

**FACULDADES INTEGRADAS CURITIBA
PROGRAMA DE MESTRADO EM DIREITO**

JAIRO AMODIO ESTORILIO

TENDÊNCIAS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NOS DELITOS EMPRESARIAIS

**CURITIBA
2007**

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

JAIRO AMODIO ESTORILIO

TENDÊNCIAS DA INVESTIGAÇÃO CRIMINAL NOS DELITOS EMPRESARIAIS

**Dissertação apresentada ao Programa de
Mestrado em Direito Empresarial das
Faculdades Integradas Curitiba, como
requisito parcial para obtenção do Título
de Mestre em Direito.**

**Orientador: Professor Doutor Luiz
Antonio Câmara**

**CURITIBA
2007**

SUMÁRIO

RESUMO.....	vi
ABSTRACT.....	vii
1 INTRODUÇÃO.....	1
2 MODELOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR UTILIZADOS PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA.....	4
2.1 O INQUÉRITO POLICIAL.....	8
2.1.1 Desenvolvimento Histórico, Origens e Conceito.....	8
2.1.2 A Atribuição para a Instauração do Inquérito Policial.....	12
2.2 O TERMO CIRCUNSTANCIADO DE INFRAÇÃO PENAL.....	14
2.2.1 Termo Circunstanciado de Infração Penal e os Crimes Econômicos.....	17
2.2.2 Juizados Especiais Criminais: Conclusões..	20
3 MODELOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR UTILIZADOS POR ÓRGÃOS NÃO EXCLUSIVOS.....	22
3.1 AS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO.....	22
3.1.1 Origens e Conceito.....	22
3.1.2 Funcionamento e Prerrogativas das Comissões.....	24
3.1.3 Limitações às Comissões Parlamentares de Inquérito.....	28
3.1.4 Críticas ao Modelo Brasileiro.....	30
3.1.5 As CPIs Frente aos Delitos Empresariais... ..	33
3.2 O PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DE NATUREZA CRIMINAL PROMOVIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.....	37
3.2.1 A Investigação Criminal Promovida Pelo Ministério Público.....	37
3.2.2 O Desenvolvimento da Atuação Investigatória do Ministério Público.....	38
3.2.3 A atuação do Ministério Público nos Delitos Empresariais.....	41
3.3 OS PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS DO BANCO CENTRAL, COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL E COAF.....	43
3.3.1 Banco Central do Brasil.....	43

3.3.2 Comissão de Valores Mobiliários.....	46
3.3.3 Secretaria da Receita Federal.....	51
3.3.4 Conselho de Controle de Atividades financeiras.....	56
4 BREVE ESTUDO DOS DELITOS ECONÔMICOS.....	59
4.1A SOCIEDADE DO RISCO.....	59
4.1.1 A Utilização dos Tipos de Perigo.....	66
4.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA.....	70
4.2.1 O Bem Jurídico Tutelado.....	76
4.2.2 O Investigado nos Delitos Econômicos.....	82
4.2.3 A Investigação da Pessoa Jurídica.....	90
4.3 A CRIMINALIDADE ECONÔMICA NO DIREITO BRASILEIRO.....	99
4.3.1. A Legislação que Define os Crimes Contra a Ordem tributária.....	105
4.4 CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS ACERCA DOS CRIMES FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS.....	108
5 A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.....	113
5.1 OS SUJEITOS DA INVESTIGAÇÃO E OS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.....	113
5.1.1 A Polícia Judiciária Estadual.....	114
5.1.2 A Polícia Judiciária Federal.....	116
5.1.3 O Ministério Público.....	118
5.2 OS MEIOS DE PROVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.....	121
5.2.1 Interceptação Telefônica e Ambiental.....	121
5.2.1.1 Interceptação telefônica.....	122
5.2.1.2 Interceptação ambiental.....	133
5.2.2 O Sigilo Bancário e Fiscal.....	137
5.2.2.1 A Investigação criminal e o sigilo bancário.....	139
5.2.2.2 As Prerrogativas dos órgãos investigativos.....	140

5.2.2.3 O Sigilo bancário da pessoa jurídica.....	147
5.2.2.4 O Sigilo fiscal.....	149
5.2.3 A Delação Premiada.....	150
5.3 AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NOS CRIMES DE EMPRESA.....	156
5.3.1 Delimitação do Tema.....	156
5.3.2 A Utilização da Prisão Preventiva nos Crimes Econômicos.....	158
5.3.3 A Prisão Temporária nos Delitos Econômicos.....	169
6 CONCLUSÃO.....	175
7 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS.....	179

RESUMO

O presente trabalho objetivou verificar os modelos de investigação criminal existentes no Brasil formalizados pela polícia judiciária e por outros órgãos que o s fazem de forma facultativa. Foram dissecadas as diversas formas de procedimentos, partindo do ponto de vista da autoridade pública que o conduz, explicitando suas vantagens e desvantagens, sempre sob a óptica constitucional, visando à elucidação de crimes econômicos. Analisou-se o delito econômico, partindo da idéia da Sociedade do Risco, com a conseqüente discussão sobre a necessidade da utilização dos tipos de perigo e de imprudência. Arriscamos defender um conceito de criminalidade econômica, definindo o bem jurídico tutelado e a sua projeção no direito brasileiro. A posição do investigado e as conseqüências da extinção da punibilidade na fase preliminar também exigiram análise. Na interseção dos temas, com maior ênfase às instituições exclusivas, procurou-se destacar as respectivas atuações sobre a criminalidade econômica nesta primeira década do novo milênio. Foram trazidos à discussão os meios de prova utilizados nas investigações criminais sobre delitos empresariais, nas suas formas mais criticadas pela doutrina. As medidas cautelares pessoais encerram o esboço como parte principal da análise das conseqüências da investigação criminal nesta área, com ênfase na discussão da sua razoabilidade e proporcionalidade frente aos princípios constitucionais fixados na Constituição da República de 1988.

ABSTRACT

The present work aim to verify the existing models of inquisitorial procedure in Brazil legalized by the police agency and others organizations that make it in a facultative way. Diverse forms of procedures are revised, considering the point of view of public authority that leads it, highlighting its advantages and disadvantages under the constitutional viewpoint, aiming to elucidate the economic crimes. It was analyzed the white collar crime, spotlighting the Risk Society idea, discussing about the use of danger and imprudence types. It was defended the concept of economic crime, defining its existence in the Brazilian criminal law. It also demanded a position analysis of the accused and the consequences of the punishment extinction in the preliminary phase. Between the subjects, emphasizing the exclusive institutions, it was highlighted what these organizations have done related with economic crime in the first decade of the new millennium . It was discussed about the evidences used in the inquisitorial procedures on enterprise crimes, considering its forms criticized by the doctrine. The provisional prisons lock up this research and it is the main part of the consequences analysis of the inquisitorial procedure in this area, emphasizing the discussion about its reasonability and proportionality considering the constitutional principles proposed by the Federal Constitution in 1988.

