delito de lavagem de dinheiro, a conexão existente entre as diversas redes criminais, já que as modernas estruturas criminais não atuam de forma isolada. Um dos exemplos do vínculo entre as redes criminais está representado pela intensa relação entre o mercado de drogas e o tráfico ilegal de armas, o que significa uma simbiose entre ambas as organizações que compartilham pessoal, meios e lutas.

O elemento subjetivo destes crimes é o dolo¹²⁶. Não se pune a lavagem culposa¹²⁷. Quanto ao momento consumativo, o crime de lavagem de dinheiro é considerado como sendo crime permanente¹²⁸.

Para Pitombo¹²⁹

Partindo-se de uma perspectiva do tipo, fundada na noção *nullum crimen sine actione*¹³⁰, deve-se ter em mente que a lavagem de dinheiro apresenta-se como atividade, quer dizer, realização de atos concatenados no tempo e no

¹²⁶ Segundo CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal* p.198: “Dolo é a vontade e a consciência de realizar os elementos constantes do tipo legal. Mais amplamente, é a vontade manifestada pela pessoa humana de realizar a conduta.”

¹²⁷ Segundo CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal* p.205: “Culpa é o elemento normativo da conduta dos crimes culposos. A culpa é assim chamada porque sua verificação necessita de um prévio juízo de valor, sem o qual não se sabe se ela está ou não presente. Com efeito, há que se verificar se no caso concreto houve previsibilidade do resultado e, se o agente agiu com negligência, imprudência ou imperícia.[...] O crime culposo é excepcional e exige que o tipo contenha expressamente sua previsão, caso contrário, aquele crime só será punido à título de dolo”.

¹²⁸ Segundo CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal* p.263: “Crime permanente é aquele cujo momento consumativo se protraí no tempo, e o bem jurídico é continuamente agredido. A sua característica reside em que a cessação da situação ilícita depende apenas da vontade do agente.”

¹²⁹ PITOMBO, Antonio Sérgio A de Moraes. *Lavagem de dinheiro: A tipicidade do crime antecedente*, p.36

¹³⁰ Não há crime sem ação.

espaço, objetivando seja atingida determinada finalidade. Essas ações encadeadas são a ocultação, a dissimulação e a integração.

Sobre as etapas do crime de lavagem de dinheiro, no mesmo sentido afirma Barros¹³¹ :

A inclusão do dinheiro sujo no sistema financeiro; a ocultação da efetiva origem e referência disto; e, por fim, o reinvestimento, como dinheiro aparentemente limpo e insuspeito. Estas fases concretizam-se por variáveis e múltiplos métodos.

Maia¹³² detalha:

Na ocultação, busca-se escamotear a origem ilícita, com a separação física entre o agente e o produto do crime anterior. Para exemplificar, é feito o fracionamento do capital, obtido com a infração penal, e, depois, pequenos depósitos bancários que não chamam a atenção pela insignificância dos valores e escapam às normas administrativas de controle, impostas às instituições financeiras (art.10, II, combinado com o art.11, II, a, da Lei 9613/98). Dissimular a procedência ilegal mostra-se outro passo no processo de lavagem. Realiza-se série de negócios ou operações financeiras, uns seguidos dos outros, para disfarçar de vez a origem criminosa. Por hipótese, enviam-se os valores, "via cabo" (*wire transfer*), para empresa, no exterior, que os repassa em cheques de viagem ao portador, cuja troca se realiza num terceiro país. A integração, última etapa da lavagem, constitui-se no emprego dos bens, com aparência de legítimos, no sistema

¹³¹ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas: análise sistemática da lei n. 9613, de 3 de março de 1998*, p. 48.

¹³² MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*, p.37

produtivo, por intermédio da criação, aquisição e/ou investimento em negócios lícitos ou pela simples compra de bens.

Segundo Pitombo¹³³ há centenas de maneiras de fazer a integração, sendo o mercado financeiro, o ramo imobiliário, o comércio de artes e antiguidades alguns dos setores da economia que recebem a preferência dos lavadores (art.9º da Lei nº 9.613/98)¹³⁴

O crime de lavagem de dinheiro, portanto, possui algumas fases típicas, as quais podem ser sintetizadas em três momentos fundamentais e comuns.

1.8.3.2 Os chamados crimes antecedentes e suas imprecisões (Com as alterações da Lei 10.467, de 11.06.2002, e da Lei 10.701, de 09.07.2003)

Conforme se pode observar do artigo 1º¹³⁵, da Lei n.

¹³³ PITOMBO, Antonio Sérgio A de Moraes. *Lavagem de dinheiro: A tipicidade do crime antecedente*, p.37

¹³⁴ O Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), criado pelo art.14 da Lei nº 9.613/98, baixou instruções para variados setores econômicos, por meio de Resoluções: Resolução COAF 1, de 13.04.1999, Resolução COAF 2, de 13.04.1999, Resolução COAF 3, de 02.06.1999, Resolução COAF 4, de 02.06.1999, Resolução COAF 5, de 02.07.1999, Resolução COAF 6, de 02.07.1999, Resolução COAF 7, de 15.09.1999, e Resolução COAF 8, de 15.09.1999.

¹³⁵ Lei 9613/98 – Art.1º: Art. 1º Ocultar ou dissimular a natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade de bens, direitos ou valores provenientes, direta ou indiretamente, de crime I - de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins; II - de terrorismo e seu financiamento; (Redação dada pela Lei nº 10.701, de 9.7.2003)III - de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção; IV - de extorsão mediante seqüestro; V - contra a Administração Pública, inclusive a exigência, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, de qualquer vantagem, como condição ou preço para a prática ou omissão de atos administrativos; VI - contra o sistema financeiro nacional; VII - praticado por organização criminosa. VIII - praticado por particular contra a administração pública estrangeira (arts. 337-B, 337-C e 337-D do Decreto-Lei no 2.848, de 7 de dezembro de 1940

9.613/98, a lavagem de dinheiro decorre de crimes anteriores, quais sejam: tráfico de drogas; terrorismo; contrabando ou tráfico de armas; extorsão mediante seqüestro; crimes contra a administração pública; contra o sistema financeiro e os crimes praticados pelas organizações criminosas.

Inicialmente, no elenco dos crimes antecedentes dos quais derivam os crimes de lavagem ou ocultação, inserto no inciso I, está o crime de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins que no Brasil, atualmente, é disciplinado no art.33¹³⁶ da Lei nº 11.343 de 23 de

- Código Penal). (Inciso incluído pela Lei nº 10.467, de 11.6.2002) Pena: reclusão de três a dez anos e multa.
 § 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: I - os converte em ativos lícitos; II - os adquire, recebe, troca, negocia, dá ou recebe em garantia, guarda, tem em depósito, movimenta ou transfere; III - importa ou exporta bens com valores não correspondentes aos verdadeiros. § 2º Incorre, ainda, na mesma pena quem: I - utiliza, na atividade econômica ou financeira, bens, direitos ou valores que sabe serem provenientes de qualquer dos crimes antecedentes referidos neste artigo; II - participa de grupo, associação ou escritório tendo conhecimento de que sua atividade principal ou secundária é dirigida à prática de crimes previstos nesta Lei. § 3º A tentativa é punida nos termos do parágrafo único do art. 14 do Código Penal. § 4º A pena será aumentada de um a dois terços, nos casos previstos nos incisos I a VI do caput deste artigo, se o crime for cometido de forma habitual ou por intermédio de organização criminosa. § 5º A pena será reduzida de um a dois terços e começará a ser cumprida em regime aberto, podendo o juiz deixar de aplicá-la ou substituí-la por pena restritiva de direitos, se o autor, co-autor ou partícipe colaborar espontaneamente com as autoridades, prestando esclarecimentos que conduzam à apuração das infrações penais e de sua autoria ou à localização dos bens, direitos ou valores objeto do crime.

¹³⁶ Lei 11.343/06 - Art.33: Importar, exportar, remeter, preparar, produzir, fabricar, adquirir, vender, expor à venda, oferecer, ter em depósito, transportar, trazer consigo, guardar, prescrever, ministrar, entregar a consumo ou fornecer drogas, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar: Pena - reclusão de 5 (cinco) a 15 (quinze) anos e pagamento de 500 (quinhentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa.
 § 1º Nas mesmas penas incorre quem:
 I - importa, exporta, remete, produz, fabrica, adquire, vende, expõe à venda, oferece, fornece, tem em depósito, transporta, traz consigo ou guarda, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, matéria-prima, insumo ou produto químico destinado à preparação de drogas;
 II - semeia, cultiva ou faz a colheita, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, de plantas que se constituam em matéria-prima para a preparação de drogas;
 III - utiliza local ou bem de qualquer natureza de que tem a propriedade, posse, administração, guarda ou vigilância, ou consente que outrem dele se utilize, ainda que gratuitamente, sem autorização ou em desacordo com determinação legal ou regulamentar, para o tráfico ilícito de drogas.
 § 2º Induzir, instigar ou auxiliar alguém ao uso indevido de droga:
 Pena - detenção, de 1 (um) a 3 (três) anos, e multa de 100 (cem) a 300 (trezentos) dias-multa.
 § 3º Oferecer droga, eventualmente e sem objetivo de lucro, a pessoa de seu relacionamento, para juntos a consumirem:
 Pena - detenção, de 6 (seis) meses a 1 (um) ano, e pagamento de 700 (setecentos) a 1.500 (mil e quinhentos) dias-multa, sem prejuízo das penas previstas no art. 28.

agosto de 2006, infração penal, que, segundo Pitombo¹³⁷ impulsionou os acordos internacionais atinentes à lavagem de dinheiro.

No que se refere a este crime ser considerado antecedente do de lavagem de dinheiro, comenta Barros¹³⁸ que:

Tudo aquilo que for proveniente do tráfico – bens, direitos ou valores – quando postos em circulação no mercado financeiro ou econômico, desde que se oculte essa origem ilícita dará vez ao surgimento da lavagem. Sem dúvida, a raiz marcante dos crimes de lavagem é o narcotráfico.

Da mesma forma ocorre com o terrorismo, previsto no inciso II, mas, embora a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 em seu art.5º, inciso XLIII¹³⁹ e também a lei que dispõe sobre crimes hediondos, Lei n. 8.072/90¹⁴⁰, façam menção ao crime de terrorismo, em nenhuma delas encontra-se a definição.

Há ainda outra breve referência ao terrorismo na Lei nº 7.170/83 em seu artº20¹⁴¹, lei que define os crimes contra a segurança

§ 4º Nos delitos definidos no caput e no § 1º deste artigo, as penas poderão ser reduzidas de um sexto a dois terços, vedada a conversão em penas restritivas de direitos, desde que o agente seja primário, de bons antecedentes, não se dedique às atividades criminosas nem integre organização criminosa.

¹³⁷ PITOMBO, Antonio Sérgio A de Moraes. *Lavagem de dinheiro: A tipicidade do crime antecedente*, p.112

¹³⁸ BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas: análise sistemática da lei n. 9613, de 3 de março de 1998*, p.10.

¹³⁹ Constituição Federal - Art.5º, inciso XLIII: *a lei considerará crimes inafiançáveis e insuscetíveis de graça ou anistia a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, o terrorismo e os definidos como crimes hediondos, por eles respondendo os mandantes, os executores e os que, podendo evitá-los, se omitirem.*

¹⁴⁰ Lei 8072/90 – Art.2º: *Os crimes hediondos, a prática da tortura, o tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins e o terrorismo são insuscetíveis de: I – anistia, graça e indulto; II – fiança e liberdade provisória.[...]*

¹⁴¹ Lei 7170/83 - Art. 20 - *Devastar, saquear, extorquir, roubar, seqüestrar, manter em cárcere privado, incendiar, depredar, provocar explosão, praticar atentado pessoal ou atos de terrorismo, por inconformismo político ou para obtenção de fundos*

nacional, e contra a ordem política social. Nesta, o legislador faz alusão a atos de terrorismo e não ao crime de terrorismo. Mas também não identifica quais seriam estes atos de terrorismo.

E, nas palavras de Pitombo¹⁴², a expressão “e seu financiamento”, inserida pela Lei 10.701/03, em nada alterou a indefinição legal do terrorismo, nem ampliou, por ora, a aplicação do dispositivo e em acatamento ao princípio da reserva legal, inserto no art.5º, inciso XXXIX¹⁴³, da Constituição Federal, combinado com o art.1º ¹⁴⁴do Código Penal, conclui-se que essa lacuna inviabiliza a configuração do crime de lavagem derivado do terrorismo.

E nas palavras de Falconi¹⁴⁵:

Haveremos sempre de pensar no que representa a RESERVA LEGAL para os direitos e garantias individuais. Não se poderia falar em democracia sem liberdade. Não se poderia pensar em liberdade sem o princípio do *NULLUM CRIMEN, NULLA POENA SINE LEGE*.

Crucial se torna admitir que por não ter sido adjetivada a expressão, ou seja, por não ter o legislador empregado a locução “ou outros atos de terrorismo”, não se pode aceitar que as demais condutas configurem o crime de terrorismo, embora possa parecer óbvio que comportamentos daquela natureza identificam-se como atos de

destinados à manutenção de organizações políticas clandestinas ou subversivas. Pena: reclusão, de 3 a 10 anos. Parágrafo único - Se do fato resulta lesão corporal grave, a pena aumenta-se até o dobro; se resulta morte, aumenta-se até o triplo.

¹⁴² PITOMBO, Antonio Sérgio A de Moraes. *Lavagem de dinheiro: A tipicidade do crime antecedente*, p.113

¹⁴³ Constituição Federal , Art.5º, inciso XXXIX: *não há crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal*

¹⁴⁴ Art.1º do Código Penal: *Não há crime sem lei anterior que o defina. Não há pena sem prévia cominação legal.*

¹⁴⁵ FALCONI, Romeu. *Lineamentos de Direito Penal.*, p.119

terrorismo.

Por sua vez, o inciso III do art.1º da Lei 9.613/98, menciona o contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado à sua produção.

A referência encontra respaldo direto nas previsões da Lei nº 10.826/03¹⁴⁶, o Estatuto do Desarmamento.

O inciso IV refere-se ao crime de extorsão mediante seqüestro, relacionando-se diretamente com a previsão do Código Penal, em seu artigo 159, *caput*¹⁴⁷.

Observa-se, desde logo, ser um dos crimes mais graves da legislação penal brasileira, em razão da quantidade da pena mínima fixada, tratando-se, por outro lado, também, de crime considerado hediondo pela Lei nº 8072/90m, em seu art.1º, inciso IV¹⁴⁸. Sendo crime complexo, visa proteger a liberdade individual de locomoção e também

¹⁴⁶ Lei 10.826/03 – Art.17: *Adquirir, alugar, receber, transportar, conduzir, ocultar, ter em depósito, desmontar, montar, remontar, adulterar, vender, expor à venda, ou de qualquer forma utilizar, em proveito próprio ou alheio, no exercício de atividade comercial ou industrial, arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização em desacordo com determinação legal ou regulamentar; pena- reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. Art.18: Importar, exportar, favorecer a entrada ou saída do território nacional, a qualquer título, de arma de fogo, acessório ou munição, sem autorização da autoridade competente: pena – reclusão de 4 (quatro) a 8 (oito) anos, e multa. Sendo ambas modalidades de “tráfico” – comercialização ilegal -, entende-se que, enquanto na forma do artigo 17 as condutas ocorrem dentro do território nacional, na forma do artigo 18, com conduta “de” ou “para” o exterior. Na primeira, a competência é das justiças estaduais, e no segundo caso da justiça federal.*

¹⁴⁷ Código Penal – Art.159 '*caput*': *Seqüestrar pessoa com o fim de obter, para si ou para outrem, qualquer vantagem, como condição ou preço do resgate: pena – reclusão, de 8 (oito) a 15 (quinze) anos.*

¹⁴⁸ Lei 8072/90 – Art.1º: *São considerados hediondos os seguintes crimes, todos tipificados no Decreto-Lei nº 2848, de 07 de dezembro de 1940 – Código Penal, consumados ou tentados: [...] inciso IV – extorsão mediante seqüestro e na forma qualificada (art.159, caput e §§ 1º, 2º e 3º)*

o patrimônio.

E, segundo Mendroni¹⁴⁹

Para viabilizar melhor combate a essa repugnante ação criminosa, o legislador reforçou-a com o *plus* da possibilidade de punição, também pela prática de crime de lavagem do dinheiro obtido em decorrência do resgate (exaurimento do crime de extorsão mediante seqüestro), estabelecendo assim, mecanismo mais eficiente à disposição dos órgãos de persecução.

Como crime antecedente, também prevê o art.1º da Lei 9613/98, em seu mal redigido inciso V¹⁵⁰, e de maneira genérica, aquele praticado contra a administração pública.

Sendo, segundo Mendroni¹⁵¹, os crimes de maior proporção numérica de obtenção de ganhos destinados à lavagem, não poderiam deixar de estar previstos. Tais crimes envolvem metade de todo o dinheiro lavado no Brasil. Como visto, é situação visivelmente prejudicial à pretensão de um país em desenvolvimento, de galgar posição mais elevada no *ranking* dos países desenvolvidos no mundo.

Para Quaglia, representante da ONU, citado por Mendroni ¹⁵²:

A corrupção causa uma sangria grande nas reservas de países em desenvolvimento, como o Brasil, e afeta o

¹⁴⁹ MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. p.44

¹⁵⁰ Neste sentido: MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. p.44; BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro*. p.20; MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de dinheiro*. p.19

¹⁵¹ MENDRONI, Marcleo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. p.45

¹⁵² QUAGLIA, Giovanni. *Diário Popular*. Pelotas, 02 de setembro de 2004 in MENDRONI, Marcleo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro*. p.45

crescimento da economia. No caso brasileiro, os danos econômicos causados pelo crime estão mais para 5% do que para 2% do produto interno bruto. Há um consenso na comunidade internacional de que, para um país se desenvolver, precisa combater o crime organizado de todas as formas, porque ele tem impacto direto sobre o desenvolvimento econômico e social.

Pode-se concluir dos pensamentos acima expostos que um Estado corrupto não consegue encontrar campo fértil para o seu desenvolvimento.

O inciso VI refere-se aos crimes contra o sistema financeiro nacional. Delitos já abordados neste trabalho no item 1.6.2

Refere-se, ainda, a Lei 9613/98, no inciso VII do art.1º à crimes praticados por organizações criminosas.

Como já visto no item 1.5 do presente trabalho, através do Decreto nº 5015, de 12 de março de 2004, que promulgou a Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional, e que foi definido o que seja "*Grupo Criminoso Organizado*", especificando que:

Para efeitos da presente Convenção, entende-se por: a) Grupo criminoso organizado" – grupo estruturado de três ou mais pessoas, existente há algum tempo e atuando concertadamente com o propósito de cometer uma ou mais infrações graves ou enunciadas na presente Convenção, com a intenção de obter, direta ou indiretamente, um benefício econômico ou outro benefício material¹⁵³

A exemplo dos casos de terrorismo, antes desse Decreto,

não existia na legislação brasileira qualquer definição de “organização criminosa”, ou mesmo de “crime organizado”, nem a própria Lei nº 9034/95 que trata do crime organizado, trouxe sua definição.

O que sempre houve, na verdade, era a tipificação do crime de quadrilha ou bando no art.288 ¹⁵⁴do Código Penal, o que segundo alguns, bastava para configurar como crime antecedente, desde que a conduta se enquadrasse nesse dispositivo.¹⁵⁵

Até o advento do Decreto 5015, a imprecisão legislativa do termo “organização criminosa”, acarretava na impossibilidade se falar em crime organizado antecedente à lavagem de dinheiro, principalmente em respeito ao princípio da reserva legal.¹⁵⁶

Por fim, prevê o derradeiro inciso VIII, o crime praticado por particular contra a administração pública estrangeira, incluído por meio da Lei nº 10.467/02.

Na referida lei, tipificou-se a corrupção ativa em transação comercial internacional, o tráfico de influência em transação comercial internacional e definiu-se o que seja funcionário público estrangeiro¹⁵⁷.

¹⁵³ Vide nota 81.

¹⁵⁴ Código Penal – 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. § único: A pena aplica-se em dobro, se a quadrilha ou bando é armado.*

¹⁵⁵ Nesse sentido, MENDRONI, Marcleo Batlouni. *Crime de lavagem de dinheiro.*

¹⁵⁶ Compartilhava desse entendimento PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro. A tipicidade do crime antecedente.* p.117;

¹⁵⁷ *Corrupção ativa em transação comercial internacional Art. 337-B. Prometer, oferecer ou dar, direta ou indiretamente, vantagem indevida a funcionário público estrangeiro, ou a terceira pessoa, para determiná-lo a praticar, omitir ou retardar ato de ofício relacionado à transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço), se, em razão da vantagem ou promessa, o funcionário público estrangeiro retarda ou omite o ato de ofício, ou o pratica infringindo dever funcional Tráfico de influência em transação*

Segundo Pitombo¹⁵⁸

Referidas alterações legislativas, ao que tudo indica, satisfazem interesses de reciprocidade e cooperação, em matéria penal, entre os Estados Unidos da América e o Brasil, porque concretizam a definição jurídico-penal, no direito pátrio, das conhecidas disposições legais do *FCPA – Foreign Corrupt Practices Act*.

É dispositivo recentemente inserido no texto da lei, que visa coibir, especialmente, a prática de processamento de lavagem de fundos contrariamente aos dispositivos legais e regulamentares das administrações públicas estrangeiras, buscando fechar ainda mais as possibilidades de sua operacionalização a partir de critérios proibidos de outros países

Após abordar as características da macrocriminalidade, bem como alguns dos macrocrimes mais conhecidos no ordenamento jurídico passa-se ao estudo, no próximo capítulo, dos direitos fundamentais e sua relatividade para que se possa, no derradeiro capítulo, associar a apuração dos macrocrimes com as restrições aos direitos fundamentais observadas na investigação criminal, as quais

comercial internacional Art. 337-C. Solicitar, exigir, cobrar ou obter, para si ou para outrem, direta ou indiretamente, vantagem ou promessa de vantagem a pretexto de influir em ato praticado por funcionário público estrangeiro no exercício de suas funções, relacionado a transação comercial internacional: Pena – reclusão, de 2 (dois) a 5 (cinco) anos, e multa. Parágrafo único. A pena é aumentada da metade, se o agente alega ou insinua que a vantagem é também destinada a funcionário estrangeiro Funcionário público estrangeiro Art. 337-D. Considera-se funcionário público estrangeiro, para os efeitos penais, quem, ainda que transitoriamente ou sem remuneração, exerce cargo, emprego ou função pública em entidades estatais ou em representações diplomáticas de país estrangeiro. Parágrafo único. Equipara-se a funcionário público estrangeiro quem exerce cargo, emprego ou função em empresas controladas, diretamente ou indiretamente, pelo Poder Público de país estrangeiro ou em organizações públicas internacionais.

¹⁵⁸ PITOMBO, Sérgio Antonio A de Moraes. *Lavagem de dinheiro. A tipicidade do crime antecedente*. p.117

devem sempre estar amparados pelo princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO 2

OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E A SUA RELATIVIDADE

2.1 NOTA INTRODUTÓRIA

Para se atingir o objetivo da presente pesquisa, qual seja, discorrer acerca das restrições aos direitos fundamentais que ocorrem na apuração dos macrocrimes econômicos, é importante expor que tais restrições não ocorrem à livre disposição do legislador, que há de fundar-se em valores, explícita ou implicitamente, contidos no texto da Constituição, bem como também está obrigado a respeitar o núcleo essencial desses direitos.

O estudo prévio da gênese dos direitos fundamentais, com sua evolução, características e formas de classificação, aliado à análise da perspectiva principiológica dos direitos fundamentais, torna-se imperativo para se discorrer acerca dos Direitos à Intimidade e Privacidade, os quais se traduzem nas garantias às diversas modalidades de inviolabilidade.

2.2 EVOLUÇÃO HISTÓRICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Inicia-se o estudo acerca dos direitos fundamentais

com a compreensão do processo de constitucionalização desses direitos através de sua evolução histórica.

Poder-se-ia estabelecer como marco inicial dos direitos fundamentais a Magna Carta Inglesa (1215), levando à inserção (dos direitos fundamentais) nos textos constitucionais dos Estados modernos ocidentais, consolidando o rumo trilhado pelas vertentes do direito. Todavia, Carl Schmitt¹⁵⁹ admite que a verdadeira Constituição liberal, onde realmente foram positivados os direitos fundamentais, surgiu com a declaração dos Estados americanos no século XVIII, iniciadas pela declaração do Estado de Virgínia, de 12 de junho de 1776.

Da mesma forma, para Canotilho¹⁶⁰, os direitos fundamentais deslocaram-se em direção ao campo da positivação ou constitucionalização, a partir da Declaração de Direitos da Virgínia (1776) e a da Declaração de Direitos do Homem e do Cidadão (1789), por ocasião da Revolução Francesa.

Sarlet¹⁶¹ também relembra que a história dos direitos fundamentais é também uma história que desemboca no surgimento do moderno Estado constitucional, cuja essência e razão de ser residem justamente no reconhecimento e na proteção da dignidade da pessoa humana e dos direitos fundamentais do homem.

2.3 TEORIAS ACERCA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

¹⁵⁹ SCHMITT, Carl. *Teoría de la Constitución*. Madrid: Alianza Universidad Textos, 1996. p. 164.

¹⁶⁰CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito constitucional e teoria da constituição*. p. 356.

¹⁶¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Eficácia dos direitos fundamentais*, p.39

Os direitos fundamentais surgiram como produto da fusão de várias fontes, desde tradições arraigadas nas diversas civilizações, até a conjugação dos pensamentos filosóficos-jurídicos mais remotos.

Da pesquisa realizada, constata-se que inúmeras teorias surgiram e foram desenvolvidas para justificar e esclarecer as bases dos direitos fundamentais, dentre elas pode-se destacar, sucintamente, três: a teoria jusnaturalista, a teoria positivista e a teoria moralista.

A primeira, denominada teoria jusnaturalista, conceitua os direitos fundamentais numa ordem superior universal, imutável e inderrogável. Esta teoria propugna que os direitos humanos fundamentais não são criação dos legisladores, tribunais ou juristas, mas nem por isso podem desaparecer da consciência humana.

Já a teoria positivista, ao contrário, coloca a existência dos direitos fundamentais na ordem normativa, ou seja, como legítima manifestação da soberania popular. E, assim, seriam os direitos fundamentais considerados aqueles expressamente previstos no ordenamento jurídico positivo.

Por sua vez, a teoria moralista tem como base dos direitos fundamentais a experiência e a consciência moral de um determinado povo, que acaba por estabelecer um espírito fundamentado na razão, ou seja, uma consciência social que reconhece e aceita a existência de um rol de direitos dessa natureza.

Há que se frisar, por oportuno, que estas três idéias possuem pontos em comum, isto é, a necessidade de limitação e controle dos abusos de poder do próprio Estado e de suas autoridades constituídas e a consagração dos princípios básicos da igualdade e liberdade como princípios regedores do Estado Democrático de Direito contemporâneo.

Nesse sentido explica Bonavides¹²⁸ :

A idéia de um rol de direitos, considerados como fundamentais do indivíduo, inseridos numa Constituição escrita é contemporânea do movimento liberal e do constitucionalismo do século XVIII. Sendo que esses direitos, num primeiro momento revestem-se de caráter eminentemente individualista, têm a finalidade de proteger o indivíduo do abuso da autoridade estatal, uma vez que a atuação decorrente do exercício desta na sociedade acarreta restrições à liberdade individual. Os direitos fundamentais dessa forma positivados na Constituição, passam a ser uma das características do Estado de Direito. Dessa forma, mesmo reconhecidos pela ordem estatal não é possível retirar o caráter universal dos direitos fundamentais. A vinculação essencial dos direitos fundamentais à liberdade e à dignidade humana, enquanto valores históricos e filosóficos, conduzem sem óbices ao significado de uma universalidade inerente a esses direitos como ideal da pessoa humana.

Do exposto, é possível afirmar, através das teorias supra citadas, que os direitos e garantias fundamentais podem ser entendidos como o conjunto institucionalizado de direitos e garantias do ser humano.

2.4 OS DIREITOS FUNDAMENTAIS E SUA DISTINÇÃO DA EXPRESSÃO “DIREITOS HUMANOS”

Conceituar direitos fundamentais é uma tarefa árdua para a doutrina mas, sendo direitos e garantias do ser humano, há consenso que os direitos fundamentais têm como finalidade primeira o

respeito à dignidade da pessoa humana através de sua proteção contra o arbítrio do poder estatal e o estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana.

Para Sarlet ¹⁶² há uma problemática de delimitação conceitual e de definição na seara terminológica dos direitos fundamentais porque, não raro, são confundidos como sendo sinônimos de "Direitos Humanos" e nesse sentido elucida:

Em que pese sejam ambos os termos ('direitos humanos' e 'direitos fundamentais') comumente utilizados como sinônimos, a explicação corriqueira e, diga-se de passagem, procedente para a distinção é de que o termo 'direitos fundamentais' se aplica para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional positivo de determinado Estado, ao passo que a expressão 'direitos humanos' guardaria relação com os documentos de direito internacional, por referir-se àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente de sua vinculação com determinada ordem constitucional, e que, portanto, aspiram à validade universal, para todos os povos e tempos, de tal sorte que revelam um inequívoco caráter supranacional (internacional).

E no tocante à efetiva aplicação e proteção assim explica:¹⁶³

Além disso, importa considerar a relevante distinção quanto ao grau de efetiva aplicação e proteção das normas

¹⁶² SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.35-36

¹⁶³ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*, p.40

consagradoras dos direitos fundamentais (direito interno) e dos direitos humanos (direito internacional), sendo desnecessário aprofundar, aqui, a idéia de que os primeiros que - ao menos em regra - atingem (ou, pelo menos, estão em melhores condições para isto) o maior grau de efetivação, particularmente em face da existência de instâncias (especialmente as judiciárias) dotadas do poder de fazer respeitar e realizar estes direitos.

Schäfer¹⁶⁴ também defende que a expressão direitos fundamentais não pode ser confundida com direitos humanos:

A expressão direitos fundamentais deve ser reservada para aqueles direitos do ser humano reconhecidos e positivados na esfera do direito constitucional estatal, enquanto o termo direitos humanos guarda relação com os documentos de direito internacional, por se referir àquelas posições jurídicas que se reconhecem ao ser humano como tal, independentemente com sua vinculação com determinada ordem constitucional, aspirando, dessa forma, à validade universal, para todos os povos e tempos, revelando um inquestionável caráter supranacional (internacional).

Sob este enfoque, vislumbra-se que a estrutura dos direitos fundamentais encobre uma estrutura complexa de normas, garantidoras de direitos subjetivos e impositiva de deveres objetivos, cumprindo uma função de *direitos de defesa dos cidadãos* sob uma dupla perspectiva: a) constituem normas de competência negativa para os poderes públicos, proibindo fundamentalmente as ingerências destes na esfera jurídica individual; b) implicam, num plano jurídico-subjetivo, o poder de exercer positivamente direitos fundamentais (liberdade positiva)

e de exigir omissões dos poderes públicos, de forma a evitar agressões lesivas por parte dos mesmos (liberdade negativa).

Os direitos fundamentais são considerados como direitos subjetivos, ou seja, posições jurídicas ocupadas pelo indivíduo de fazer valer sua pretensão frente ao Estado (reforçando o direito a que o Estado não elimine determinadas posições jurídicas do titular do direito).

Infere-se, a partir daí que os direitos fundamentais em sentido formal podem ser identificados como aquelas posições jurídicas da pessoa humana – em suas diversas dimensões (individual, coletiva ou social) – que, por decisão expressa do legislador constituinte, foram consagradas no catálogo dos direitos fundamentais.

Ademais, utiliza-se a expressão *garantias dos direitos fundamentais* para significar os mecanismos jurídicos que dão estabilidade ao ordenamento constitucional e estabelecem preceitos para a integridade de seu valor normativo¹⁶⁵.

É o caso, por exemplo, da garantia constitucional da inviolabilidade prevista no art.5º, inciso XII da Constituição Federal, que contempla o direito fundamental à intimidade.

2.5 CONCEPÇÕES ACERCA DO ESTUDO E CLASSIFICAÇÃO DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Em que pese não ser alvo da presente pesquisa, impõe-se breve digressão concernente às dimensões, gerações e outras formas de estudo e classificação dos direitos fundamentais.

¹⁶⁴ SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*, p. 26.

¹⁶⁵ SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*, p. 44.

Os direitos fundamentais podem ser estudados e concebidos das mais diferentes formas. Dentre essas formas, pode-se estudar os referidos direitos dividindo-os em dimensões, como o faz Robert Alexy¹⁶⁶, Konrad Hesse¹⁶⁷ e entre nós, Willis Santiago Guerra Filho¹⁶⁸, sob a forma de gerações, como o faz Paulo Bonavides¹⁶⁹, Norberto Bobbio¹⁷⁰, classificar e estudar conforme são arrolados na Constituição, como entende José Afonso da Silva¹⁷¹ e, por fim, analisar a dupla dimensão, subjetiva e objetiva, dos direitos fundamentais.

2.5.1 As dimensões dos direitos

Os direitos fundamentais podem ser estudados com projeções multidimensionais, sendo essa uma característica do modelo epistemológico mais adequado, segundo propõe Robert Alexy¹⁷². O referido modelo é tridimensional, podendo ser visto como uma tentativa de conciliar três das principais correntes do pensamento jurídico, a saber,

¹⁶⁶ *Habilitationschrift*. Tese de livre docência versando sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, como apoio em seu mestre, Ralf Dreier. Apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade, in dos direitos humanos aos direitos fundamentais..* p. 11-12.