1 INTRODUÇÃO.

A

s recentes discussões sobre a reformulação do Código de Processo Penal brasileiro colocaram em evidência diversos pontos de esgotamento do sistema processual penal. Dentre eles subtraímos a investigação criminal, fase preliminar do processo penal, atribuída à polícia judiciária desde 1871 e mantida no Código de 1941. Com o advento da Constituição da República, promulgada em 1988, como ocorreu em outras áreas do Direito, o sistema policial de investigação preliminar, adotado até então passou a ser questionado.

Não só os dispositivos da Carta Magna mas também os da legislação infraconstitucional passaram a colidir com o modelo tradicional, apontando cada vez mais para um horizonte de reformas. Somadas a estes motivos, razões de ordem econômica e social também pressionaram a comunidade jurídica a repensar esta fase da *persecutio criminis*, em vista da sua relevância enquanto componente do sistema de segurança pública do país.

E

mbora a crise da investigação criminal se manifeste quando da apuração de crimes de qualquer natureza, observa-se um agravamento quando a investigação preliminar tem como objeto crimes econômicos. Aceitando a criminalidade econômica como um fenômeno relativamente novo e observando principalmente o advento da globalização, facilitador de condutas criminosas desta espécie, resulta preocupante a atuação dos órgãos investigativos na apuração de delitos não convencionais.

P

or outro lado, a sociedade se ressentida com as consequências da criminalidade socioeconômica, verificando que os danos provocados pelos seus autores superam em número e grau os efeitos da delinquência clássica. A lucratividade obtida com os proventos do crime e a camada social a que pertence o autor diferencia o modo de atuar do sistema repressivo estatal, motivo pelo qual nasce a crítica da ausência da persecução criminal nos crimes empresariais.

ortanto, pretende o texto examinar a investigação preliminar no processo penal quando tem como objeto a criminalidade empresarial. Os intrincados problemas decorrentes da busca da prova no desenvolvimento da investigação criminal de crimes não convencionais é matéria relevante no contexto internacional. Levando em consideração que o legislador brasileiro vem importando inovações alienígenas nesta área sem maiores precauções, multiplicam-se os problemas de adequação. Estas questões ganham proporção quando atentamos aos recentes estudos sobre a sociedade do risco, o crime organizado e a lavagem de dinheiro.

Considerando que o legislador constituinte consolidou inúmeros princípios, alicerçando os direitos e garantias fundamentais, demonstrando o constante cuidado com a questão da colisão entre direitos e garantias individuais e o direito de punir do Estado, apesar do matiz penal e processual penal conferido ao texto, se analisa o tema à luz da Constituição de 1988.

Saliente-se que o Estado, ao atuar como ente responsável pela investigação criminal sempre invade a esfera dos direitos e garantias fundamentais, acarreta reflexos no exercício da cidadania e provoca eventuais danos à atividade empresarial.

Para uma melhor compreensão do tema referente à criminalidade econômica nos socorremos também de conceitos propostos pela Criminologia, atualmente mais próxima do Direito Penal.

Dentro desta perspectiva, fazemos uma análise das espécies de investigação criminal existentes hoje no Brasil, utilizando como referencial o órgão que a conduz, delimitando também o tipo de procedimento adotado e seu embasamento legal.

Nesta linha de desenvolvimento pretendemos demonstrar a crise existente no modelo tradicional utilizado no Brasil, bem como as perspectivas propostas pela comunidade jurídica nacional e internacional para solucionar o problema. Avançando no assunto examina-se o procedimento realizado por órgãos não exclusivos, apontando os aspectos negativos e positivos d esta atuação fragmentada.

Exaurida a primeira parte do trabalho, dissecando a investigação preliminar em seus vários aspectos, passa-se à abordagem do delito econômico, iniciando com o estudo das idéias de Ulrich Beck e Niklas Luhmann sobre a sociedade do risco. Como consequência natural surge a discussão em torno da necessidade do aumento da utilização dos tipos de perigo e de imprudência, dominantes na perspectiva de um Direito Penal do Risco.

Examinam-se os conceitos e as características da criminalidade econômica, trazendo a idéia do bem jurídico supra-individual, de natureza coletiva, ausente das amarras do liberalismo antropocêntrico, herdado da sociedade industrial moderna. Não deixamos de lado as idéias propostas pelo sociólogo norte-americano Edwin Sutherland quando fala do criminoso do colarinho branco, indicando a singularidade do autor de crimes econômicos.

Dentro do problema da autoria, questiona-se o dogma *societas delinquere non potest*, levando em consideração a importância da responsabilização do ente coletivo na admissão de um Direito Penal Econômico. A forma como estes temas se relacionam no campo jurídico nacional é assunto preponderante nos tópicos acima descritos.

Como ponto de encontro entre os temas analisados resta a parte final do trabalho: investigar como os sujeitos da fase preliminar atuam frente ao crime não convencional. Reserva-se espaço à árdua questão da busca de provas durante a persecução penal, levada a efeito por estes sujeitos, enfatizando a preocupação de natureza constitucional com os direitos e garantias fundamentais das vítimas e dos indiciados.

Novos institutos, como a delação premiada, são abordados dentro da perspectiva que surgiu, partindo da reação social nos moldes da doutrina da lei e da ordem. Propomos em seguida uma análise crítica das medidas cautelares pessoais, instrumentos que devem pertencer à *ultima ratio* do processo penal garantista.

Desta forma, admitindo que ecoem uníssonos reclamos de toda sorte com referência à fase preliminar do processo penal, objetivamos com a análise dos aspectos já relacionados demonstrar como o sistema vem operando, esperando

auxiliar nas discussões que pretendem uma reforma do atual sistema de investigação preliminar no processo penal brasileiro.

2 OS MODELOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR UTILIZADOS PELA POLÍCIA JUDICIÁRIA.

Apesar de existir uma clara tendência a modificações na estrutura da fase investigatória¹, pensa-se que atualmente quatro espécies vêm representando a fase preliminar do processo penal em nosso país quando se trata de crime convencional ou não. Especificamente quando se está diante de crimes fiscais ou financeiros, conta-se também com a atuação de órgãos do Banco Central, da Comissão de Valores Mobiliários, da Secretaria da Receita Federal e finalmente do Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF, os quais ao procederem às fiscalizações no âmbito de suas atuações também apuram as condutas que se subsumem em atividade criminosa, praticamente caracterizando uma instância investigatória. Sendo assim, no que se refere à fase preliminar para apuração de crimes econômicos, classificam-se os modelos investigatórios em cinco grupos, o último deles sintetizando todos os órgãos com a atividade principal fiscalizadora.