¹⁶⁷ HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal Alemã*.

¹⁶⁸ GUERRA Fº, Willis Santiago. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. p.38-39

¹⁶⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p. 514-524

¹⁷⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. p. 4-7

¹⁷¹ SILVA, José Afonso. *Curso de direito constitucional positivo*. p.95-467

¹⁷² *Habilitationschrift*. Tese de livre docência versando sobre a Teoria dos Direitos Fundamentais, como apoio em seu mestre, Ralf Dreier. Apud GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade, in dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. p. 11-12.

¹⁴³ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade, in Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 1997, p. 11-12.

o positivismo normativista, o positivismo sociológico ou realismo, e o jusnaturalismo¹⁷³.

Dessa forma, tem-se (a) "dimensão analítica", (b) "dimensão empírica" e (c) "dimensão normativa".

A primeira dimensão em que os estudos jurídicos devem ser realizados, é a dimensão analítica, donde se tem um aperfeiçoamento conceitual a ser utilizado na investigação, num trabalho de diferenciação entre as várias figuras e institutos jurídicos localizados em nossa área de estudo¹⁷⁴.

Na segunda dimensão, denominada empírica, toma-se como instrumento de estudo, amostras palpáveis do direito, ou seja, como determinadas manifestações concretas do direito, tal como se apresentam nas leis, normas do gênero e principalmente na jurisprudência¹⁷⁵.

Por fim, a terceira dimensão que se denomina normativa, segundo a doutrina de Guerra Filho¹⁷⁶ é aquela em que a teoria assume o papel prático e deontológico que lhe está reservado, no campo do direito, tornando-se o que com maior propriedade se chamaria doutrina, por ser uma manifestação de poder, apoiada em um saber, com o compromisso de complementar e ampliar, de modo compatível com suas matrizes ideológicas, a ordem jurídica estudada.

E o mesmo autor¹⁷⁷ sustenta que falar em dimensões é

¹⁷⁴ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. p. 97

¹⁷⁵ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. p. 98

¹⁷⁶ GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Teoria processual da constituição*. p.98

¹⁷⁷GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*. In *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. p.13

melhor do que gerações de direitos fundamentais, onde não se justifica apenas pelo preciosismo de que as gerações anteriores não desaparecem com o surgimento das mais novas.

É que os direitos gestados numa geração ganham outra dimensão com o surgimento de uma geração sucessiva. Dessa forma, os direitos da geração posterior se transformam em pressupostos para a compreensão e realização dos direitos da geração anterior.

2.5.2 As gerações de direitos

Sobre a perspectiva de gerações de direitos, colaciona-se a lição de Bonavides ¹⁷⁸, o qual bem sintetiza ao estabelecer quatro categorias que lhe são aplicáveis:

Direitos fundamentais da primeira geração: são os direitos da liberdade e têm por titular o indivíduo e são oponíveis ao Estado. Trata-se de uma relação de exclusão, em que o Estado não pode interferir na condição jurídica do indivíduo. São também denominados "direitos negativos", justamente por priorizarem a omissão do Estado enquanto elemento caracterizador. Exemplos: direito à liberdade; direito à propriedade.

Direitos fundamentais de segunda geração: são os direitos sociais, culturais e econômicos, em que o Estado assume uma indiscutível função promocional, não mais sendo suficiente sua abstenção relativamente ao indivíduo, caracterizando-se com o advento do Estado Contemporâneo, este entendido como a formação política

¹⁷⁸ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional.*, p.426

surgida na segunda década do presente século: em 1917, com a Constituição Mexicana, e, em 1919, com a Constituição de Weimar, cujo atributo principal é sua submissão à sociedade. São os direitos à igualdade ("direitos positivos"), situação na qual o Estado deve prestar serviços ao cidadão tendo por objetivo atingir a justiça social. Podem ser citados como exemplos desta dimensão dos direitos fundamentais: direito à saúde e direito à educação;

Direitos fundamentais de terceira geração: são os direitos da solidariedade humana, pois não se destinam a pessoas determinadas ou a grupos de pessoas, mas têm por destinatário toda a coletividade, em sua acepção difusa, como o direito à paz, ao meio ambiente e ao patrimônio comum da humanidade;

Direitos fundamentais de quarta geração: globalização política na esfera da normatividade jurídica, correspondendo à derradeira fase de institucionalização do Estado social, direitos cuja caracterização teórica ainda não se encontra adequadamente definida.

No que se refere à terminologia – alvo de discussão quando se cuida das dimensões dos direitos – salienta o mesmo autor¹⁷⁹ que

Forçoso é dirimir, a esta altura, um eventual equívoco de linguagem: o vocábulo 'dimensão' substitui, com vantagem lógica e qualitativa, o termo 'geração', caso este último venha a induzir apenas sucessão cronológica e, portanto, suposta caducidade dos direitos das gerações

¹⁷⁹ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*.p.525

anteriores, o que não é verdade. Ao contrário, os direitos da primeira geração, direitos individuais, os da segunda, direitos sociais, e os da terceira, direitos ao desenvolvimento, ao meio ambiente, à paz e à fraternidade, permanecem eficazes, são infra-estruturais, formam a pirâmide cujo ápice é o direito à democracia; coroamento daquela globalização política para a qual, como no provérbio chinês da grande muralha, a humanidade parece caminhar a todo vapor, depois de haver dado o seu primeiro e largo passo. Os direitos da quarta geração não somente culminam a objetividade dos direitos das duas gerações anteriores como absorvem – sem, todavia, removê-la – a subjetividade dos direitos individuais, a saber, os direitos de primeira geração. Tais direitos sobrevivem, e não apenas sobrevivem, senão que ficam opulentados em sua dimensão principal, objetiva e axiológica, podendo, doravante, irradiar-se a todos os direitos da sociedade e do ordenamento jurídico.

Assim, pode-se partir para a assertiva de que os direitos da segunda, terceira e quarta geração não se interpretam, mas sim, concretizam-se. E é no seio dessa materialização, dessa solidificação, que se encontra o futuro da globalização política, o início de sua legitimidade e a força que funde os seus valores de libertação.

Enfim, conforme enfatiza Bonavides¹⁸⁰ os direitos da quarta geração compendiam o futuro da cidadania e o porvir da liberdade de todos os povos. Tão-somente com eles será legítima e possível a globalização política".

¹⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. *Curso de direito constitucional*. p.526

2.5.3 Classificação conforme a Constituição

Não obstante as formas que acima foram expostas, Silva¹⁸¹ estuda e classifica os direitos fundamentais da mesma forma consagrada pela Constituição, onde se tem ordenados, os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, os direitos de nacionalidade, de cidadania (direitos políticos) e por fim, as garantias constitucionais.

Percebe-se, assim, que não há preocupação em classificá-los como sendo dimensões ou gerações de direitos. Preocupa-se, sim, em estudá-los e classificá-los individualmente, abordando um a um, de acordo com as disposições da Constituição Federal.

2.5.3 Perspectiva objetiva e subjetiva dos direitos fundamentais

Na atual dogmática dos direitos fundamentais constitui uma das mais relevantes formulações do direito constitucional, o reconhecimento, também, de uma dupla perspectiva dos direitos fundamentais.

Os direitos fundamentais, na medida em que podem ser considerados tanto como direitos subjetivos ou individuais, quanto

¹⁸¹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. p.95-467.

elementos objetivos fundamentais de uma comunidade assumem uma dupla perspectiva.¹⁸²

Nesse contexto, a doutrina refere-se aos direitos fundamentais em sua dupla dimensão, ou dupla função.

Para Hesse¹⁸³:

Na dimensão subjetiva, os direitos fundamentais são os direitos do particular, do homem e cidadão. Como elementos de uma ordem objetiva, os direitos fundamentais formam a base de uma ordem jurídica da comunidade. A dimensão objetiva são os direitos fundamentais que inserem o particular na coletividade, ou seja, onde os direitos fundamentais se mostram como princípios conformadores do modo como o Estado que os consagra deve organizar-se e atuar.

No entender de Andrade¹⁸⁴ a dimensão subjetiva ocupa uma posição de realce para a caracterização dos direitos fundamentais, pois

São aquelas onde brotam as demais, condicionando-as, dando-lhes as seguintes características: subjetivo (porque

¹⁸² WOLFGANG, Ingo Sartlet. *A eficácia dos direitos fundamentais*, p.150. Neste mesmo contexto, o autor mencionado se refere a lição de Böckenförde, que em seu clássico ensaio sobre a teoria dos direitos fundamentais já havia alertado para a circunstância de que o reconhecimento de uma teoria objetiva dos direitos fundamentais encontrou eco em todas as modernas teorizações sobre o tema. Na doutrina nacional, ao contrário de outras doutrinas, como Portugal, Espanha, foi objeto de maior receptividade e de estudos, que no entanto, averba o autor, não foi objeto de um estudo mais aprofundado, razão pela qual é tímida sua aplicação.

¹⁸³ HESSE, Konrad. *Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha*. p.232

¹⁸⁴ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p.183

representam posições jurídicas individuais), individual (porque somente as pessoas físicas possuem dignidade humana), universal e permanente (os direitos fundamentais são direitos de igualdade, gerais e não privilégios de alguns), e fundamental.

Nesse contexto explica Sarlet¹⁸⁵ que está se referindo à possibilidade que tem o seu titular, considerando como tal, pessoa individual ou ente coletivo a quem é atribuído, de fazer valer judicialmente os poderes, as liberdades ou mesmo o direito às ações negativas ou positivas que lhe foram outorgadas pela norma consagradora do direito fundamental em questão.

No entender de Oliveira¹⁸⁶

A dimensão objetiva ou institucional enquanto expressão de valores comunitários legitimados procedimental e materialmente pelo Estado surge em contraposição à dimensão subjetiva ou individual mas também aparece pela atribuição das garantias institucionais. Desse modo, a dupla dimensão correlaciona o conteúdo dos direitos fundamentais, limitando-os e conformando-os com a Lei Magna.

Mas, em que pese a importância da dimensão objetiva, a perspectiva subjetiva não deixa de ter predomínio. É na perspectiva subjetiva que se propicia a análise dos direitos fundamentais, quando diferentes titulares, de divergentes posições reclamam proteção a seus bens ou interesses.

¹⁸⁵ SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos direitos fundamentais*. p.164

¹⁸⁶ OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. *Por uma teoria dos princípios*, p.61

Neste sentido, a doutrina vem sustentando a existência de uma presunção em favor da prevalência da perspectiva dos direitos subjetivos.¹⁸⁷

Cumpra ainda registrar a lição de Alexy¹⁸⁸ para quem a tese da presunção em favor da perspectiva jurídico-subjetiva encontra sustentação em dois argumentos. Sendo que o primeiro sustenta que a finalidade precípua dos direitos fundamentais (mesmo de cunho objetivo) reside na proteção dos indivíduos e não da coletividade, ao passo que a perspectiva objetiva consiste, em primeira linha, numa espécie de reforço da proteção jurídica dos direitos subjetivos. Já o segundo argumento (Alexy designa de argumento da otimização) diz com o caráter principiológico dos direitos fundamentais. Em outras palavras, o reconhecimento de um direito subjetivo significa um grau maior de realização do que a previsão de obrigações de cunho meramente objetivo.

Para Andrade¹⁸⁹

A preeminência da perspectiva subjetiva encontra sua justificativa no valor outorgado à autonomia individual, e justifica-se pela necessidade prática de proteção perante os poderes públicos na sociedade, na qualidade da

¹⁸⁷ Entre os juristas de língua portuguesa, cumpre referir as lições de J.C. Vieira de Andrade, *Os Direitos Fundamentais*, p.159-160, e J.J. Gomes Canotilho, *Direito Constitucional*, p.547-548 (recepcionando a tese de Alexy). Entre nós, Suzana de Toledo Barros, *O princípio da proporcionalidade e o controle da constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p.130, ressaltam o predomínio da perspectiva subjetiva dos direitos fundamentais.

¹⁸⁸ R.Alexy, in: *Der Staat* 29 (1990), p.60 e ss. *Apud* Ingo Wolfgang Sarlet, *op.cit.*, p.165 e nota 407, asseverando ainda que os dois argumentos de Alexy foram recentemente objeto de referência na obra de J.C.S. Gonçalves Loureiro. *O procedimento administrativo*, p.185

¹⁸⁹ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p.119

expressão da dignidade da pessoa humana. Dessa forma, as normas de direitos fundamentais quase sempre não são dotadas de uma rígida certeza de conteúdo, de uma indubitável clareza de sentido, porque são incompletas e fragmentárias, com evocações a conceitos indeterminados e de valor, fórmulas gerais, abstratas e elásticas.

Ressalta o professor lusitano a “abertura estrutural” das normas de direitos fundamentais¹⁹⁰

Nesse contexto, fala-se, então, de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais.¹⁹¹

Consoante já desenvolvido, a dupla perspectiva (objetiva e subjetiva) dos direitos fundamentais revela que estes exercem várias e diversas funções na ordem jurídica, sustenta-se a tese de uma multifuncionalidade dos direitos fundamentais, que não mais se restringe à clássica função de direitos de defesa contra os poderes públicos.

2.6 PERSPECTIVA PRINCIPOLÓGICA DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS

Importante salientar que, em sede constitucional, as normas definidoras de direitos fundamentais, ainda que se portem como regras dependem do exercício da ponderação, para decisão de eventuais conflitos, na medida em que remetem a princípios, que

¹⁹⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976* p.120

¹⁹¹ CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*, p.1248 e ss., para quem, atribui-se aos direitos fundamentais uma multifuncionalidade para acentuar todas e cada uma das funções que as teorias dos direitos fundamentais captavam unilateralmente.

possuem uma dimensão de peso, de valores fundantes no sistema jurídico político do Estado de Direito, e além do que, são considerados cláusulas intangíveis dos ordenamentos que os consagram.

No que se refere à macrocriminalidade econômica, na qual, as garantias à diversas modalidades de inviolabilidade sofrem restrições, a visão principiológica dos direitos fundamentais acarreta, na prática, que o juiz está obrigado a ponderar entre o direito da coletividade e o direito individual prestes a ser flexibilizado.

Busca-se comprovar, como o princípio da proporcionalidade será o balizador necessário à essa ponderação no caso concreto.

Nesse sentido é que Canotilho¹⁹² explica que há uma perspectiva principiológica (baseada em princípios) ou “natureza principal” dos direitos fundamentais, inspirada em Ronald Dworkin e Robert Alexy.

Sobre o tema principiológico das normas fundamentais, esclarece Stumm¹⁹³ que a indeterminação ou abertura das normas de direito fundamental deve-se ao seu caráter principiológico que exige preenchimento valorativo (densificação) caso a caso.

Para Alexy¹⁹⁴ não poucas vezes, as normas de direitos fundamentais são chamadas princípios

¹⁹² CANOTILHO, J.J. Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*; p.1038, e continua dizendo que ; “pretende-se construir o direito constitucional com base numa perspectiva “principalista” (baseado em princípios), perspectiva esta inspirada em Dworkin e Alexy mas com abertura para as concepções sistêmicas e estruturantes (sentido de Luhmann e de Müller)”

¹⁹³ STUMM, Raquel Denise. *Princípio da Proporcionalidade*. p.132

¹⁹⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. p.82. No original “no pocas vezes, las normas ius fundamentales son llamadas principios”

E o mesmo autor assinala ainda que nem todos os dispositivos normativos de direitos fundamentais assumem a forma de princípios ou direitos fundamentais, ou seja, referindo-se também às regras.¹⁹⁵

O traço distintivo entre regras e princípios é o de sua relatividade. Não há princípio do qual se possa pretender seja acatado de forma absoluta, em toda e qualquer hipótese, e de forma irrestrita e unilateral, caso isso ocorra, terá infringido outra pauta valorativa, por exemplo, a coletiva.

A exata compreensão do que sejam princípios constitucionais é determinante para lhe conferir força normativa imediata, evoluindo-se de uma atribuição meramente programática, sem poder vinculatório inerente à própria norma jurídica, para um sistema em que se concebem os princípios como elementos integrantes do próprio conceito de norma¹⁹⁶.

Na teoria constitucional, os princípios traduzem tema da maior importância, por encerrarem poderoso instrumento de eficácia dos preceitos inseridos em uma Carta Política.

2.7 A COLISÃO E RELATIVIDADE DOS DIREITOS FUNDAMENTAIS – As normas restritivas de direitos fundamentais

¹⁹⁵ Nesse contexto Robert Alexy acentua a distinção entre regras e princípios, op. Cit., p.98

¹⁹⁶ “Uma diferença fundamental entre normas e princípios é a dimensão de peso ou de importância que, existem nos princípios, falta nas normas. Assim, as regras são aplicáveis à maneira de tudo ou nada: ou seus pressupostos encontram-se presentes, situação que determina a obediência da norma, ou seus pressupostos estão ausentes, ensejando a não aplicação da norma”. SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*, p. 36.

Vale registrar que em sede constitucional, as normas definidoras de direitos fundamentais, ainda que se portem como regras dependem do exercício da ponderação, para decisão de eventuais conflitos, na medida em que remetem a princípios, que possuem uma dimensão de peso, de valores fundantes no sistema jurídico político do Estado de Direito, e além do que, são considerados cláusulas intangíveis dos ordenamentos que os consagram¹⁹⁷.

Quando dois princípios jurídicos entram em colisão irreversível, um deles obrigatoriamente tem que ceder diante do outro, o que, porém, não significa que haja a necessidade de ser declarada a invalidade de um dos princípios, senão que sob determinadas condições um princípio tem mais peso ou importância do que o outro e em outras circunstâncias poderá suceder o inverso.

Resta então saber em que casos o Estado pode ingressar na esfera da intimidade das pessoas e quais os limites e alcances dessa intervenção na vida privada.

Leciona Farias¹⁹⁸ que:

A solução do conflito entre os direitos fundamentais é confiada ao legislador ordinário quando do texto constitucional remete a lei ordinária a possibilidade de restringir direitos. Assim, verificada a existência de reserva de lei na Constituição para pelo menos um dos direitos colidentes, o legislador poderá resolver o conflito comprimindo o direito ou direitos restringíveis, respeitando, é claro, requisitos tais como o núcleo essencial dos direitos envolvidos.

¹⁹⁷ Cf. art.60 § 4º, IV da Constituição Federal brasileira, que protege o conteúdo essencial desses direitos contra a atuação dos poderes constituídos.

¹⁹⁸ FARIAS, Edimilson Pereira. *Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*, p. 118.

A título de exemplo, sabe-se que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, no artigo 5º, inciso XII, assegura a inviolabilidade da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas. Essa inviolabilidade foi, pois, erigida à condição de garantia fundamental do cidadão, além de ser cláusula pétrea, nos termos do artigo 60, § 4º, IV, da Constituição. A mesma Constituição, porém, estabeleceu exceções a essa vedação de violação da privacidade do cidadão, as quais serão pormenorizadas no próximo capítulo.

No entender de Almeida¹⁹⁹

Há que se distinguir, porém, que, em determinadas hipóteses, inexistente na realidade, colisão de direitos; nessas situações, o que ocorre é que a conduta questionada não se encontra dentro do âmbito de proteção do direito fundamental invocado. Nesse contexto, a colisão ocorre sempre que um direito individual afeta diretamente o âmbito de proteção de que outro direito individual ou outro valor, como é o caso, por exemplo, do direito à liberdade de imprensa em permanente rota de colisão com o direito à honra ou à imagem daqueles que são notícias.

Para Andrade²⁰⁰ as normas restritivas de direitos fundamentais são aquelas que atingem ou afetam conteúdo de direito fundamental.

Canotilho²⁰¹ preleciona que para comprovar-se se uma lei é restritiva, mister se faz determinar o âmbito de proteção do direito a ser

¹⁹⁹ ALMEIDA, Liliane do Espírito Santo Roriz de. *Conflito entre normas constitucionais*, p.10/11

²⁰⁰ ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*, p.229

²⁰¹ CANOTILHO, J.J.Gomes. *Direito Constitucional*, p.647

comprimido, averiguar a finalidade, tipo e natureza da restrição e os limites a ela impostos pela Constituição.

Identifica-se duas posições sobre a possibilidade de restrição de direitos fundamentais: uma posição defende que os direitos fundamentais são limitáveis e a outra, que os limites dos direitos já lhe são iminentes e que, portanto, não são passíveis de limitação. A primeira posição é conhecida como teoria externa e a segunda de teoria interna.

Para Santos²⁰²

A teoria externa pressupõe uma feição do direito *prima facie* e uma outra a ser verificada após a restrição. A teoria interna, nega a possibilidade de restrição aos direitos, pois, busca mostrar o conteúdo verdadeiro do direito em contradição com seu conteúdo aparente mas, segundo a melhor doutrina e a mais atual concepção dos princípios, o direito é passível de restrição, o que justificará a aplicação da ponderação nas situações em que se evidencia colisão de direitos.

Cabe aqui destacar que os direitos fundamentais funcionam também como limitações externas aos Poderes Públicos, como destaca Branco²⁰³

O fato de os direitos fundamentais estarem previstos na Constituição significa que são normas que organizam e limitam o exercício dos poderes constituídos. A constitucionalização dos direitos fundamentais implica em não considerá-los meras autolimitações dos poderes constituídos, dos poderes Executivo, Legislativo e Judiciário,

²⁰² SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal*, p.79

²⁰³ BRANCO, Paulo Gustavo Gonet in ALMEIDA, Liliane do Espírito Santo Roriz de. *Conflito entre normas constitucionais*, p.9/10

passíveis de serem alteradas ou suprimidas ao talante destes. Nenhum desses poderes se confundem com o poder que criou o direito fundamental, que lhes é superior. Os atos dos poderes constituídos estão sujeitos à observância dos direitos fundamentais e se expõem à invalidade se os desprezarem. Isto realça que os direitos fundamentais qualificam-se juridicamente, como obrigações indeclináveis do Estado.

Distinguem-se entre si três tipos de restrições aos direitos fundamentais: 1º) as estabelecidas diretamente pela constituição; 2º) as estabelecidas por lei autorizadas pela constituição (reserva de lei) e 3º) as estabelecidas tacitamente pela constituição (implícitas).

O primeiro tipo ocorre quando o próprio texto constitucional que consagra direito fundamental dispõe também sobre limites ou restrições ao exercício do direito garantido²⁰⁴.

Outras vezes, a constituição não impõe diretamente nenhuma restrição ao direito fundamental por ela constituído, porém, autoriza lei infraconstitucional a impor.

Para a doutrina, esta hipótese é denominada de 'reserva de lei', que é subdividida em reserva de lei qualificada, quando o texto constitucional estabelece os objetivos e/ou outros requisitos para a lei restritiva.

É o que ocorre, por exemplo, com a Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, objeto do derradeiro capítulo deste trabalho e que

²⁰⁴ Como por exemplo, os seguintes incisos do art.5º da Constituição Federal de 1988 que dispõem: XI – prescreve o direito fundamental da inviolabilidade do domicílio e admite a restrição a esse direito em caso de flagrante delito ou desastre para prestar socorro, ou durante o dia, por determinação judicial; XVI – assegura o direito de reunião e impõe como limite que a reunião seja para fins pacíficos e que seus participantes não portem armas de fogo.

regulamentou o inciso XII²⁰⁵ do art.5º da Constituição da República Federativa do Brasil, que disciplina as hipóteses em que, por meio de ordem judicial, permite-se a violação das comunicações para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, sendo esta, portanto, uma medida que afeta o conteúdo do direito fundamental garantido pela Constituição, ou seja, a inviolabilidade do sigilo das comunicações telefônicas.

Saliente-se, que esta é a uma das provas mais comuns, aliada à quebra de sigilo bancário e fiscal, no que diz respeito à macrocriminalidade econômica

Já a reserva de lei simples ocorre quando a constituição não prescreve nenhum requisito específico para a lei restritiva.

Por fim, quanto ao último tipo de restrição, é tido por ser o mais controverso, refere-se àquela hipótese que, embora não expressamente prevista no texto constitucional, admite-se que este implicitamente alberga a restrição, a fim de salvaguardar outros direitos ou bens constitucionalmente protegidos – referindo-se ao princípio da proporcionalidade.

Tome-se como exemplo dessa forma de restrição não expressamente prevista, o inciso IX²⁰⁶ do art.5º da Constituição da República Federativa do Brasil que garante a livre expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação.

²⁰⁵ Constituição Federal: Art.5º, inciso XII “É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

²⁰⁶ Constituição Federal: Art.5º, inciso IX “é livre a expressão da atividade intelectual, artística, científica e de comunicação, independentemente de censura ou licença”

Verificada, portanto, a possibilidade de restrição a direitos fundamentais e sob o enfoque da presente pesquisa, necessário se faz, discorrer acerca do direito à intimidade e privacidade, pois, tratam-se dos direitos comumente restringidos numa investigação criminal, quando se faz referência à macrocriminalidade econômica.

2.8 DO DIREITO À INTIMIDADE

O direito à intimidade representa importante manifestação dos direitos da personalidade.

Sobre os direitos da personalidade, ressalta Bittar²⁰⁷:

São os direitos reconhecidos à pessoa humana tomada em si mesma e em suas projeções na sociedade, previstos no ordenamento jurídico exatamente para a defesa de valores inatos no homem, como a vida, a higidez física, a intimidade, a honra, a intelectualidade e outros tantos, qualifica-se como expressiva prerrogativa de ordem jurídica que consiste em reconhecer, em favor da pessoa, a existência de um espaço indevassável destinado a protegê-la contra indevidas interferências de terceiros.

A transposição arbitrária, para o domínio público, de questões meramente pessoais, sem qualquer reflexo no plano dos interesses sociais, tem o significado de grave transgressão ao direito à intimidade, pois este, na abrangência de seu alcance, representa o que diz Arendt²⁰⁸ o direito de excluir, do conhecimento de terceiros, aquilo que diz respeito ao modo de ser da vida íntima.

²⁰⁷ BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. p.54

Para Belloque²⁰⁹

O direito à intimidade consiste na tutela jurídica do campo, área ou esfera, circundante da pessoa, em que há necessidade natural de exclusão de terceiros para que se possibilite ao sujeito erigir sua própria e exclusiva identidade, em fomento à livre construção dos demais atributos da personalidade.

Moraes²¹⁰ conceitua a intimidade como o interior indevassável de cada um e aponta à existência de dois círculos circunscritos da vida privada: esfera íntima e a esfera privada. A primeira é a reserva individual; a Segunda, o círculo pessoal ou da proximidade pessoal.

Sem adentrar nas questões terminológicas quanto à intimidade e privacidade, necessário se faz entender o caminho percorrido pelo direito à intimidade até se tornar direito fundamental, amparado constitucionalmente.

2.8.1 Aspectos históricos

Em que pese haver divergências sobre a precisão histórica do direito à intimidade, para o presente estudo, partilha-se da concepção da origem greco-romana do mesmo, como enfatiza Pavón²¹¹, em face da tutela atribuída às correspondências já naquela época,

²⁰⁸ ARENDT, Hanna. *A Condição Humana*. p.154

²⁰⁹ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: Análise crítica da LC 105/2001*. p.38

²¹⁰ MORAES, Walter. *Está assegurado o direito geral à intimidade*. Repertório IOB de jurisprudência, n.23, dez.1988, p.360

²¹¹ GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *La intimidad como objeto de protección penal*. p.8

como manifestação das esferas apontadas por Aristóteles, do público e do privado.

Mas foi a partir do século XIX que nasceu juridicamente uma nova fase para a humanidade compreender os limites da convivência social, além das temerosas correspondências.

Como ressalta Folmann²¹²

A tecnologia permitira ao homem conhecer novas formas de comunicação bem como de supervisionamento da vida alheia. O homem não mais só pintava, fotografava; não só escrevia, falava ao telefone; não lia mais só livros, a imprensa o informava dos acontecimentos. O castelo de cartas marcadas, onde o maior 'fuxico' demorava meses a proliferar, ganhava a cada dia novos instrumentos: jornais, revistas, etc... Mas o homem também não podia se recolher, ser anti-social, logo teria de haver uma linha divisória entre o que se queria para si e o que ficaria ao alcance dos demais, sob pena de sucumbir-se à tecnologia.

A necessidade de resguardo da certa parcela da esfera da vida privada tornou-se indispensável ao desenvolvimento da identidade pessoal e da personalidade humana.

Ressalta Belloque²¹³ que, partindo-se da premissa de que a fecundidade das relações sociais depende da diversidade individual, a existência de uma área onde impere a exclusividade e a autodeterminação sempre foi altamente significativa para a evolução social.

²¹² FOLMANN, Melissa. *Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário*. p.106

²¹³ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo bancário: Análise crítica da LC 105/2001*. p.21

Costa Junior²¹⁴ lembra que a doutrina alemã desenvolveu a teoria dos círculos concêntricos, segundo o qual o homem possui quatro esferas que o cercam em sua existência enquanto ser social – manifestações de sua personalidade – as quais vão se comprimindo, conforme a relação envolvida: público, privacidade, intimidade e sigilo.

Folmann²¹⁵ detalha essa teoria:

A esfera do público refere-se à parcela de existência humana compartilhada com todos sem distinção, do melhor amigo ao transeunte que circula nesse momento em qualquer lugar do mundo. Já a da privacidade, o primeiro círculo propriamente dito, comporta situações, informações, ações e atos um pouco mais pessoais, a pessoa quer compartilhar com uma parcela mais restrita de seus pares. O círculo em que a confiança passa a compor as relações sociais com a troca de informações, sentimentos e testemunhos. Fecha-se, então, um círculo mais estreito o denominado de intimidade, ao qual remansosamente a doutrina refere-se como 'o direito de ser deixado em paz' numa alusão à definição proposta pelo juiz norte-americano Cooley, em 1873. Esse corresponde à parcela mais própria do indivíduo, a do encontro consigo mesmo, seus problemas, alegrias, limitações e pensamentos mais íntimos, onde qualquer um, até mesmo a família, pode ferir esse círculo se nele penetrar. Finalmente fecha-se o menor dos círculos: o do sigilo. Este compõe-se do direito de não revelar informações que sabe para terceiros, mantendo essas em seu foro mais reservado, representando a liberdade de

²¹⁴ COSTA JUNIOR, Paulo José da. *O direito de estar só: tutela penal da intimidade*. p.36 e s.

²¹⁵ FOLMANN, Melissa. *Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário*, p. 106.

não emitir o pensamento para além dos limites impostos por si mesmo ou por alguma norma.

2.8.3 Limitações ao direito à intimidade em face do interesse público

A demarcação do equilíbrio entre a proteção da esfera da intimidade e outros interesses jurídicos, quando da existência de confrontos, impõe-se como árdua tarefa para o legislador e para o intérprete e compõe a espinha dorsal do presente estudo.

A doutrina brasileira²¹⁶ mostra-se assente em aceitar a limitação do direito à intimidade por algumas exigências ditadas pelo interesse público.

Na presente pesquisa, interessam mais de perto as restrições impostas pelas necessidades de investigação criminal e produção de prova.

Ressalta Franceschelli, citado por Belloque²¹⁷

O Direito regula o exercício dos atributos fundamentais da personalidade humana, ora comprimindo-se até quase extingui-los, ora limitando-os ou condicionando-os e ora tutelando-se com plenitude, mas o sentimento de bem-estar de um povo e a sagacidade de seus governantes foram e são tanto maiores, quanto menores foram e são a compressão e limitação destes atributos; em compatibilidade, entenda-se, com as exigências da vida

²¹⁶ Nesse sentido, DOTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação*, Cap.3, nº III e BITTAR, Carlos Alberto. *Os direitos da personalidade*. p.111

²¹⁷ FRANCESCHELLI, Bruno in BELLOQUE, Fabiana Garcia. *Sigilo bancário: Análise crítica da LC 105/2001*. p.54

social.

O direito à intimidade, assegurado constitucionalmente no art.5º, inciso XII da Constituição Federal²¹⁸, confronta-se, não raras vezes, com o interesse público, o qual não pode ser confundido com o mero interesse estatal, e nesse sentido, colaciona-se o entendimento de Wald citado por Folmann²¹⁹ :

O direito à intimidade abrange a indevassabilidade dos dados econômicos referentes ao indivíduo, aos quais se refere expressamente o art. 5º, XII, da Constituição, embora tradicionalmente, se tivesse dado maior ênfase, na categoria dos direitos da personalidade, a outros elementos (como o nome, a honra e a utilização da própria imagem) e a intimidade tenha sido considerada tradicionalmente como o direito de estar só. Mas esse direito à solidão significa também a ausência de presença de terceiros, não só no lar, mas também, em todas as projeções econômicas da personalidade, em relação aos quais o titular pode não querer ser objeto de controle. O interesse público, assim entendido como a manifestação objetiva de direitos manifestos da dignidade humana, aparta-se do interesse estatal, o qual, em decorrência do princípio da legalidade dos atos administrativos, deve indiscutivelmente seguir determinações de lei, mas, acima de tudo, respeitar os direitos fundamentais do homem a fim de evitar-se a sujeição deste à vontade do príncipe utilizada em épocas não tão remotas como justificativas de afrontas ao direito sob o manto de que se estava tutelando o interesse público

²¹⁸ Constituição Federal – Art.5º, inciso XII: *É inviolável o sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.*"

Sobre a definição de "interesse público", ressalta Blanchet²²⁰ que tal expressão pode ter definição variável, sem dúvida, conforme a época, a forma social, os dados psicológicos e as técnicas, mas de fim constante, imutável.