A contar do início da última década do século passado, o surgimento no cenário jurídico nacional de outros tipos de procedimentos investigatórios passa a revelar-se justamente quando a crise na área da Segurança Pública aparece de uma forma visceral². Pressionado pelo advento da Constituição da República de

¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL. **Revista Brasileira de Ciências Criminais (IBCCRIM)**. São Paulo: RT, n. 31, p. 65, jul / set 2000.

² A propósito da crise referenciada observe-se a seguinte passagem doutrinária: “Mas é preciso fixar que o desmonte do Estado, tal como proposto pelo neoliberalismo e conduzido pela política oficial de nossos países, longe está de se confundir com o ideal de seu *Absterben*. O Estado desmontado não se extingue, expande-se, na reprodução, sob outro nível, dos princípios da centralização e descentralização. É fácil compreender, assim, que, em consequência, o policiamento, a investigação e a segurança, para fixarmos-nos somente nesses aspectos, já não são privilégios exclusivos de órgãos ditos públicos, senão de empresas ou agências privadas de segurança ou de investigação. A privatização do Estado consiste precisamente nisso, em expandir o poder político simbólico em todos os sentidos e repartir a sua atuação prática com os verdadeiros donos desse poder, mediante a utilização de um quadro maior de novos funcionários, recrutados com maior flexibilidade e rapidez, do contingente daqueles que sempre foram e continuam sendo os seus utensílios, o povo. Se pudéssemos retocar cinematograficamente esse quadro, teríamos a visão de que se reconstrói, sob nova roupagem e formalmente legitimado, o antigo e nosso velho conhecido exército de jagunços, que, agora, não só mata, senão, principalmente, investiga, previne

1988 e sucessor de um período ditatorial que o utilizou como instrumento de repressão política³, o inquérito policial que representava de forma soberana esta fase da persecução já não supre as necessidades do Brasil atual.

A literatura mostra que o surgimento desta crise é recente. Até o final da década de oitenta, os processualistas penais pouco tocavam nesta questão⁴, quando muito, discutia-se a respeito da dispensabilidade do inquérito no momento do oferecimento da denúncia. Já questões ligadas à função do Ministério Público e da Polícia Judiciária com referência à fase preliminar mostravam -se sedimentadas, restando naquele período dois pontos referenciais: o primeiro que cabia à Polícia Judiciária a investigação criminal, e ao Ministério Público, cabia a titularidade da Ação Penal; o segundo ponto, que compreendia a fase preliminar, era desenvolvido quase que exclusivamente através do inquérito policial, como instrumento principal e legítimo⁵. E o que se observa é que passadas apenas duas décadas, obviamente não somente por motivos endógenos, resultantes do próprio sistema processual que jazia dominante, mas principalmente como mais um dos resultados do colapso do paradigma da modernidade⁶, presenciamos hoje um momento de ebulição no que se refere à fase embrionária da persecução criminal.

e reprime.”(TAVARES, Juarez. A globalização e os problemas de segurança pública. Ciências Penais : abcp, volume 0, ano 1, 2004. São Paulo : RT, 2004, p. 136.)

³ Nesse sentido: “O alinhamento de um número cada vez maior de países às idéias fundantes do Código Modelo aponta para a necessidade urgente de o Brasil adequar seu modelo processual penal às novas tendências, até porque muitos dos institutos do Código de Processo Penal de 1940 devem ser reestruturados de acordo com os princípios e as regras da Constituição superveniente, com os quais entraram em conflito. Disso também decorrem as dificuldades com uma jurisprudência, nem sempre sensível à tensão entre o velho e o novo. Por outro lado, o processo forjado em 1940, moroso, complicado, extremamente formal, não se coaduna com sua almejada efetividade, levando freqüentemente à impunidade. É preciso mudar esse quadro.” (GRINOVER, Ada Pellegrini. Op.cit., p. 66.)

⁴ Evidenciando a crise do sistema, nesta passagem de Lopes Jr., se discute hoje a necessidade de mudança: “O inquérito policial é um sistema falido. A construção de um modelo ideal deve partir de uma valoração estrutural da investigação preliminar, em toda sua extensão. Por isso, tem igual importância a determinação do sujeito ativo, do objeto e da atividade a ser desenvolvida. O problema não será resolvido somente com uma modificação da autoridade encarregada. É imprescindível (re) discutir a forma dos atos e, principalmente, a posição e função do juiz de garantias. Mais importante em definir quem investiga está em definir quem garante.” (LOPES JR., Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. 3ª ed., Rio de Janeiro: Editora Lúmen Júris, 2005, p. 369.)

⁵ TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *PROCESSO PENAL*, v. 1, 11 ed. São Paulo: Saraiva, 1989, p.167,169 e 171.

⁶ Através das lições de SANTOS demonstra-se a projeção na *praxis* jurídica do colapso do paradigma da modernidade: “A falsa questão reside no pressuposto de que a especificidade

Como se sabe, além do inquérito policial, já existiam outras espécies de procedimentos investigatórios, mas eram pouco utilizados, como é o caso das Comissões Parlamentares de Inquérito⁷, atualmente funcionando diariamente nos parlamentos do país. Mas, embora as CPIs não tenham sido criadas especificamente para apuração de delitos, de forma oblíqua costumam trazer à tona a autoria da prática de infrações penais. Em boa parte dos casos, elas expõem também a existência das infrações, desta forma representando verdadeira espécie de investigação criminal. Outras, como, por exemplo, o procedimento para os chamados crimes de menor potencial ofensivo, formalizado através dos Termos Circunstanciados de Infração Penal, nasceram como consequência de uma nova postura, principalmente do Judiciário, que pretendeu desafogar as Varas Criminais do grande número de processos em tramitação.

Já os procedimentos realizados pelo Ministério Público, representando procedimentos administrativos pré-processuais, provocaram e ainda provocam grande celeuma no campo jurídico. Em sentido favorável disserta LOPES Jr:

Destarte, entendemos que o Ministério Público ademais de participar no inquérito policial - como explicamos no ponto anterior – poderá ser protagonista, instaurando e instruindo seu próprio procedimento administrativo pré-processual. Entendemos que o MP pode instaurar e realizar uma verdadeira investigação preliminar, destinada a investigar o fato delituoso (natureza pública), com o fim de preparar o

operacional do direito é suficientemente “material “ para que possa questionar -se o direito estatal sem questionar o Estado. É evidente que essa especificidade levanta alguns problemas operacionais particulares (por exemplo, demoras e custos da justiça, brutalidade policial, congestionamento dos tribunais e das prisões, serviços de justiça insuficientemente dotados de recursos financeiros e humanos , discrepância entre o direito escrito e o direito aplicado , etc.) No entanto, para além do limitado – mas importante- nível operacional , esses problemas não são jurídicos técnicos : são problemas políticos. Isto é sobretudo evidente em dois dos defeitos da juridicização da vida social salientados pelo processualistas e os autopoieticistas: ineficácia e materialização (sobrecarga).” (SANTOS, Boaventura de Sousa. A crítica da razão indolente: contra o desperdício da experiência. v.1. , 3 ed. , São Paulo : CORTEZ EDITORA , 2000. p. 15 e 161).