Fos citado por Follmann²²¹, ao tratar do interesse público, destaca dois elementos que dificultam a precisão do mesmo: primeiro porque ele depende do momento, logo é mutável; e segundo porque depende do regime político saber quem tem de dizer o que é interesse público, podendo tal tarefa competir a qualquer um dos três poderes.

Folmann²²² ressalta que:

A evolução histórico-político-social dos regimes democráticos propiciou a evolução do conceito de interesse público, podendo-se dizer que o mesmo atingiu uma identidade distinta do interesse estatal com o fortalecimento da ponderação de interesses em confronto, e, contemporaneamente, com o reconhecimento da existência de interesses públicos não titularizados pelo Estado, mas por outros segmentos da sociedade.

Para Mello²²³ o interesse público seria o interesse do corpo social, que compõe um pressuposto lógico do convívio em sociedade.

²¹⁹ FOLMANN, Melissa. *Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário*, p. 129.

²²⁰ BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. p.172

²²¹ FOS, José Antonio Garcia-Trevijano in FOLMANN, Melissa. *Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário*. p.61

²²² FOLMANN, Melissa. . *Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário*. p.62

²²³ MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. p.56

A moderna concepção põe por terra a máxima da “supremacia do interesse público sobre o privado” e, segundo Folmann²²⁴ constrói uma argumentação no sentido de que o interesse público encontra-se atrelado à dignidade da pessoa humana não configurando uma supremacia ou mesmo a representação do interesse da maioria em sentido comum mas do respeito ao individual como via indireta de respeito ao comum.

Nesse sentido, destacava Bastos²²⁵ que a supremacia do interesse público não pode servir de justificativa para a prática de atos contrários aos direitos individuais, daí a importância da proporcionalidade, como elemento mensurador entre o sacrifício do particular e o fim da norma.

Assevera Freitas²²⁶:

A especificidade do princípio do interesse público está em prescrever que, em caso de colisão, deve preponderar a vontade geral legítima sobre a vontade egoisticamente articulada

Indo mais além, Ávila citado por Folmann²²⁷ conclui pela inexistência de um princípio da supremacia do interesse público sobre o privado, afirmando a existência do princípio da ponderação como a máxima promotora da realização do efetivo interesse público.

Tal pensamento tem lógica, pois, o interesse público não se encontra mais ideologicamente em patamar de supremacia em

²²⁴ FOLMANN, Melissa. . *Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário*. p.68

²²⁵ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. p.30

²²⁶ FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. p.53

²²⁷ FOLMANN, Melissa. *Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário*. p.73

relação ao privado, havendo uma complementaridade, haja vista que princípios não podem pressupor hierarquia, no máximo entram em ponderação no caso concreto.

Dessa forma, a restrição ao direito à intimidade é possível, não pela simples conclusão de que o interesse público sempre prevalece, mas, por outro lado, pela ponderação dos interesses envolvidos no caso concreto, através do princípio da proporcionalidade, o qual será pormenorizado no próximo capítulo.

Assim, após a análise de certos aspectos do direito à intimidade, precedido do enfoque aos direitos fundamentais como um todo e a sua relatividade, é que, no derradeiro capítulo, serão analisadas as medidas restritivas ao direito à intimidade, quais sejam, a interceptação telefônica e a quebra de sigilo bancário, tendo como base o princípio da proporcionalidade.

CAPÍTULO 3

A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA E A QUEBRA DE SIGILOS COMO MEIOS DE OBTENÇÃO DE PROVA NO COMBATE À MACROCRIMINALIDADE ECONÔMICA À LUZ DO PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE

3.1 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE COMO MECANISMO BALISADOR DE APLICAÇÃO DAS RESTRIÇÕES AO CASO CONCRETO

Como já mencionado, a macrocriminalidade econômica, no que tange à investigação criminal, tendo em vista as suas peculiaridades, requer uma intervenção mais direta nas esferas individuais através de interceptações telefônicas e quebras de sigilos, com isso, as garantias constitucionais acabam por sofrer restrições, em virtude do interesse público que tende a prevalecer.

Deve-se questionar, contudo, se a supremacia do interesse público esgota-se em si mesmo e independe de adequação ao caso concreto, pois, no entender de Bastos²²⁸ a supremacia do interesse público não pode servir de justificativa para a prática de atos contrários aos direitos individuais, daí a importância da proporcionalidade, como elemento mensurador entre o sacrifício do particular e o fim da norma.

²²⁸ BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de Direito Administrativo*, p.30

Cruz²²⁹ destaca a relevância dessa temática ao dizer que o delicado equilíbrio entre necessidades sociais e liberdade individual é, sem dúvida, um dos problemas jurídico-político-constitucionais que mais necessitam de análise e discussão atualmente.

Assim é que, será analisada a ponderação, como técnica para a solução das colisões entre direitos fundamentais e bens constitucionalmente protegidos, com seu fundamento constitucional, qual seja, o princípio da proporcionalidade.

Importante questão a ser analisada, como pressuposto para uma ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal, diz respeito à existência, no caso concreto, de uma efetiva colisão entre interesses constitucionalmente protegidos.

Para tal, serão analisadas as interceptações telefônicas e quebras de sigilo bancário, como formas restritivas aos direitos da intimidade e privacidade mas sempre amparadas pela proporcionalidade da medida de acordo com o caso concreto.

3.1.1 Aspectos históricos do princípio da proporcionalidade

Ordena o princípio da proporcionalidade a ponderação e a harmonização de interesses reconhecidos na Constituição Federal, com o fito de encontrar uma justa decisão em situações de tensão entre direitos.

Segundo Alexy²³⁰ é o princípio da proporcionalidade que permite atribuir o caráter de princípio a normas jurídicas e implica,

²²⁹ CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional.*, p.178

²³⁰ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales.* p.198

logicamente, no reconhecimento daquele princípio maior, e vice-versa.

Afirma Fernandes²³¹ que a idéia de proporcionalidade é muito antiga, bastando lembrar a famosa Lei do Talião.

No mesmo sentido, Avolio²³² aponta a matriz do pensamento encerrado no princípio da proporcionalidade na antiguidade clássica, quando a idéia de proporcionalidade já se manifestava na *justitia vindicativa talionica*. E, a partir do século XVIII, com maior intensidade no século XIX, passou a guardar relação com as limitações administrativas da liberdade individual.

Dispõe Barros²³³

O princípio da proporcionalidade, até chegar à modelagem atual, acompanha a história da defesa dos direitos humanos e vai surgir como decorrência da passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, quando é formulado com o intuito de controlar o poder de coação do monarca, chamado de poder de polícia, porque ilimitado quanto aos fins que poderia perseguir e quanto aos meios que poderia empregar. O germe do princípio da proporcionalidade, pois, foi a idéia de dar garantia à liberdade individual em face dos interesses da administração. E essa consciência de que existiam direitos oponíveis ao próprio Estado e que este, por sua vez, deveria propiciar fossem tais direitos respeitados, decorreu das teorias jusnaturalistas formuladas na Inglaterra dos séculos XVII e XVIII.

²³¹ FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*.p.51-52

²³² AVOLIO, Luiz FranciscoTorquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. P.56

²³³ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais., p.33

No mesmo sentido afirma Lopes²³⁴

O princípio da proporcionalidade surgiu ligado à idéia de limitação do poder do Estado no século XVIII, muito embora antes mesmo desse tempo já se possa encontrar indícios de sua adoção, como desde o Direito Romano e com algum esforço interpretativo, mesmo no Direito Canônico. É considerado uma medida com valor suprapositivo ao Estado de Direito e visa garantir a esfera de liberdade individual das ingerências administrativas. A partir do século XVIII o critério da proporcionalidade passou a compreender tanto as esferas administrativas quanto a penal. Nesse sentido, é detentor de raízes iluministas, sendo mencionado por Montesquieu e por Beccaria, ambos tratavam sobre a proporcionalidade das penas em relação aos delitos. No século XIX, a idéia da proporcionalidade integra, no Direito Administrativo, o princípio geral do direito de polícia, manifestando-se na necessidade de limitação legal da arbitrariedade do Poder Executivo.

Por fim, esclarece Buechele²³⁵

Percebe-se uma sintonia doutrinária a respeito do fato histórico alavancador do surgimento do princípio da proporcionalidade: a passagem do Estado de Polícia para o Estado de Direito, em que o poder absoluto até então exercido pelo monarca – ilimitado quanto aos fins e aos meios empregados – tornou-se objeto de controle por parte de outros órgãos, geralmente o Judiciário.

Entretanto, como princípio consagrado constitucionalmente, é oriundo do ordenamento jurídico alemão e

²³⁴ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*.p.281-282

²³⁵ BUECHELE, Paulo Arminio Tavaras. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição*.p.135

decorrente do princípio da legalidade, o qual se incorporou ao ordenamento jurídico brasileiro com o advento do Estado de Direito.

Neste sentido esclarece Schaefer²³⁶

O princípio da proporcionalidade, por seu turno, originário do direito alemão, decorre diretamente do princípio da legalidade, compatível, portanto, com o sistema constitucional brasileiro, compreendendo-se seu conteúdo e alcance a partir do advento do Estado de Direito, ligado ao princípio da constitucionalidade, segundo o qual são os direitos fundamentais descritos na Constituição que regem todo o ordenamento jurídico.

Da mesma forma, Lopes²³⁷ relata que a proporcionalidade só adquire foro constitucional e reconhecimento como princípio em meados do século XX, na Alemanha.

No dias de hoje, pretende-se que o princípio da proporcionalidade seja a base sólida e legítima utilizada para a produção de prova com restrição aos direitos e garantias fundamentais da pessoa no processo penal, sem, no entanto, desvirtuar-se dos preceitos constitucionais.

3.1.2 Importância da aplicação do princípio da proporcionalidade na contenção de excessos

Através do uso do princípio da proporcionalidade na aplicação ao caso concreto de medidas restritivas é que será possível

²³⁶ SCHAFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. p.104-105

²³⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*.p.282

obter, apenas uma flexibilização de uma garantia constitucional, e não a sua violação total, sendo, esta última, uma arbitrariedade que colocaria em risco o próprio sistema constitucional vigente.

Nesse sentido afirma Barros ²³⁸:

O princípio da proporcionalidade tem fundamental importância na aferição da constitucionalidade de leis interventivas na esfera de liberdade humana, porque o legislador, mesmo perseguindo fins estabelecidos na Constituição e agindo por autorização desta, poderá editar leis consideradas inconstitucionais, bastando para tanto que intervenha no âmbito dos direitos com a adoção de cargas coativas maiores do que as exigíveis à sua efetividade.

Para Lopes²³⁹:

Ganha importância ímpar no ordenamento jurídico contemporâneo – e no brasileiro em particular –, a necessidade de compreensão e aplicação concreta do chamado princípio da proporcionalidade, que tem raízes constitucionais, em todo e qualquer ramo do direito, com ênfase no direito punitivo, seja ele penal, administrativo ou de outra natureza. O princípio da proporcionalidade é uma exigência substancial do Estado de Direito no sentido de exercício moderado de seu poder. Possui como razão maior de existência o provimento de espaço legítimo que possibilite e potencie a autonomia individual.

Sobreleva-se a importância da aplicabilidade de tal princípio, no entanto, põe-se à baila a dificuldade de ponderar, de aplicar a norma de forma a equilibrar a “balança”.

²³⁸ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*.p.25

²³⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. p.281

Nesse sentido afirma Barros²⁴⁰ :

Um direito fundamental pode colidir com bens-jurídicos da comunidade, resultando tensões igualmente não-solucionáveis por critérios abstratos e gerais. É o caso, quando a liberdade individual colide com a saúde pública ou a segurança nacional. A matéria enseja dificuldades de várias ordens. O caráter polissêmico e aberto das normas constitucionais, sobretudo em se tratando de direitos fundamentais, muitas vezes já contem em si uma exigência de conformação.

Confirma Guerra Filho²⁴¹ que

O princípio da proporcionalidade permite o sopesamento dos princípios e direitos fundamentais, bem como de interesses e bens jurídicos em que se expressam, quando se encontram em estado de contradição, solucionando-o de forma que máxime o respeito a todos os envolvidos no conflito.

Há uma estreita conexão, portanto, entre o princípio da proporcionalidade e as características da relatividade e da limitabilidade que marcam os direitos fundamentais.

Assim , segundo Guerra Filho²⁴² pode - se afirmar:

São inúmeros os exemplos de situações em que dois ou mais direitos fundamentais, que postulam soluções contrárias, competem entre si. É nessa esfera que se torna admissível e, mesmo necessária a atribuição de competência do Estado

²⁴⁰BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*.p.25

²⁴¹ GUERRA Fº, Willis Santiago. *Dos princípios constitucionais*, p.245

²⁴² GUERRA Fº, Willis Santiago. *Dos princípios constitucionais.*, p.244

para, tutelando primordialmente o interesse público, fazer o devido balizamento da esfera até onde vão interesses particulares e comunitários, para o quê, inevitavelmente restringirá direitos fundamentais, visto que não podem ser todos, concretamente, atendidos de forma absoluta e concreta. É nessa dimensão objetiva que aparecem os princípios da isonomia e da proporcionalidade, como engrenagens essenciais na acomodação de diversos interesses em jogo de dada sociedade, e porquanto indispensáveis para garantir a preservação dos direitos fundamentais.

Bonavides²⁴³ descreve o princípio da proporcionalidade como aquele que se caracteriza pelo fato de presumir a existência de relação adequada entre um ou vários fins determinados e os meios com que são levados a cabo.

No mesmo sentido assevera Gentz citado por Bonavides²⁴⁴:

O princípio da proporcionalidade pretende, por conseguinte, instituir a relação entre fim e meio, confrontando o fim e o fundamento de uma intervenção com os efeitos desta para que se torne possível um controle do excesso.

Sobre a proibição de excesso, esclarece Schafer²⁴⁵:

As restrições que afetem direitos e interesses dos cidadãos só devem ir até onde sejam imprescindíveis para assegurar o interesse público, não devendo utilizar-se medidas mais

²⁴³ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p.155

²⁴⁴ BONAVIDES, Paulo. *Curso de Direito Constitucional*. p.237

²⁴⁵ SCHAFFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*.p.106-107

gravosas quando outras que o sejam menos forem suficientes para atingir os fins da lei. Em sentido amplo, portanto, quer significar o princípio da proporcionalidade a proibição do excesso: restrições somente podem ser efetuadas em havendo estrita necessidade para preservação de outras posições constitucionalmente protegidas. O Poder Público deve agir estritamente na busca do interesse público. A finalidade, e não à vontade, é que preside a ação da autoridade pública.

Nesse sentido Lopes²⁴⁶

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo é também chamado de princípio da proibição do excesso, possuindo como características que o diferenciam da proporcionalidade em sentido estrito a exigência da análise da relação de meios e fins. A expressão “princípio da proibição do excesso” é aplicável no âmbito do controle legislativo, onde “suscita o problema do espaço de decisão dos órgãos legiferantes”, questionando a adequação dos atos legislativos aos fins expressos ou implícitos das normas constitucionais.

Afirma Canotilho²⁴⁷ que proibir o excesso não é só proibir o arbítrio; é impor, positivamente, a exigibilidade, adequação e proporcionalidade dos atos dos poderes públicos em relação aos fins que eles perseguem. Trata-se, pois, de um princípio jurídico-material de justa medida.

Portanto, o princípio da proporcionalidade faz-se valer através da aplicação equilibrada da lei sem que o Estado haja de forma

²⁴⁶ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal* p.283

²⁴⁷ CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional*, p.335

insuficiente, mas, principalmente, sem que o Estado haja com rigor excessivo.

3.1.3 Dimensão tripartida do princípio da proporcionalidade

O princípio da proporcionalidade como instrumento de adequação e de busca incessante da correta aplicação de normas, quer expresso em norma constitucional ou extraído de valores superiores da Constituição, deve subdividir-se em três espécies, a saber: 1º princípio da conformidade ou adequação dos meios; 2º princípio da necessidade e 3º princípio da proporcionalidade *stricto sensu*.

Assim dispõe Schafer²⁴⁸ :

O princípio da proporcionalidade em sentido amplo desdobra-se em três elementos identificadores, a saber: a) princípio da conformidade ou adequação de meios; b) princípio da necessidade; c) princípio da proporcionalidade *stricto sensu*

No mesmo sentido dispõe Lopes²⁴⁹

O princípio da proporcionalidade – quer derivado autenticamente de norma constitucional, quer extraível dos valores superiores da Constituição – tem uma tripla dimensão que se formula em subprincípios segundo as idéias de Gomes de la Torre. Afirma que a intervenção restritiva dos poderes públicos sobre os direitos dos cidadãos deve ser necessária, adequada e materialmente

²⁴⁸ SCHAFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições* p.108

²⁴⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal* p.305

proporcional.

Quando o primeiro princípio invoca a forma adequada, refere-se a forma como deve utilizar os meios para atingir os fins.