⁷ Este resumo histórico nos posiciona quanto ao surgimento das CPIs : “Sempre é bom frisar que foi sob o manto Constitucional de 1946, que o Poder Legislativo houve por bem de regulamentar as atividades das Comissões Parlamentares de Inquérito, promulgando a Lei número 1.579, de 18 de março de 1952, e que vige até os nossos dias, prevendo que as Comissões Parlamentares de Inquérito: “ terão ampla ação de pesquisas destinadas a apurar os fatos determinados que deram origem à sua formação “.(DA SILVA , Edson Jacinto. CP I. A Comissão Parlamentar de Inquérito. Campinas, SP : Servanda Editora, 2004. p.33).

exercício de ação penal. Aqui se materializa a figura do promotor investigador⁸.

Mas, apesar de não existir norma específica que permita a investigação criminal realizada diretamente pelo órgão acusador, o fato é que os magistrados a aceitam e utilizam sem qualquer cerimônia. Para a comprovação dessa afirmação basta contabilizar as medidas cautelares que são prontamente atendidas pelo Judiciário⁹. Portanto, se não a reconhecem explicitamente, há uma clara tendência à aceitação tácita de tal espécie.

Afinal, considerando o exposto nesta primeira parte, embora a investigação criminal realizada pelo promotor de justiça não encontre alicerce legal explícito, não podemos deixar de considerar a sua existência e utilização na *praxis*, portanto uma categoria real dentro do ordenamento jurídico. Sendo assim, nos parece sensato afirmar que o modelo atual de investigação preliminar no Brasil para apuração de crimes econômicos é composto por cinco espécies, de acordo com o acima exposto, exceto os procedimentos propriamente militares.

Desta forma, neste capítulo e no próximo, passaremos a analisar cada uma das espécies, procurando dissecar suas características, possibilitando um melhor entendimento do seu funcionamento.

⁸ LOPES Jr. , Aury. Sistema de Investigação Preliminar no Processo Penal. 3 edição , Rio de Janeiro: Lúmen Júris , 2005.p.157.

⁹ Veja-se, a propósito, a jurisprudência do STJ: “BRASIL.Superior Tribunal de Justiça. Ementa, RMS 17884/SC. Recurso Ordinário em Mandado de Segurança. Ministro Gilson Dipp, 5ª.Turma, 17/11/2005. O entendimento consolidado desta Corte é no sentido de que são válidos, em princípio, os atos investigatórios realizados pelo **Ministério Público**. A interpretação sistêmica da Constituição e a aplicação dos poderes implícitos do **Ministério Público** conduzem à preservação dos poderes investigatórios deste Órgão, independentemente da **investigação** policial. O Supremo Tribunal Federal decidiu que a vedação dirigida ao **Ministério Público** é quanto a presidir e realizar inquérito policial.Esta Corte tem se orientado pela possibilidade de retroação da Lei10.174/01, para atingir fatos geradores verificados anteriormente e à sua vigência. A proteção aos sigilos bancário e fiscal não é direito absoluto, podendo ser quebrado quando houver a prevalência do direito **público** sobre o privado, na apuração de fatos delituosos ou na instrução dos processos **criminais**. Precedentes. Recurso desprovido.Disponível em <http://www.stj.gov.br.Acesso> em :27 de jun. de 2006.

2.1 O INQUÉRITO POLICIAL

2.1.1 Desenvolvimento Histórico, Origens e Conceito.

O texto legislativo de cunho penal mais remoto reconhecido como vigente no Brasil Colônia desde o regime das capitanias hereditárias até a nomeação do Governo - Geral foram as Ordenações Manuelinas, publicadas em 11 de março de 1521 ¹⁰. Não se identifica um sistema de investigação preliminar específico, mas sim um processo em que as ações se iniciavam através das chamadas *denúncias*, *querelas juradas* ou *inquirições devassas* ¹¹. Neste período, estando já a escrita bastante difundida, encontramos tabeliães, inquiridores e outros oficiais da justiça como operadores daquele sistema. Um destaque maior foi dado ao promotor de justiça com o advento das Ordenações Manuelinas.

As Ordenações Filipinas que sucederam as Ordenações Manuelinas, somente entraram em vigor no reinado de D. Felipe II (III, de Espanha), entrando em vigor por lei em 11 de janeiro de 1603. ¹² No corpo das Ordenações Filipinas o que se encontra mais próximo do sistema atual de investigação criminal foram as chamadas *devassas e inquirições*. ¹³

Embora as Ordenações Filipinas tenham vigido no Brasil até praticamente o ano de 1832, quando foi promulgado o Código do Processo Criminal de Primeira

¹⁰ PIERANGELLI, José Henrique. *PROCESSO PENAL, Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. Bauru : Editora Jalovi , 1983, p.59.

¹¹ Explicando as espécies de procedimento utilizados no Brasil Colônia, veja -se a seguinte lição de Pierangeli :“Querela era a queixa apresentada pela vítima ao juiz, que devia ser registrada por tabelião perante testemunhas, e, a seguir, uma vez prestado pelo querelante o juramento de malícia ou calúnia - querela jurada – devia-se indicar as testemunhas para a prova da acusação, ou, pedir prazo para assim proceder. Também existia a investigação oficiosa, quando chegasse ao conhecimento do juiz a prática de delito grave nos limites de sua jurisdição e que não tivesse sido oferecida querela. Nesses casos, deveriam depor todas as pessoas que pudessem esclarecer o fato. A obrigatoriedade de depor, no início, só atingia o homicídio,mas , ao depois, passou a abranger as lesões corporais, furto, delitos de estupro(mulheres forçadas) e outros crimes cujo o autor ficasse sujeito a penas corporais”. (Pierangeli, José Henrique, Obra citada, p.52,59).

¹² PIERANGELLI, José Henrique. Obra Citada, p.62.

¹³ “Deixamos assinalado que devassas eram inquirições para a informação dos delitos e que se classificavam em devassas gerais e devassas especiais.”) Pierangeli, José Henrique. Obra citada, p. 65).

Instância, as funções policiais e da judicatura foram se paradas através do Alvará de 25.06.1760, criando o cargo de Intendente -Geral de Polícia, tornando nítida a separação das funções, dentro da tradição do direito luso -brasileiro. O Código do Processo Criminal de Primeira Instância confirmando uma lei anterior outorgou novamente a juízes de paz atribuições policiais, bem como estabeleceu que em cidades de maior população, um dos juízes de direito seria o chefe de polícia. Tal situação, no entanto, durou pouco, pois a Lei nº 261, de 3 de dezembro de 1841 criou o cargo de chefe de polícia, com os delegados e subdelegados que se fizessem necessários¹⁴.