Para Schafer²⁵⁰ de acordo com este princípio os meios utilizados a consecução de um fim devem ser adequados e suficientes ao que se visa concretizar. Assim, resta estabelecida uma relação de adequação medida-fim, no instante em que a finalidade vinculante – o interesse público, elemento legitimador da incidência de limitações – guarda uma relação de absoluta adequação com os meios necessários.

Segundo Buechele²⁵¹:

Portanto, sob o prisma da adequação, em face do princípio da proporcionalidade, o que se exige para a constitucionalidade do ato normativo limitador de um direito fundamental é, simplesmente, que o meio eleito para a consecução do objetivo almejado tenha condições para tanto, isso é, que seja apto, capaz de lograr o desiderato pretendido.

No mesmo sentido Stumm citado por Buechele²⁵² afirma:

A medida que pretende realizar o interesse público deve ser adequada aos fins subjacentes a que visa concretizar. O controle dos atos do poder público (poderes legislativo e executivo), que devem atender à relação de adequação medida-fim, pressupõe a investigação prova de sua aptidão para e sua conformidade com os fins que

²⁵⁰ SCHAFFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições* p.108

²⁵¹ BUECHELE, Paulo Arminio Tavaras. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição* p.126

²⁵² BUECHELE. Paulo Arminio Tavaras. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição* .p.128

motivaram a sua adoção.

Partindo para o princípio da necessidade, note-se que traz este embutido a idéia de menor invasão possível, ou como o próprio nome diz somente quando houver, realmente, inexistência de outros meios.

Assim elucida Schafer²⁵³:

Decorre do princípio da necessidade a máxima segundo a qual a invasão na esfera de direitos do indivíduo deve, sempre, ser a menor possível, devendo somente ocorrer a intervenção quando esta for estritamente necessária à proteção do interesse público. Sempre que o legislador ou o administrador público tiver várias possibilidades concretas para atingir uma finalidade, todas com mesma eficácia, deve optar, obrigatoriamente, por aquela que menos agrida os direitos individuais.

No mesmo sentido afirma Barros²⁵⁴:

O pressuposto do princípio da necessidade é que a medida seja indispensável para a conservação do próprio ou de outro direito fundamental e que não possa ser substituída por outra igualmente eficaz, mas menos gravosa. A aferição da necessidade de uma restrição a direito fundamental dá-se tanto qualitativa como quantitativamente. De fato, uma medida legislativa restritiva quanto ao modo de restrição conducente ao resultado obtido pode-se revelar totalmente inadequada quando se questiona, por exemplo, a duração no tempo. É possível, tecnicamente, estabelecer uma relação de pertinência lógica entre a duração de uma

²⁵³ SCHAFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições* p.108-109

²⁵⁴ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais p.76

medida restritiva e a finalidade para a qual foi imposta, sobretudo quando estão em causas medidas processuais cautelares, seja no processo civil ou penal. **Para ilustrar o que disse, tome-se o caso da previsão constitucional do inciso XII do art. 5º da CF, permitindo o legislador impor restrição ao sigilo das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal e instrução processual penal. Seria lícito que a lei facultasse a interceptação telefônica durante o tempo necessário para complementação da investigação, possibilitando redundasse em uma intervenção ad eternum quando estivessem sob suspeita criminosos pertencentes a organizações voltadas a prática permanente de crime? Pensa-se que, em homenagem ao princípio da necessidade, o legislador deve fixar quantitativamente o tempo máximo de um excepcional medida de restrição a direito fundamental como a enunciada, justamente para evitar que a exceção se torne regra e, por via transversa, se aniquile a garantia constitucional.** (grifo nosso)

Enfocando o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*, revela-se o mesmo imprescindível, por tratar-se de análise entre os meios utilizados e os fins atingidos.

Segundo Schafer²⁵⁵:

O princípio da proporcionalidade *stricto sensu* deve ser compreendido como princípio da “justa medida”, pois, quando se chegar à conclusão da adequação e necessidade da medida interventiva do Poder Público para alcançar determinada finalidade, no dizer de J.J. Gomes Canotilho, mesmo neste caso deve haver questionamento quanto ao resultado a ser obtido com a intervenção, se

²⁵⁵ SCHAFFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições* p.109

presente proporcionalidade entre a “carga coactiva” e o resultado, sendo necessário um juízo de ponderação, com o objetivo de se avaliar se os meios utilizados são ou não proporcionais em relação às vantagens do fim.

Para Barros²⁵⁶

Muitas vezes, um juízo de adequação e necessidade não é suficiente para determinar a justiça da medida restritiva adotada em uma determinada situação, precisamente porque dela pode resultar uma sobrecarga ao atingido que não se compadece com a idéia de justa medida. Assim, o princípio da proporcionalidade *stricto sensu*, complementando os princípios da adequação e da necessidade, é de suma importância para indicar se o meio utilizado encontra-se em razoável proporção com o fim perseguido. A idéia de equilíbrio entre valores e bens é exalçada. Isso quer dizer que o juiz, quando considerada adequada à relação entre determinada restrição e o fim a que se destina, ou mesmo quando conhece a inexistência de outro meio menos gravoso que pudesse conduzir ao mesmo resultado, nem por isso está a cancelar uma providência que imponha ônus demasiado ao atingido. Há situações em que é plenamente identificar um desequilíbrio na relação meio-fim, sem que se possa concluir pela desnecessidade da providência legislativa, porque não está em causa a existência de outra medida menos lesiva, mas, sim, a precedência de um bem ou interesse sobre outro.

Por fim, para Buechele²⁵⁷ :

²⁵⁶ BARROS, Suzana de Toledo. O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais.p.80

²⁵⁷ BUECHELE, Paulo Arminio Tavaras. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação*

Aqui, o aspecto chave é a ponderação, a relação “custo-benefício”, ou seja, a verificação das vantagens e desvantagens resultantes para o cidadão, a partir dos meios utilizados pelo legislador com vistas a obtenção dos fins perseguidos pela norma constitucional. Vale dizer, se a fórmula legal adotada, além de adequada e necessária, for a que mais benefícios trouxer ao(s) titular(es) do direito fundamental, no tocante a sua proteção e concretização, terá ela atendido ao princípio da proporcionalidade em todos os seus elementos.

A aplicação do princípio da proporcionalidade é, portanto, fundamental no confronto entre os princípios garantidores da liberdade e dos direitos fundamentais e a defesa das condições fundamentais do desenvolvimento da vida em sociedade.

3.1.4 O princípio da proporcionalidade no direito penal econômico

Repercute a aplicabilidade do princípio da proporcionalidade no direito penal econômico, pois, é ele que legitima a intervenção através de instrumentos penais nas questões de infração a ordem econômica, buscando a adequação entre a gravidade do preceito sancionatório e a danosidade social do comportamento incriminado.

É, também, o princípio da proporcionalidade instrumento capaz de permitir que numa investigação criminal ocorra uma atuação judicial capaz de harmonizar interesses individuais e coletivos, protegendo o núcleo dos direitos fundamentais.

A concretização do princípio da proporcionalidade, contudo, sempre carregou consigo a dúvida sobre o efetivo desenvolvimento sólido de suas bases na exata medida em que o próprio conceito de proporcionalidade em matéria penal é fluido e razoavelmente simbólico, posto que se não estiverem pautados por uma rigorosa noção de justiça servirão apenas como disfarce para o arbítrio estatal sempre criticado.

Segundo Lopes²⁵⁸ se sempre houve a busca da concretização do bem jurídico-penal, livrando-o da perigosa abstração imanente à sua formulação doutrinária, serviu como veículo principal na rota dessa materialização a sua disciplina constitucional pela via do princípio da proporcionalidade da intervenção do Direito Penal.

Cabe destacar que ocorre um confronto direto e, portanto, revestido de muita tensão, por se colocar lado a lado dois focos de grande valia para a garantia de um Estado de Direito, de um lado estão os princípios garantidores da liberdade e dos direitos fundamentais e de outro a coletividade, e nesta seara é que deve se agir o princípio da proporcionalidade, aí sim, encontrando grande dificuldade por se tratarem de bens jurídicos de imensa valia a sociedade e por serem tais bens essencialmente distintos.

O mesmo autor²⁵⁹ diz ser possível identificar-se o valor justiça como um daqueles fundantes da ordem democrática e a proporcionalidade é uma das regras operativas desse valor; é um de seus meios de concretização ou de realização da Constituição.

Portanto, ao definir as condutas que colocam em perigo a ordem econômica, deverá o legislador, utilizar-se do princípio da

²⁵⁸ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal* p.303

²⁵⁹ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal* p.306

proporcionalidade para sopesar a adequada sanção àquele comportamento.

Destacada sua aplicabilidade e importância no direito penal econômico como o meio de tutelar de forma adequada a ordem econômica, pode-se, sem dúvida, aplicá-lo à macrocriminalidade econômica no que tange à produção de provas.

3.2 O PRINCÍPIO DA PROPORCIONALIDADE EM MATÉRIA DE PROVA NO DIREITO PROCESSUAL PENAL

O conflito de interesses que se estabelece no processo penal, é, em regra, entre o interesse de punir estatal e os direitos e garantias fundamentais da pessoa. Especificamente em matéria de prova, esse é o conflito que se põe em evidência, tendo em vista o próprio conceito de prova no processo penal.

Para Aranha²⁶⁰, prova origina-se do latim *probatio*, podendo ser traduzida como experimentação, verificação, exame, confirmação, reconhecimento, confronto, etc... dando origem ao verbo *probare* (*probo, as, are*).

Segundo Grinover, Fernandes e Gomes Filho²⁶¹ :

A expressão prova pode significar o conjunto de atos processuais praticados para averiguar a verdade e formar o convencimento do juiz sobre os fatos, o resultado dessa atividade, bem como o meio ou instrumento para a

²⁶⁰ ARANHA, Adalberto José Q.T. de. *Da prova no processo penal*. P.5

²⁶¹ GRINOVER, Ada Pellegrini; FERNANDES, Antonio Scarance; GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Nulidades no processo penal*. p.141-142

formação da convicção do julgador.

Sendo a prova o meio pelo qual o julgador se apodera do conhecimento sobre a realidade, razão assiste a Gomes Filho²⁶² ao afirmar que a idéia de prova vem freqüentemente associada, numa relação funcional, à de verdade.

De fato. É da concepção que se tem sobre a verdade que se extrai o conceito de prova, seu significado para o processo penal e seus limites.

A prova tem, ainda, uma concepção de garantia frente ao poder estatal, decorrente da Constituição Federal de 1988.

Além de ser uma conseqüência lógica do direito à ampla defesa, previsto no inciso LV ²⁶³do art.5º, a idéia de prova como garantia do acusado pode ser extraída do inciso LVI do referido art.5º da Constituição Federal, o qual estabelece a inadmissibilidade, no processo, das provas obtidas por meios ilícitos.

Esse limite constitucional, além de conferir à atividade probatória realizada no processo um conteúdo ético, compatível com o fundamento e o fim do processo penal no Estado democrático de direito, consagrou a prova, como verdadeira garantia do acusado contra o arbítrio estatal.

Para Prado²⁶⁴, vedar a admissão, no processo, de qualquer prova que viole os direitos e garantias fundamentais da pessoa é

²⁶² GOMES FILHO, Antonio Magalhães. *Direito à prova no processo penal*. p.42

²⁶³ Constituição Federal: Art.5º, inciso LV "aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes"

²⁶⁴ PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. p.37

reconhecer o processo penal como um instrumento de proteção desses direitos contra a violência do poder punitivo estatal.

A produção de uma prova que venha a restringir, por exemplo, o direito à intimidade, como ocorre numa interceptação telefônica, deve ser sopesada levando-se em conta a proporcionalidade da medida em face da necessidade que o caso concreto demanda.

Como enfatiza Lopes²⁶⁵:

Cabe avaliar "se o resultado obtido com a intervenção é proporcional à carga coativa da mesma". O juízo de ponderação entre os pesos dos direitos e bens contrapostos deve ter uma medida que permita alcançar a melhor proporção entre os meios e os fins. Em outras palavras, "os meios legais restritivos e os fins obtidos devem situar-se numa justa medida, impedindo-se a adoção de medidas legais restritivas desproporcionadas, excessivas, em relação aos fins obtidos

Sobreleva-se a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade, principalmente, quando se trata da mitigação dos interesses individuais em prol do interesse coletivo.

Nesse sentido dispõe Barros²⁶⁶ que o princípio da proporcionalidade

fornece ao juiz um instrumental prático inigualável quando se trata de justificar uma excessiva intervenção do legislador na seara dos direitos individuais. Com efeito, não se pode olvidar que um tal controle sempre foi intuitivamente defendido, mas, quando não se conseguia comprovar a

²⁶⁵ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*..p.287

²⁶⁶ BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*, p.27

efetiva aniquilação do direito fundamental em jogo, invariavelmente se fazia necessário recorrer a considerações metajurídicas, como à exigência de moralidade ou justiça, para sustentar a nulidade da lei desproporcionada.

E afirma Lopes²⁶⁷ :

Vale ressaltar a importância da atuação do princípio da proporcionalidade, também, no sentido de que inviável proteger ilimitadamente a liberdade individual em detrimento dos direitos da coletividade. A liberdade individual, consoante já assinalou Martin Kriele, não é o único bem protegido pelos direitos fundamentais. Medidas adotadas em prol da ordem pública, ainda que restritivas de liberdade, podem reforçar a defesa dos direitos fundamentais, desde que necessárias à democracia. Os caminhos da proporcionalidade podem fornecer substrato necessário ao equilíbrio entre os direitos individuais atingidos pelo Direito Processual Penal e os direitos da comunidade protegidos pelo mesmo legislador.

Schafer²⁶⁸ ainda ressalta a importância da aplicação do princípio da proporcionalidade na adequação da lei aos preceitos constitucionais:

Em um Estado de Direito, o legislador não é soberano absoluto, encontrando na Constituição os limites de seu agir. O juiz, ao aplicar o princípio constitucional da proporcionalidade, nada mais faz do que adequar o agir do legislador aos princípios constitucionais, concretizando a subordinação da vontade do legislador aos preceitos

²⁶⁷ LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal* p.286-287

²⁶⁸ SCHAFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições* p.112

objetivos da Constituição, o que não traduz uma substituição da vontade do legislador por sua vontade.

O princípio da proporcionalidade deve ser aplicado de forma que a intervenção do Estado aconteça de maneira apropriada para a consecução do objetivo maior, que é o alcance do fim desejado, sem excesso. Além disso, inclusive, servindo de parâmetro para avaliar o cabimento de uma medida restritiva de direito.

Ademais, deve-se verificar, no caso concreto, a gravidade do delito investigado, este é um parâmetro importante para a avaliação da proporcionalidade em sentido estrito em relação às restrições aos direitos da intimidade e privacidade.

Sob esse prisma, quanto mais grave a medida restritiva, maior deve ser a gravidade do delito em apuração.

3.3 A INTERCEPTAÇÃO TELEFÔNICA COMO RESTRIÇÃO A DIREITO FUNDAMENTAL

O direito à intimidade é inviolável mas não pode ser considerado absoluto. A interceptação telefônica, portanto, é uma medida restritiva autorizada pela Constituição Federal em seu art.5º, inciso XII e regulamentada pela Lei 9296/96, mas somente para fins de investigação criminal e instrução processual penal

Streck ²⁶⁹ , ao tratar da interceptação telefônica assevera que somente se justifica a invasão da esfera dos direitos fundamentais do

²⁶⁹ STRECK, Lênio *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais*. : Constituição, Cidadania, Violência: a lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais, p. 57

indivíduo para o combate dos crimes que representem ameaça aos valores constitucionais, erigidos como metas pelo Estado Democrático de Direito, lembrando que o direito de terceiros deve sempre ser resguardado.

Acerca disso já se manifestou, Hassemer²⁷⁰ aduzindo que:

Na escuta telefônica, por exemplo, pessoas que não estão sendo investigadas acabam sendo observadas e milhares de dados que são coletados acabam ficando no computador da polícia. Não são esquecidos, não são apagados, são arquivados e isso constitui uma invasão da privacidade dos cidadãos não suspeitos. Essa privacidade tem que ser respeitada e está fora do direito de intervenção estatal.

O direito à intimidade integra a categoria dos direitos da personalidade, como já analisado neste trabalho no item 2.8, é essencial, inerente a cada pessoa, assim, certamente, essa "restrição" à intimidade das pessoas debilita a pretensão de um direito penal garantista²⁷¹.

Hassemer²⁷² ainda chama a atenção para o fato de que o processo penal está se antecipando cada vez mais. Sempre foi necessário a existência de uma suspeita, pelo menos, para se poder investigar. Agora já se permite o início de uma investigação mesmo antes de existir qualquer suspeita.