Mesmo não havendo um instrumento com a nomenclatura jurídica *inquérito policial*, estava nítida a divisão de funções entre a magistratura e a polícia com a conseqüente atribuição da investigação preliminar à polícia judiciária. Tal tendência concretizou-se através do REGULAMENTO nº 120, de 31 de janeiro de 1842, que veio com a seguinte redação, na Seção II, sobre a Polícia Judiciária:

Art. 3º. São da competência da Polícia Judiciária:

1º. A atribuição de proceder a corpo de delicto, compreendida no §4º. do art.12 do Código do Processo Criminal.

2º. A de prender os culpados, compreendida no §5º. do mesmo artigo do dito Código.

3º. A de conceder mandados de busca¹⁵

No entanto, embora a polícia judiciária já realizasse a investigação preliminar no Brasil, somente na segunda metade do século XIX, precisamente no ano de 1871, surge oficialmente no Brasil, através do decreto nº 4824 de 22 de novembro, o inquérito policial, com a seguinte disposição:

Art. 42 - O inquerito policial consiste em todas as diligencias necessárias para o descobrimento dos factos criminosos, de suas

¹⁴ TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: RT, 2004, p.68.

¹⁵ REGULAMENTO nº.120, de 31 de janeiro de 1842, ver Pierangeli, José Henrique. Obra citada, p.266.

circunstancias e dos seus autores e cúmplice; deve ser reduzido a instrumento escrito , observando o seguinte ;¹⁶

Desta forma, foi instituída no Brasil a investigação preliminar policial, que através do inquérito policial reuniria os motivos suficientes para um provável processo criminal ou justificaria um não processo.

Posteriormente, em 1936, durante as discussões pretéritas ao Código de Processo Penal de 1941, o então Ministro da Justiça Vicente Ráo externou sua preferência em instituir no país os juizados de instrução, suprimindo o inquérito policial ¹⁷e, embora uma parcela da doutrina da época tivesse se posicionado a favor da mudança do sistema de investigação preliminar, manteve -se o inquérito policial e o conseqüente sistema policial. Tal posicionamento foi justificado através da conhecida exposição de motivos do Ministro Francisco Campos, quando da apresentação do atual Código de Processo Penal, que entraria em vigor em 1942.

Desta forma, passado mais de um século da sua instituição, apesar das inúmeras leis especiais que modificaram o texto do atual Código de Processo Penal, continua em vigor no país o sistema policial de investigação criminal, formalizado através do inquérito policial. Devemos ressaltar também que um dos projetos em trâmite no Congresso Nacional referente à investigação criminal, muito pouco a altera, fazendo apenas algumas modificações pontuais, mantendo claramente o sistema de investigação nas mãos da polícia judiciária. ¹⁸

Apesar da ênfase das discussões nos sistemas que os países adotam para conduzir a etapa primária do processo penal, parece que o cerne da questão reside basicamente no operador do direito que vai conduzir a investigação. Neste ponto se

¹⁶ PIERANGELLI, José Henrique. Obra citada, p. 410 .

¹⁷ Relatório do criminalista Mario Bulhões Pedreira, apresentado perante a Segunda Seção do Congresso Nacional de Direito Judiciário. O projeto suprime o inquérito policial e, em conseqüência, institui o juizado de instrução. É o eixo da reforma, em torno do qual gravitam as suas inovações principais. Base fundamental do sistema, imprime à arquitetura do novo estatuto processual o estilo que o caracteriza. Nele se integram, organicamente, - a produção da prova, em contraditório regular, perante o juiz processante – e - a simplificação da ação penal”. (ESPÍNOLA FILHO, Eduardo. Código de Processo Penal Brasileiro Anotado.v.1.Campinas: BOOKSELLER , 2000 , p.283).

¹⁸ BRASIL. Presidência da República. Projeto de lei número 4.209 de 2001, altera dispositivos referentes a investigação criminal. Disponível em <<http://www.presidencia.gov.br> >. Acesso em: 15 dez. 2006.

encontra a origem do problema, já que todo o sistema é baseado na figura que protagoniza os atos desta fase, seja ele o delegado de polícia, o promotor de justiça ou o juiz ¹⁹.

Curioso observar que o inquérito policial, como todo o instrumento que formalize a fase preparatória do processo penal, guarda natureza inquisitorial, já que a coleta de indícios e a posterior indicação da autoria decorrem, obrigatoriamente, de um trabalho essencialmente de cunho administrativo. Mesmo em países que optaram por um sistema em que o Ministério Público conduz a investigação, como é o caso da Alemanha, Itália e Portugal ou o próprio juiz de instrução, como na Espanha e França, todo o trabalho de coleta de provas e a posterior definição do objeto da acusação serão realizados através de atos de natureza inquisitória, já que é uma atividade administrativa, mesmo não havendo um procedimento formal escrito nos moldes de um inquérito. O que acaba caracterizando a natureza inquisitória da fase preliminar não é a existência do inquérito policial e sim a indispensável função da busca de provas, da localização de testemunhas e indicação de possíveis autores. Em qualquer sistema adotado, teremos natureza inquisitorial na fase pré-processual, e o que devemos discutir e fixar são os limites da intervenção do Estado na vida do cidadão, enquanto órgão encarregado da investigação, bem como a estrita observação dos direitos e garantias constitucionais de todos os envolvidos nesta fase da persecução criminal.

A discussão em torno do modelo a ser utilizado na fase preliminar do processo penal é tema de relevância para solução dos problemas que afetam os direitos e as garantias individuais, já que cada modelo traz uma série de conseqüências, mormente, no plano das garantias processuais. Um dos aspectos mais relevantes se situa justamente na localização do órgão investigador dentro dos Poderes do Estado, geralmente inserido na estrutura do Poder Executivo, não

¹⁹ Em sentido contrário Aury Lopes Junior: “Aqui reside minha inconformidade: muito mais importante do que decidir quem vai fazer a inquisição (MP ou Policial), está em definir como será a inquisição, sempre mantendo o juiz – obviamente – bem longe de qualquer iniciativa investigatória. A discussão em torno da autoridade encarregada é reducionista e minimalista, pois deixa de lado aspectos verdadeiramente fundamentais, como:” (LOPES JR., Aury , Op. cit . , nota do autor à 3 edição.p.XXXII).

raramente permitindo a utilização do órgão encarregado pela investigação para fins políticos.

A nomenclatura inquérito policial advém do sistema utilizado no Brasil na fase preparatória do processo penal, na qual a Polícia Judiciária detém o poder de determinar os atos necessários durante a investigação. Nesse modelo, a polícia recebe diretamente as informações sobre os supostos fatos delituosos e passa, por iniciativa própria, a conduzir os atos necessários para a indicação e localização do autor do delito. Desta forma, observa-se claramente a sua natureza jurídica de procedimento administrativo pré-processual.

No que concerne ao conceito de inquérito policial, passado mais de um século da sua criação e existência, parece que a definição mais clara, concisa e atual, é a contida na obra do professor Lopes Junior que nos ensina: “Em suma, o inquérito policial tem como finalidade o fornecimento de elementos para decidir entre o processo ou o não-processo, assim como servir de fundamento para as medidas endoprocedimentais que se façam necessárias no seu curso” ²⁰.

Importante observar que o inquérito policial continua sendo ainda, na maioria dos casos, numérica e qualitativamente o instrumento mais utilizado na busca das informações necessárias para apontar o autor de um determinado fato delituoso, possibilitando o nascimento do processo penal.

2.1.2 A Atribuição para a Instauração do Inquérito Policial.

Muito se tem discutido nas últimas décadas sobre a atribuição da Polícia Judiciária para proceder de forma exclusiva à condução das investigações criminais através do inquérito policial. Passados os momentos mais acirrados dessa discussão, originada na Constituição da República de 1988, quando da outorga ao Ministério Público para exercer o controle externo da atividade policial, passamos por um estado de relativa estabilização, porque continua o inquérito policial sendo presidido por delegado de polícia, embora o promotor de justiça também prossiga realizando suas investigações em procedimentos próprios sem maiores restrições.

²⁰ LOPES Jr., Aury . Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, p.147.

Uma terceira via, muito em voga, inclusive no Estado do Paraná, consiste na designação de um delegado de polícia, para trabalhar em conjunto com o promotor de justiça, sob determinações deste último, suprindo o aspecto legal da atribuição com a presença formal da autoridade policial.

A estabilização acima referida é relativa, já que os projetos de lei apresentados no Congresso Nacional, inclusive com referência ao Código de Processo Penal, trazem mudanças nesta questão. Também junto ao Supremo Tribunal Federal aguardam-se decisões que vão selar muitas discussões em torno do assunto.

De qualquer forma, o que importa é o contexto atual. Está sedimentado o entendimento de que o inquérito policial deverá ser presidido por autoridade policial e, caso entenda o promotor de justiça, deverá requisitar diligências que entender cabível. Neste caso, como é pacífico, não poderá o delegado de polícia, salvo se manifestamente ilegal, recusar-se a atender tal requisição ²¹.

Subtraídas algumas atuações isoladas durante a fase pré-processual que podemos considerar heterodoxas²², observamos que as instituições estão se adaptando ao novo contexto, principalmente com a recente necessidade da investigação da criminalidade econômica. Desta forma, vem a Polícia Judiciária atuando de modo mais aproximado do Ministério Público, por intermédio de unidades especializadas, passando a unir esforços durante a persecução criminal, em vez de medir forças visando a um protagonismo vazio e sem sentido. Outra criação recente são as chamadas *forças-tarefa*, das quais diversos órgãos do Executivo, tais como a Receita Federal, Estadual e as entidades de fiscalização do meio ambiente e não só mais a polícia participam em ações conjuntas, com apoio inclusive do Judiciário, no sentido de possibilitar um enfrentamento mais eficaz, inclusive na questão do crime organizado, intimamente ligada ao delito econômico.

²¹ Nesse sentido: Aury Lopes Jr., p.149 e 155; Fernando Capez, *Curso de Processo Penal*, p.74 e 85; Guilherme de Souza Nucci, *Manual de Processo Penal e Execução Penal* p.128,132 e 136; Rogério Lauria Tucci, *Ministério Público e Investigação Criminal*, p.38, 41, 47, 56, 59, 75, 76, 77 e 78. Em sentido contrário encontra-se o posicionamento de Jacinto Nelson de Miranda Coutinho. *O Ato administrativo de Instauração do Inquérito Policial*, in: estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, RT.

²² Refiro-me aos casos em que a polícia militar realiza a investigação criminal, utilizando o chamado serviço reservado (P2), originariamente criado para apuração de faltas disciplinares internas.

2.2 O TERMO CIRCUNSTANCIADO DE INFRAÇÃO PENAL.

Com a publicação da Lei nº 9.099, de 26 de setembro de 1995, criou o legislador o procedimento que passou a ser chamado de Termo Circunstanciado, utilizado como instrumento para apuração das infrações penais de menor potencial ofensivo. Foi idealizado como proposta para uma persecução penal mais rápida e eficaz. Tal iniciativa procurou, por um lado, desafogar as já tão assobeadas Varas Criminais e por outro, permitir que os autores de delitos considerados “menores” passassem a ser julgados, diminuindo a impunidade.

Antes desta legislação, raramente o delegado de polícia formalizava procedimentos com base em contravenções penais, ou em outros delitos com penas similares. Primeiro, porque seria inútil, já que o tempo de conclusão do inquérito policial e o posterior processo certamente acarretariam a prescrição. Além disso, o ofendido, principalmente nos casos de menor potencial ofensivo, a exemplo das ameaças, lesões leves, perturbação do sossego e outros, pretende uma resposta rápida do Estado, no sentido de apaziguar os ânimos e manter a paz social.

Levando em conta também o custo na movimentação de toda a máquina punitiva do Estado para a resolução de um conflito menor, o qual na maioria dos casos termina hoje em transação penal, o que acabava ocorrendo era uma atuação mais próxima do assistencialismo na delegacia de polícia, procurando o operador do direito dar solução ao conflito através do consenso entre as partes. O grande problema é que não havia qualquer força coercitiva no acordo entre as partes, o conflito era resolvido em vista da conciliação informal realizada pelo delegado de polícia, como ocorreu durante muitas décadas por intermédio dos chamados “termos de bem viver”²³. Não raras vezes, o mesmo caso retornava ao seio social e

²³ Interessante observar que esta prática persistiu na Polícia Civil do Paraná até o final do século XX, tendo sua origem em meados do século XIX: “Secção II, Dos termos de bem viver e de segurança, art.111. (Os Chefes de Polícia, Delegados, Subdelegados e Juizes de Paz, aos quaes constar que existem nos seus districtos, ou a quem forem apresentados alguns vadios ou mendigos, nos termos dos arts.295 e296 do Código Criminal, bêbados por habito; prostitutas que perturbem o socego publico; turbulentos que por palavras e acções offendam os bons costumes, a

continuava o impasse que esbarrava na falta de um procedimento mais adequado para a resolução destes conflitos.

Passados agora mais de dez anos da prática do novo Instituto, parece que o legislador alcançou suas pretensões. O procedimento reduzido e simplificado permitiu a formalização da grande maioria das demandas envolvendo delitos de menor potencial ofensivo que aportam nas delegacias de polícia. Além disso, o infrator é levado à audiência preliminar em tempo aceitável, mesmo nas grandes Comarcas, permitindo que a Justiça se faça presente a tempo, dirimindo o conflito, aplicando a decisão, subtraindo a sensação de impunidade.