A lei brasileira, contudo, estabelece que apenas as investigações sobre delitos puníveis com reclusão permitem a quebra do sigilo telefônico do acusado. Além desse limite formal, deve-se partir da

²⁷⁰ HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal*. p.91

²⁷¹ Sobre a Teoria do Garantismo Penal vide FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão : teoria do garantismo penal*. Trad. de Fauzi Hassan Choukr e outros, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2002

²⁷² HASSEMER, Winfried. *Três temas de Direito Penal* .p.92

premissa que a interceptação telefônica é um recurso delicado que somente deve ser utilizado nos casos em que seja absolutamente essencial para as investigações, o que equivale a dizer que não basta que o crime seja punível com reclusão para se justificar a quebra do sigilo telefônico – há de se demonstrar a utilidade e a indispensabilidade desse instrumento.

Nesse sentido, é evidente que a consideração sobre essa utilidade e indispensabilidade – condições que podem ser resumidas ao conceito de justa causa – devem ser ponderados pelo Poder Judiciário, a quem cabe autorizar ou não a medida excepcional.

Outra questão importante é o de que, uma vez realizada a escuta telefônica, deve-se resguardar o direito insofismável do acusado de que as informações obtidas sejam utilizadas exclusivamente no âmbito da investigação policial ou judicial, pois, se forem compartilhadas ou divulgadas, aí sim, ao invés de restrição, se estaria diante de uma violação direta à intimidade.

Como afirma Cervini²⁷³

A proteção da Constituição às comunicações se concretiza na afirmação de seu segredo, no dever imposto à todos os poderes públicos de não revelar o seu conteúdo. Em outras palavras, a quebra do sigilo fiscal, bancário ou telefônico de um acusado não significa, de maneira alguma, que todas as informações colhidas pelas autoridades passam a ser de conhecimento público. O acusado cujo sigilo foi quebrado não perde o direito à intimidade, e as autoridades de posse das informações não deixam de ter o dever de manter o sigilo.

²⁷³ GOMES, Luiz Flávio, CERVINI, Raúl. *Interceptação Telefônica – Lei 9.296/96*. São Paulo: RT, 1997, pp. 31 e ss.

É preciso, dizer que, majoritariamente, antes do advento da Lei n. 9.296/96 que regulou o art.5º, inciso XII *in fine* da Constituição Federal, o Supremo Tribunal Federal não admitia escuta telefônica, por entender que o preceito constitucional não era auto aplicável²⁷⁴. Porém, com o advento da Lei supra mencionada essa polêmica encontra-se superada.

O dispositivo instituidor da interceptação telefônica segue a linha do que se pode chamar de “sistema de prévia verificação”, que se baseia em três pontos, elencados por Streck ²⁷⁵:

Em primeiro lugar, a autorização da interceptação – escrita e fundamentada – deve ser concedida pelo juiz que for competente para a apreciação da ação principal; juiz competente significa que, na hipótese de o investigado ter prerrogativa de foro, a autorização da interceptação somente pode ser deferida pelo juiz natural. Em segundo lugar, a interceptação somente pode ser autorizada para constituir prova em investigação criminal ou em instrução processual penal. O terceiro ponto – o sigilo do procedimento de interceptação – aparentemente poderá suscitar alguns problemas, sendo que isto é decorrente da própria natureza da diligência, visto que se este tiver conhecimento do procedimento de interceptação jamais efetuará qualquer comunicação comprometedor, bem pelo contrário.

Por fim, informa-se que os requisitos exigidos pela lei para a autorização da interceptação telefônica estão arrolados no artigo 2º, *caput*, e seus incisos. Com efeito, consoante o aludido dispositivo, não

²⁷⁴ STRECK, Lênio L. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*, p. 21.

²⁷⁵ STRECK, Lênio Luiz. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*, p. 43.

será admitida a interceptação de comunicações telefônicas quando ocorrer qualquer dessas hipóteses, como bem demonstra Streck²⁷⁶:

- I) Quando não houver indícios razoáveis da autoria ou participação em infração penal;
- II) Quando a prova puder ser feita por outros meios disponíveis;
- III) O fato investigado constituir infração penal punida, no máximo, com pena de detenção.

Desta forma, fica claro que se somente se justifica a invasão da esfera dos direitos fundamentais do indivíduo para o combate da macrocriminalidade econômica que representem ameaça aos valores constitucionais, erigidos como metas pelo Estado Democrático de Direito.

3.4 A QUEBRA DE SIGILO BANCÁRIO

A revolução tecnológica promoveu um novo momento para o direito à intimidade, pois, na medida em que se desenvolvem sistemas de comunicação, as informações individuais acabam compondo um bloco único no qual, por vezes, o indivíduo não quer estar inserido.

Na teoria do direito à intimidade o estudo do sigilo bancário na seara brasileira pressupõe, inelutavelmente, a análise da teoria do direito à intimidade para a melhor compreensão do desenvolvimento e perspectivas do instituto.

Dentro da teoria alemã dos círculos concêntricos e

²⁷⁶ STRECK, Lênio Luiz *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a lei 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*,

como já mencionado no item 2.8.1, o sigilo é o menor dos círculos, e dessa esfera, segundo Follmann²⁷⁷, derivaram então direitos correlatos dependentes do titular: direito da pessoa que detém as informações, em decorrência de sua personalidade ou de sua profissão; direito da pessoa à qual a informação se refere, etc.

Sobre o conceito de sigilo bancário, a mesma autora comenta²⁷⁸:

No conceito brasileiro de sigilo bancário o dever profissional pode ser definido como a obrigação imposta aos bancos de não revelar a terceiros sem justa causa, os dados referentes a seus clientes que cheguem a seu conhecimento como conseqüência das relações jurídicas que os vinculam.

Como já foi mencionado, o sigilo bancário reflete expressiva projeção da garantia fundamental da intimidade das pessoas, não se expondo, em conseqüência, enquanto valor constitucional que é, a intervenções de terceiros ou a intrusões do Poder Público desvestidas de causa provável ou destituídas de base jurídica idônea.

Contudo, o sigilo bancário não tem caráter absoluto, deixando de prevalecer, por isso mesmo, em casos excepcionais, diante da exigência imposta pelo interesse público e, porque, em não raras vezes, principalmente na macrocriminalidade econômica, o sigilo bancário apresenta-se como insuperável obstáculo ao sucesso da investigação criminal.

p. 51.

²⁷⁷ FOLMANN, Melissa. *Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário*, p. 109

²⁷⁸ FOLMANN, Melissa. *Interpretação constitucional principiológica e sigilo bancário*, p. 112.

Como ressalta Belloque²⁷⁹ ao se referir à macrocriminalidade econômica:

Na atualidade, os indivíduos e as empresas utilizam-se largamente dos serviços oferecidos pelas instituições financeiras, sendo muito freqüente o direcionamento do provento da prática delitiva a um estabelecimento bancário. De outra parte, com a sofisticação dos meios operacionais da criminalidade, as transações financeiras passaram a representar o *locus* de graves condutas criminosas, como a lavagem de dinheiro e os crimes contra a ordem econômica e o sistema financeiro nacional. Sem falar dos crimes contra a ordem tributária e previdenciários, cuja única prova concludente, por vezes, resulta da documentação financeira agasalhada pelo sigilo.

A preocupação com uma prática reiterada de quebras de sigilo bancário, contudo, é causa de preocupação da comunidade jurídica, pois como ressalta a mesma autora²⁸⁰, tendem os poderes estatais a abusar de sua utilização, em razão da facilidade que apresenta na consecução de seus interesses mais imediatos.

A quebra de sigilo bancário, assim como a escuta telefônica, nunca é demais lembrar, deve ser resultado sempre de uma valorada ponderação de interesses e não deve ceder, nunca, às incontidas manifestações de arbítrio da autoridade pública.

Esse é o novo cenário do direito ao sigilo bancário, um cenário de transnacionalização econômica incentivada pela acirrada tecnologia de informação, em que os direitos fundamentais se debatem com falácias estatais deturpadoras de conceitos como o de interesse

²⁷⁹ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo Bancário. Análise crítica da LC 105/2001*. p.85

²⁸⁰ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo Bancário. Análise crítica da LC 105/2001*. p.86

público e o direito à intimidade, numa clara tentativa de, por um lado, o homem ser um indivíduo do mundo e de outro, ser um vassalo do fisco.

3.4.1 Legitimidade e Competência para decidir sobre a quebra de sigilo bancário

De plano, deve-se esclarecer que o sigilo somente pode ser quebrado mediante determinação do Poder Judiciário com o fim de apurar infração de ordem pública, ou de Comissões Parlamentares de Inquérito oriundas do Poder Legislativo.

Pode o Ministério Público pedir ao Poder Judiciário a quebra do sigilo, sem esquecer que o membro do *parquet* será o responsável pelo uso indevido das informações e documentos que requisitar, inclusive nas hipóteses legais de sigilo.

Outrossim, o representante do Ministério Público está legitimado para pleitear a quebra do sigilo, ficando ao critério do julgador, o seu deferimento. Portanto, ele não pode “exigir” a quebra do sigilo de ninguém.

Corroborar-se a isso, a Lei Complementar 105/2001, a qual não conferiu, ao menos de maneira clara, atribuição ao Ministério Público para a requisição direta de informações sigilosas às instituições financeiras.

Mas em seu art.9º, a referida Lei Complementar preceitua: *“Quando no exercício de suas atribuições, o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários verificarem a ocorrência de crime definido em lei como de ação pública, ou indícios da prática de tais crimes, informarão ao Ministério Público, juntando á comunicação os*

documentos necessários à apuração ou comprovação dos fatos"

Com tal ressalva, adverte Belloque²⁸¹:

Assim, por via tortuosa, ao determinar a juntada dos documentos atinentes às informações financeiras sigilosas quando da comunicação da prática de crime ao Ministério Público, a Lei Complementar 105/2001 permitiu a construção de um largo canal pelo qual transferem-se diretamente as informações sigilosas, dos órgãos públicos de fiscalização do sistema financeiro nacional, destinatários de fluxo incomensurável de dados, àqueles que desempenham o papel de acusadores no sistema penal.

Não obstante a abertura desenhada pela lei em comento, há de prevalecer nos tribunais o entendimento de que, para a instrução dos processos ou procedimentos administrativos em que atua, o membro do Ministério Público deva requerer a decretação da quebra de sigilo bancário à autoridade judiciária competente, demonstrando a existência de justa causa.

3.4.2 A questão da quebra de sigilo bancário por comissões parlamentares de inquérito

A chamada "investigação parlamentar" está prevista na Constituição Federal de 1988, em seu art.58, § 3º²⁸². Tal preceito

²⁸¹ BELLOQUE, Juliana Garcia. *Análise crítica da LC 105/2001*. p.143

²⁸² CONSTITUIÇÃO FEDERAL – Art.58 § 3º: "As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, além de outros previstos nos regimentos das respectivas Casas, serão criadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, em conjunto ou separadamente, mediante requerimento de um terço de seus membros, para a apuração de fato determinado e por prazo certo, sendo suas conclusões, se for o caso, encaminhadas ao Ministério

reveste-se da evidente intenção de fortalecimento do poder de controle do Legislativo, notadamente sobre o Executivo, expressa pelo constituinte de 1988.

Quando se trata de quebra de sigilo bancário feita por comissões parlamentares de inquérito, deve-se ter em conta o princípio da colegialidade que condiciona a eficácia das deliberações de qualquer comissão parlamentar de inquérito, especialmente em tema de quebra do sigilo bancário.

O princípio da colegialidade traduz diretriz de fundamental importância na regência das deliberações tomadas por qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, notadamente quando esta, no desempenho de sua competência investigatória, ordena a adoção de medidas restritivas de direitos, como aquela que importa na revelação das operações financeiras ativas e passivas de qualquer pessoa.

O necessário respeito ao postulado da colegialidade qualifica-se como pressuposto de validade e de legitimidade das deliberações parlamentares, especialmente quando estas - adotadas no âmbito de Comissão Parlamentar de Inquérito - implicam ruptura, sempre excepcional, da esfera de intimidade das pessoas.

Tendo a macrocriminalidade econômica, como uma de suas características as conexões com o Poder Público, não raro, percebe-se que os crimes investigados nas CPI's são aqueles objeto deste trabalho, ou seja, lavagem de dinheiro e crimes contra o sistema financeiro nacional.

A quebra do sigilo bancário, que compreende a ruptura da esfera de intimidade financeira da pessoa, quando determinada por ato de qualquer Comissão Parlamentar de Inquérito, depende, para

revestir-se de validade jurídica, da aprovação da maioria absoluta dos membros que compõem o órgão de investigação legislativa (Lei nº 4.595/64, art. 38, § 4º).

3.4.3 Natureza jurídica da quebra de sigilo bancário no processo penal

Depois de realizado o juízo acerca do cabimento, no caso concreto, da restrição ao direito à intimidade – do qual deriva o caráter sigiloso das informações financeiras concernentes ao indivíduo ou pessoa jurídica, a autoridade competente determina a transferência de todos os documentos em posse da instituição financeira, nos quais foram inscritos tais dados, para que, então, sejam introduzidos nos autos do processo ou do procedimento preparatório da ação penal.

O provimento divide-se, assim, em duas etapas claramente identificáveis. No conteúdo de uma mesma decisão – em ordem lógica, e não cronológica – primeiramente se afasta o direito fundamental ao sigilo bancário, e subsequentemente, determina-se o apossamento dos papéis em que se desvendam os dados sigilosos.

Em seguida, os documentos são introduzidos nos autos através do meio de prova documental.

Note-se, portanto, que a quebra do sigilo bancário não se caracteriza como meio de prova²⁸³ como ressalta Belloque²⁸⁴:

²⁸³ Segundo Belloque, Juliana Garcia. *Sigilo bancário. Análise crítica da LC 105/2001*. p.87: “meios de prova são modelos procedimentais descritos em lei, que – quando atuados pelo juiz e pelas partes, em contraditório – geram a introdução no processo de elementos aptos a influenciar o convencimento do magistrado sobre os fatos pertinentes à causa penal. Assim o meio de prova é testemunhal, documental e pericial.

A medida em apreço não constitui meio de prova, pois não representa, isoladamente considerada, instrumento de demonstração das alegações a serem provadas, mas sim ferramenta voltada ao recolhimento de fontes de provas (documentos), nos quais podem estar presentes informações pertinentes à causa penal, as quais apenas consistirão em elementos de formação da convicção do magistrado depois de introduzidas aos autos pelo meio de prova documental.

Assim, todos os caracteres da medida de quebra do sigilo bancário comentados, indicam a sua natureza de meio de obtenção de prova.

Por fim, como medida de coação processual penal, incidente sobre o direito à intimidade, relevante desbobramento da liberdade individual, a quebra de sigilo bancário deve obedecer a uma série de ponderações e valorações prévias, o que resulta, na prática, na aplicação ao caso concreto do princípio da proporcionalidade.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A macrocriminalidade, notadamente a que se refere aos crimes que ocorrem nos moldes empresariais de cunho econômico, não possui uma perfeita delimitação, de onde começam e terminam as ações. Verificou-se que são extremamente planejados, e escapam ao controle das organizações voltadas à Segurança Pública. Pode-se dizer até, que a macrocriminalidade é uma modalidade invisível de delito, embora quase sempre necessite de vários agentes.

A pesquisa possibilitou detectar que a macrocriminalidade econômica, dotada cada vez mais de astúcia, através de conhecimentos tecnológicos de ponta, dificulta em muito uma investigação com os instrumentos de provas usuais constantes do Código de Processo Penal.

Destacou-se que, para uma eficaz reprimenda, é necessário, na prática, flexibilizar alguns direitos fundamentais constitucionalmente previstos, sem, contudo suprimi-los, visto que, sem tal flexibilização, jamais seria possível rastrear e desvendar tais delitos, porque, pode-se dizer, os agentes guardam consigo, dentro de sua intimidade, as provas do crime

A solução do conflito entre os direitos fundamentais e a investigação, foi rapidamente confiada ao legislador ordinário, tendo em vista a possibilidade de restrição de direitos para a reprimenda dos macrocrimes econômicos, dentre outros, acontece que o processo penal opõe, constantemente, o interesse da sociedade ao interesse individual

do réu e o papel do aplicador do direito deve ser justamente o de, nestes casos, encontrar a solução que possa preservar ao máximo os direitos fundamentais. É justamente assim que se consegue, por meio do direito, produzir justiça.

Assim, sucintamente, a questão das restrições ao direito de intimidade na investigação a macrocriminalidade econômica, na verdade, deve ser observada sob dois aspectos: a) o da definição, no caso concreto, de até que ponto o interesse público justifica tal restrição; e b) quebrado o sigilo bancário ou interceptadas as conversas telefônicas, há que se resguardar o direito inofismável do acusado de que as informações obtidas sejam utilizadas exclusivamente no âmbito da investigação policial ou judicial.

REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ALMEIDA, Liliane do Espírito Santo Roriz de. *Conflito entre normas constitucionais*, 2 ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002. 186 p.

AMARANTE, Aparecida. *Responsabilidade civil por dano a honra*. 4 ed Belo Horizonte: Del Rey, 1997. 364p.