Em julho de 2001, com a Lei nº 10.259, instituindo os Juizados Especiais Cíveis e Criminais no âmbito da Justiça Federal, houve uma considerável ampliação do rol dos delitos afetos aos Juizados²⁴. Como a nova legislação considerou infração de menor potencial ofensivo delitos com pena de até dois anos, passou a Justiça Estadual a observar o mesmo critério, ampliando a competência dos Juizados Estaduais que hoje julgam feitos com penas de até dois anos, nos moldes da Justiça Federal. Parece que a medida foi acertada, já que não havia lógica em critérios quantitativos diversos, levando em consideração que, no âmbito estadual, o sistema já estava implantado e não houve maiores problemas. Como resultado desta uniformização, duas consequências foram observadas: a ampliação do rol dos delitos afetos aos Juizados, o que veio em boa hora, pelos motivos que já mencionamos no início deste subtítulo e o aumento significativo de casos encaminhados aos Juizados Especiais Criminais, o que provoca demora nas decisões.

tranquilidade pública e a paz das famílias, procederão imediatamente na conformidade do disposto nos arts.121,122,123 e124 do Código do Processo Criminal, obrigando-os a assignar termo de bem viver, e comunicando-lhes pena, para o caso em que o quebrem.....).Regulamento número120 de 31 de janeiro de 1842, texto reproduzido no original , (PIERANGELLI, José Henrique. Obra citada , p.278).

²⁴ Art.2º. Compete ao Juizado Especial Federal Criminal processar e julgar os feitos de competência da Justiça Federal relativos às infrações de menor potencial ofensivo.

Parágrafo único.Consideram-se infrações de menor potencial ofensivo, para os efeitos desta Lei, os crimes a que a lei comine pena máxima não superior a 2 (dois) anos , ou multa. (Lei nº. 10.259 de 12/07/2001. Código Penal, Processual Penal e Constituição Federal. São Paulo:Saraiva, 2006,p.834).

O procedimento policial observado nestes casos consiste, basicamente, no atendimento ao reclamante de um determinado delito sendo lavrado um documento que se assemelha muito ao boletim de ocorrência²⁵. Neste procedimento constam não só os dados do fato criminoso, bem como um resumo das versões das partes, sendo anexados os respectivos laudos pertinentes. Após, este procedimento é encaminhado ao Juizado, com a audiência previamente designada, onde o magistrado irá prestar o atendimento jurisdicional.

Outras formas de recebimento da *notitia criminis* ocorrem por intermédio de fatos encaminhados por policiais militares ou guardas municipais, sendo o caso analisado pela autoridade policial que lavra o respectivo termo. Finalmente, a própria Polícia Judiciária, por intermédio de seus agentes, também acaba gerando ocorrências que se amoldam aos casos afetos aos Juizados Especiais Criminais, por exemplo, quando realiza a detenção de um usuário de substância entorpecente.

Embora não se possa falar em uma investigação criminal clássica, já que o chamado fato oculto, nestes delitos não se manifesta de forma severa, mas ao contrário, na maioria dos casos trata-se de delitos que ocorrem de forma aparente, sem planejamento prévio, não podemos deixar de incluir o Termo Circunstanciado de Infração Penal como espécie de investigação criminal. Tal tendência foi recepcionada no texto final do Projeto de Lei nº 4.209 de 2001, que trata da reforma do código de processo penal, compondo o Título II referente ao Inquérito Policial e ao Termo Circunstanciado:

Art. 4º Sendo a infração penal de ação pública, a autoridade policial que tomar conhecimento da ocorrência, de ofício, a requerimento do ofendido ou de quem tenha qualidade para representá-lo ou mediante requisição do Ministério Público, procederá, na função essencial de Polícia Judiciária, ao correspondente registro e à investigação por meio de:

I - termo circunstanciado, quando se tratar de infração de menor potencial ofensivo;

²⁵ No Estado do Paraná, em âmbito estadual, este documento denomina-se Termo Circunstanciado de Infração Penal.

II - inquérito policial, em relação às demais infrações.

§ 1º Quando a ação penal pública depender de representação ou de requisição do Ministro da Justiça, sem ela o inquérito policial não poderá ser instaurado.

§ 2º Nos casos de ação penal de iniciativa privada, a autoridade policial procederá à investigação por meio de uma das modalidades previstas nos incisos I e II do caput, agindo somente mediante requerimento de quem tiver qualidade para ajuizá-la, formulado com observância dos seguintes requisitos:

I - narração do fato, com todas as suas circunstâncias;

II - individualização do autor ou determinação de seus sinais característicos, ou explicação dos motivos que as impossibilitam;

III - dados demonstrativos da afirmação da autoria;

IV - testemunhas do fato e de suas circunstâncias, quando possível com as respectivas qualificações e endereços, ou com anotação dos locais em que possam ser encontradas.

Em vista do que se vislumbra no texto do projeto que pretende a alteração do Código de Processo Penal, não há dúvidas de que o termo circunstanciado, documento formal que consubstancia a investigação criminal no caso de delitos de menor potencial ofensivo, tornou-se espécie de procedimento preliminar no processo penal.

2.2.1 O Termo Circunstanciado de Infração Penal e os Crimes Econômicos.

Portanto, partindo do pressuposto que os Juizados Especiais Criminais foram criados para dar maior celeridade ao processo penal, adotando um sistema simplificado de investigação criminal através do TCIP e constatando a existência de uma parcela de crimes de menor potencial ofensivo que podem ser incluídos no rol dos delitos econômicos, seria este procedimento adequado para investigá-los?

Observada a complexidade no *modus operandi* de determinados tipos penais econômicos, não seria mais adequado que fossem extraídos do rol dos crimes de menor potencial ofensivo, possibilitando a utilização de um sistema mais amplo de investigação criminal através do inquérito policial.

Cabe indagar: É o Termo Circunstanciado de Infração Penal um instrumento adequado para representar a fase preliminar no caso da prática de delitos empresariais? Não somente do ponto de vista do Estado, que visa a uma persecução criminal eficaz, mas também sob a óptica do indigitado que busca um processo penal garantista, assegurando-lhe entre outras garantias a observância da ampla defesa e do devido processo legal²⁶.

A título de exemplo, parece adequado, para dirimirmos nossos questionamentos, utilizar a Lei nº 9.605 de 12 de janeiro de 1998, que trata dos crimes ambientais.

O artigo 44 da referida lei tipifica a conduta de extração ilegal de recursos minerais da seguinte forma:

Art.44. Extrair de florestas de domínio público ou consideradas de preservação permanente, sem prévia autorização, pedra, areia, cal ou qualquer espécie de minerais: Pena – detenção , de 6 (seis) meses a 1 (um) ano , e multa.