ANDRADE, José Carlos Vieira de. *Os direitos fundamentais na Constituição Portuguesa de 1976*. Coimbra: Almedina, 1987. 264 p.

ANDRADE, Manuel da Costa. *Direito Penal Económico*. Lisboa: Centro de Estudos Judiciários de Coimbra, 1985. 224p.

ARANHA, Adalberto José Q.T. de. *Da prova no processo penal*. 4 ed São Paulo: Saraiva, 1996. 245p.

ARAÚJO JUNIOR, João Marcelo. Os crimes contra a ordem econômica no esboço de nova parte do Código Penal de 1994: características gerais In: PENTEADO, Jaques de Camargo (Coord.). *Justiça penal: Críticas e sugestões*, n. 3, 221 p.

_____. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: RT, 1995, 208p.

ARENDT, Hanna. *A Condição Humana*. 10 ed. Rio de Janeiro: Ed. Forense Universitária, 2000. 310p.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. *Principios de Derecho Publico Económico*. Granada: Comares, 1999. 861 págs

AVOLIO, Luiz FranciscoTorquato. *Provas Ilícitas: interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas*. 3 ed. Ver., ampl. e atual. São Paulo: RT, 2003. 213 p

BAJO FERNANDEZ, Miguel; BACIGALUPO, Silvina. *Derecho Penal Económico*. Madrid : Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 2001. 453 p.

_____; *Manual de derecho penal (Parte especial) (Delitos patrimoniales y económicos)*, Madrid: Editorial Centro de Estudios Ramón Areces,1993. 301 p.

BALDAN, Edson Luis. *Fundamentos do direito penal econômico*. Curitiba: Juruá, 2005.288p.

BARROS, Marco Antonio de. *Lavagem de dinheiro: implicações penais, processuais e administrativas: análise sistemática da lei n. 9613, de 3 de março de 1998*. São Paulo: Oliveira Mendes, 1998. 340 p.

BARROS, Suzana de Toledo. *O princípio da proporcionalidade e o controle de constitucionalidade das leis restritivas de direitos fundamentais*. Brasília: Brasília jurídica, 2003. 228p.

BARROSO, Luiz Roberto. *A ordem econômica constitucional e os limites à atuação estatal no controle de preços*. Revista Diálogo Jurídico. Salvador, jun/ago – 2002. Disponível em www.direitopublico.com.br. Acesso em: 04 de maio.2006.

BASTOS, Celso Ribeiro. *Curso de direito constitucional*. 17 ed São Paulo:Saraiva, 1996. 459p.

BELLOQUE, Juliana Garcia. *Sigilo Bancário. Análise crítica da LC 105/2001*. São Paulo: RT, 2003. 199 p.

BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o sistema financeiro no Brasil: leis 7.492/86 e 9.613/98*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000. 124 p.

BITTAR, Carlos Alberto. *Os Direitos da Personalidade*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1989. 341p.

BLANCHET, Luiz Alberto. *Concessão de serviços públicos*. 2 ed Curitiba:Juruá, 1999. 411 p.

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campus, 2004. 240p.

BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Seminário: *Hermenêutica Constitucional e Direitos Fundamentais*. Palestras proferidas na Escola da Magistratura Regional Federal – EMARF, do TRF da 2ª Região, Rio de Janeiro, em 30.04.99 apud Liliane do Espírito Santo Roriz de Almeida, *Conflito entre normas constitucionais*. 2 ed. Revista e ampliada. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2002.186 p.

BRASIL, Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.

BONAVIDES, Paulo. *A Constituição aberta*.3 ed.São Paulo: Malheiros,2004,506 p.

_____. *Curso de direito constitucional*. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, 2005. 807 p.

BUECHELE, Paulo Arminio Tavaras. *O princípio da proporcionalidade e a interpretação da constituição* · Rio de Janeiro: Renovar, 1999. 274 p.

CAGNANI, Rafael de Souza. *A ordem econômica e sua proteção penal*. Jus

Navigandi,Teresina,a.10,n.1018,15abr.2006.Disponível<<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8249>>. Acesso em: 04 maio. 2006.

CALDAS, Pedro Frederico. *Vida privada, liberdade de imprensa e dano moral*. São Paulo: Editora Saraiva, 1997. 158 p.

CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003. 191p.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 7 ed. Coimbra: Almedina, 2006. 1522 p.

_____. *Estudos Sobre Direitos Fundamentais*. Coimbra: Almedina, 2004. 232p.

CAPEZ, Fernando. *Curso de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2001. 654 p.

_____. *Curso de direito penal – parte geral* 10 ed, São Paulo: Saraiva, 2006, 589 p.

CARDOSO, Hélio Apoliano. *Do sigilo*. Campinas: Bookseller, 2002. 408 p.

CARVALHO, Márcia Domitila Lima de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1992. 172 p.

CERQUEIRA, Átilo Antonio. *Direito Penal Garantista & A Nova Criminalidade*. Curitiba: Juruá, 2002. 183 p.

CHOUKR, Fauzi Hassan. *Garantias Constitucionais da Investigação Criminal*. 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001. 313p.

COSTA JÚNIOR, Paulo José. *O direito de estar só: A tutela penal do direito à intimidade*. 3 ed São Paulo: Siciliano Jurídico, 2004. 141 p.

_____; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do colarinho branco*. São Paulo: Editora Saraiva, 2000. 195 p.

CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Revisada e ampliada. 2ed. Curitiba: Juruá, 2004. 304p.

CUNHA, Maria Conceição Ferreira da. *Constituição e crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Porto: Universidade Católica Portuguesa, 1995. 80 p.

DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do direito penal revisitadas*, São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1999

DOTTI, René Ariel. *Proteção da vida privada e liberdade de informação: possibilidades e limites*. São Paulo: RT, 1980.

DWORKIN, Ronald. *Império do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 513p.

_____. *Levando os direitos a sério*. São Paulo: Martins Fontes, 2002. 568p.

_____. *Uma questão de princípio*. São Paulo: Martins Fontes, 2001. 610 p.

FALCONI, Romeu. *Direito Penal: Temas Ontológicos*. São Paulo: Ícone Editora, 2003. 254 p.

_____. *Lineamentos de Direito Penal*. 3 ed. São Paulo: Ícone Editora, 2002, 423 p.

FARIAS, Edimilson Pereira. *Colisão de direitos: A honra, a intimidade, a vida privada e a imagem versus a liberdade de expressão e informação*. Porto alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2000. 208 p.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. 3 ed. Ver., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2002. 156 p.

FERNANDES, Newton; FERNANDES, Valter. *Criminologia integrada*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995. 430 p.

FERREIRA, Aurélio Buarque de Holanda. *Novo aurélio século XXI: O dicionário da língua portuguesa*. São Paulo: Editora Nova Fronteira, 1999. 2128 p.

FOLMANN, Melissa. *Interpretação constitucional principiológica & sigilo bancário*. Curitiba: Juruá, 2003. 182 p.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal econômico e direito penal dos negócios*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.

FREITAS, Juarez de. *O controle dos atos administrativos e os princípios fundamentais*. São Paulo: Malheiros, 1997. 349p.

GOMES, Abel Fernandes, PRADO, Geraldo e DOUGLAS, William. *Crime organizado e suas conexões com o poder público: Comentários a Lei n. 9.034/95: considerações críticas*. Rio de Janeiro: Impetus, 2000. 133 p.

GÓMEZ PAVÓN, Pilar. *La intimidación como objeto de protección penal*. Madrid: Akal, 1989. 451 p.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988 (Interpretação e crítica)*. 11 ed São Paulo: Malheiros, 2006. 391 p.

GUERRA FILHO, Willis Santiago. *Direitos fundamentais, processo e princípio da proporcionalidade*, in *Dos direitos humanos aos direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1997. 401p.

_____. *Processo constitucional e direitos fundamentais*. São Paulo: Celso Bastos, 1999. 249p.

_____. *Teoria processual da constituição*. São Paulo: Celso Bastos, 2000. 321p.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito penal econômico*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2001. 187 p.

HABERMAS, Jürgen. *Direito e Democracia*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1997.

HASSEMER, Winfried. *Perspectivas de uma moderna política criminal*. Revista brasileira de Ciências Criminais: Revista dos Tribunais, 2001. 623p.

_____. *Segurança Pública no Estado de Direito*. São Paulo: Revista Brasileira de Ciências Criminais, vol. 2, n. 5, 1994. 270p.

_____. *Três temas de Direito Penal*. Porto Alegre: ESMP, 1993, 392 p.

HESSE, Konrad. *Elementos de direito constitucional da República Federal da Alemanha*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1998. 576 p.

_____. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991. 340 p.

INSUELA PEREIRA, Affonso. *O Direito Econômico na Ordem Jurídica*. 2 ed. Sao Paulo: Bushatsky , 1980.

LAVORENTI, Wilson; SILVA, José Geraldo da. *Crime organizado na atualidade*. Campinas: Bookseller, 2000. 226 p.

LOPES, Inácio Carlos Dias, TENÖRIO, Igor. *Crime organizado*. São Paulo: Leud, 2000. 217 p.

LOPES, Maurício Antonio Ribeiro. *Princípios Políticos do Direito Penal*. 2.ed. São Paulo: RT, 1999. 310p.

LYRA, Roberto. *Criminalidade Econômico Financeira*. Rio de Janeiro: Forense, 1978. 692p

MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*. São Paulo:Malheiros, 1996. 173p.

_____. *O Estado desorganizado contra o crime organizado. Anotações à Lei Federal nº 9.034/95 (Organizações Criminosas)*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 1997. 135 p.

_____. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999. 342p.

MARANHÃO, Odon Ramos. *Psicologia do crime*. São Paulo: Malheiros, 1993.142p.

MARTOS NUÑEZ, Juan Antonio. *Derecho penal económico*. Madrid: Editorial Montecorvo S.A, 1987, 625p.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de direito administrativo*. 4ed São Paulo:Malheiros, 1993 639p.

MENDRONI, Marcelo Batlouni. *Crime organizado: aspectos gerais e mecanismos legais*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2002. 192 p.

_____. *Crime de lavagem de dinheiro*. São Paulo: Editora Atlas, 2006. 213 p.

MIRANDA GALLINO, Rafael. *Delitos contra el orden económico*. 1 ed. Buenos Aires: Ediciones Pannedille, 1970. 68 p.

MORAES, Alexandre de. *Direito constitucional*. São Paulo: Atlas, 2003. 836 p.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza. *Por uma teoria dos princípios* . Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003. 347p.

PASOLD, César Luiz. *Prática da pesquisa jurídica: idéias e ferramentas úteis para o pesquisador do Direito*. 8. ed. Florianópolis: OAB/SC Editora, 2003.

PELARIN, Evandro. *Bem jurídico-penal: um debate sobre a descriminalização*. São Paulo: IBCCRIM, 2002. 171 p.

PEÑA CABRERA, Raúl. *Tratado de derecho penal, parte especial*. Lima: Ediciones Jurídicas, 1992. 429p.

PIERANGELI, José Henrique; ZAFARONI, Raul Eugênio. *Manual de direito penal brasileiro*. São Paulo: RT, 2004. 766p.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 1973. 223p.

PINHEIRO JÚNIOR, Gilberto José Pinheiro. *Crimes econômicos. As limitações do direito penal*. Campinas: Edicamp, 2003. 152 p.

PITOMBO, Antonio Sérgio A de Moraes. *Lavagem de dinheiro: A tipicidade do crime antecedente*. São Paulo: RT, 2003. 213p.

PRADO, Fabiana Lemes Zamalloa do. *A ponderação de interesses em matéria de prova no processo penal*. São Paulo: IBCCRIM, 2006. 238 p.

PRADO, Regis Prado. *Bem jurídico penal e constituição*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1997. 103 p.

QUEIJO, Maria Elizabeth. *O direito de não produzir prova contra si mesmo. O princípio 'nemo tenetur se detegere' e suas decorrências no processo penal*. São Paulo: Editora Saraiva, 2003. 461 p.

QUEIROZ, Carlos Alberto Marchi. *Crime organizado no Brasil: Comentários à Lei n. 9.034/95: aspectos policiais e judiciários: teoria e prática*. São Paulo: Iglu, 1998. 190 p.

ROCHA, Fernando A. N. Galvão da. *Estrutura jurídica do crime*. Belo Horizonte: Mandamentos, 1999. 513 p.

ROCHA, Luiz Carlos. *Investigação policial: teoria e prática*. Bauru: Edipro, 2003. 222 p.

ROXIN, Claus. *Problemas fundamentais de Direito Penal*. Tradução de Ana Paula dos Santos e Luis Natscheradetz. Lisboa: Veja, 1986 . 537 p.

SANTOS, Gustavo Ferreira. *O princípio da proporcionalidade na Jurisprudência do Supremo Tribunal Federal: Limites e possibilidades*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004. 223p.

SARLET, Ingo Wolfgang. *A eficácia dos Direitos Fundamentais*. 6 ed., Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2006. 501 p.

SCHÄFER, Jairo Gilberto. *Direitos fundamentais: proteção e restrições*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001. 152 p.

SCHMITT, Carl. *Teoria de la Constitución*. Madri: Alianza Universidad Textos, 1996. 654p.

SILVA, Juary C. *A macrocriminalidade*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1980. 237 p.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. São Paulo: Malheiros, 2004, 768p.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito penal supra-individual*. São Paulo: RT, 2002. 240p.

_____. *Direito penal econômico como direito pena de perigo*. São Paulo: RT, 2006. 206 p.

STEINMETZ, Wilson Antônio. *Colisão de Direitos Fundamentais e Princípio da Proporcionalidade*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001.223p.

STRECK, Paulo. *As interceptações telefônicas e os direitos fundamentais: Constituição, Cidadania, Violência: a lei n. 9.296/96 e seus reflexos penais e processuais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001. 147 p.

SUTHERLAND, Edwin H. *White-collar criminality*. in *American Sociological Review*, n. 5 Nova York, 1940.

TIEDEMANN, klaus. *Lecciones de Derecho Penal Económico: comunitario, español, alemán*. Barcelona : PPU, 1993. 243p.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal*. São Paulo: Saraiva, 1994. 362 p.

TORTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional – Uma contribuição ao estudo da Lei 7492/86*. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2002.198p.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Prática de processo penal*. São Paulo: Saraiva, 2002. 749 p.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *Mesa redonda sobre o crime organizado*. *Revista brasileira de Ciências Criminais*, ano 2, n. 8, outubro-dezembro de 1994, São Paulo.

ZANON, Artemio. *Introdução à ciência do direito penal*. Florianópolis: Obra jurídica, 1997. 173 p.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán: parte general*. Santiago : Jurídica de Chile, 1976. 721p.

WESSELS, Johannes. *Direito penal – parte geral (aspectos fundamentais)*. Tradução do original alemão e notas por JUAREZ TAVARES. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1976. 206 p.

Livros Grátis

(<http://www.livrosgratis.com.br>)

Milhares de Livros para Download:

[Baixar livros de Administração](#)

[Baixar livros de Agronomia](#)

[Baixar livros de Arquitetura](#)

[Baixar livros de Artes](#)

[Baixar livros de Astronomia](#)

[Baixar livros de Biologia Geral](#)

[Baixar livros de Ciência da Computação](#)

[Baixar livros de Ciência da Informação](#)

[Baixar livros de Ciência Política](#)

[Baixar livros de Ciências da Saúde](#)

[Baixar livros de Comunicação](#)

[Baixar livros do Conselho Nacional de Educação - CNE](#)

[Baixar livros de Defesa civil](#)

[Baixar livros de Direito](#)

[Baixar livros de Direitos humanos](#)

[Baixar livros de Economia](#)

[Baixar livros de Economia Doméstica](#)

[Baixar livros de Educação](#)

[Baixar livros de Educação - Trânsito](#)

[Baixar livros de Educação Física](#)

[Baixar livros de Engenharia Aeroespacial](#)

[Baixar livros de Farmácia](#)

[Baixar livros de Filosofia](#)

[Baixar livros de Física](#)

[Baixar livros de Geociências](#)

[Baixar livros de Geografia](#)

[Baixar livros de História](#)

[Baixar livros de Línguas](#)

[Baixar livros de Literatura](#)
[Baixar livros de Literatura de Cordel](#)
[Baixar livros de Literatura Infantil](#)
[Baixar livros de Matemática](#)
[Baixar livros de Medicina](#)
[Baixar livros de Medicina Veterinária](#)
[Baixar livros de Meio Ambiente](#)
[Baixar livros de Meteorologia](#)
[Baixar Monografias e TCC](#)
[Baixar livros Multidisciplinar](#)
[Baixar livros de Música](#)
[Baixar livros de Psicologia](#)
[Baixar livros de Química](#)
[Baixar livros de Saúde Coletiva](#)
[Baixar livros de Serviço Social](#)
[Baixar livros de Sociologia](#)
[Baixar livros de Teologia](#)
[Baixar livros de Trabalho](#)
[Baixar livros de Turismo](#)