Está-se diante de um típico crime contra a ordem econômica, previsto no capítulo dos crimes contra o meio ambiente, considerado crime de menor potencial ofensivo em virtude da pena prevista e, conseqüentemente deverá ser apurado através do disposto na Lei nº 9.099 de 26 de setembro de 1995. Tal legislação

²⁶ A propósito da inobservância do devido processo legal no procedimento previsto da Lei nº 9.099/95, observe-se o seguinte posicionamento: “Outra situação que nos parece inaceitável é a aplicação de uma pena sem que tenha antecedido na sua totalidade um processo penal válido, como ocorre, v.g., na transação penal prevista no art. 76 c.c. 85 da Lei número 9.099. Os referidos dispositivos permitem que a pena de multa, aplicada de forma imediata na audiência preliminar, seja convertida em pena privativa de liberdade ou restritiva de direitos, quando não for paga pelo acusado. O resultado final é absurdo: uma pena privativa de liberdade (fruto da conversão), sem culpa e sem que sequer tenha existido o processo penal. É um exemplo de subversão de princípios garantidores básicos do processo penal”. Nesse sentido: (Aury Lopes Jr. , Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal , p. 07).

determina que o autor de uma destas condutas previstas no tipo penal do artigo 44 da legislação ambiental estará sujeito a uma pena de até um ano, sendo adequado à espécie o Termo Circunstanciado de Infração Penal como fase preliminar.

A pessoa física apontada como autora da conduta ou responsável legal pela empresa que provocou o dano, será intimada ou conduzida até a delegacia de Polícia, dependendo da existência de situação de flagrância ou não. Na unidade policial será lavrado o referido termo circunstanciado e salvo alguma apreensão necessária estará encerrada a fase preliminar, ou seja, nestes casos a investigação criminal estará praticamente resumida a simples versão do noticiante e noticiado.

Posteriormente, o procedimento será encaminhado ao Juizado Especial Criminal, sendo provável a opção do autor pela transação penal neste juizado, o que atende aos propósitos da Lei nº 9.099 de 1995. Por outro lado, o artigo 44 da Lei ambiental refere-se a uma das condutas mais danosas que pode sofrer o meio ambiente, provocando danos irreparáveis como é o caso da extração mineral em larga escala.

No entanto, a Sociedade deveria estar satisfeita com a solução legal, já que o artigo 27 da Lei ambiental ressalva que é necessária prévia composição do dano ambiental para aplicação imediata da pena restritiva de direitos ou multa. Uma leitura mais atenta nos detém na última parte do artigo, “salvo em caso de comprovada impossibilidade”. Tal disposição legal acaba sendo a regra, já que no caso específico das condutas do artigo 44, é operacionalmente impossível a composição deste tipo de dano ambiental. Veja-se o exemplo da extração de areia: a paisagem lunar que se instala na região depredada é definitiva.

Neste caso específico restará o efeito da transação penal como única consequência da persecução penal sobre os autores da conduta, já que existirá a alegação de impossibilidade de reparação do dano ambiental.

Portanto, verificar-se-á, por um lado, uma insignificante sanção penal no que se refere à repressão por parte do Estado, já que tal pena não inibirá a continuidade das condutas e a consequente destruição do meio ambiente. Por outro lado, a exigüidade do procedimento pré-processual realizado através do Termo

Circunstanciado não permite ao autor a possibilidade de ter sua conduta analisada de forma mais acurada.

Por outro lado, argumenta-se que antes da vigência da Lei nº 9.099/95, delitos como este, acabavam prescrevendo, resultando completamente inócua a persecução criminal.

Ocorre que, quando se criou o procedimento investigatório específico para os casos afetos aos Juizados Especiais, deixaram -no tão resumido que não possibilita qualquer diligência mais criteriosa.

Isso provoca dois efeitos: o primeiro deles é a difusão de que este procedimento não tem maiores conseqüências, por isso gera desrespeito ao sistema persecutório criminal, o segundo é a sensação de injustiça, já que o indivíduo é colocado sumariamente na posição de noticiado e não há oportunidade para verificação da autoria, e nem mesmo, da infração penal, o que o situa praticamente sem análise prévia no pólo passivo da relação. Pode -se dizer que este modelo sumaríssimo pôs fim à justa causa, prova da infração e da respectiva autoria como condição para o exercício da ação penal. Isso vem ocorrendo inclusive nos casos em que o autor já compôs previamente o dano ambiental e pagou a multa administrativa. Como é aplicada hoje, a Lei dos Juizados Especiais Criminais não supre os desígnios para os quais foi criada, porque a retribuição é mínima e superficial e, por outro lado não garante um exame adequado quanto à indicação do sujeito que irá integrar o pólo passivo da relação.

2.2.2 Juizados Especiais Criminais: conclusões.

Não há como contestar que a criação dos Juizados Especiais Criminais foi um grande avanço na questão do acesso à Justiça no Direito brasileiro. Decorridos mais de dez anos da entrada em vigor da legislação pioneira, houve a possibilidade de prestação jurisdicional rápida e eficaz em larga escala, deixando clara a tentativa de alcançar um dia o ideal da Justiça para todos. A experiência mostrou -se acertada, e a idéia estendeu-se ao âmbito da Justiça Federal, inclusive com a

ampliação do espectro dos delitos de menor potencial ofensivo, já que o critério da pena considerada passou do máximo de um ano para dois anos.

Assim, mesmo longe de ter atingido o ideal, deve-se reconhecer que os pontos positivos são muito mais evidentes. Sem deixar de reconhecer que algumas garantias processuais são colocadas de lado, como citado pelo professor Lopes Junior, bem como o congestionamento do sistema já perceptível, fazendo com que as audiências nos grandes centros urbanos demorem, trata-se ainda de um procedimento que vem propiciando uma aplicação mais rápida do Direito Penal.

Mas tratou-se neste estudo dos delitos econômicos, motivo pelo qual se apontam os momentos de crise do sistema, insistindo que condutas graves recebem penas insignificantes, e, por outro lado, no que se refere à autoria, mais gravemente que a ausência de parâmetros para o indiciamento no inquérito policial, no caso do TCIP, não se oportuniza sequer a utilização de um mínimo critério quando se coloca o indivíduo na posição de noticiado.

Não se trata aqui de simplesmente alterar a pena, maximizando a punição, retirando o delito do rol dos de menor potencial ofensivo. A adoção de um critério que não fosse somente o da pena para caracterização do delito de menor potencial ofensivo seria indispensável para adequar a aplicação desta Lei. O critério único da pena nivela delitos dos mais diversos matizes em um único patamar, deixando de propiciar uma melhor apuração para delitos que deveriam ter um tratamento mais severo e cuja investigação se mostra sempre bastante complexa.

No que se refere ao tratamento processual, se no inquérito policial os doutrinadores reclamam do indiciamento ausente de fundamento²⁷, o que dizer da posição do noticiado no Termo Circunstanciado? Não há qualquer critério determinado, praticamente se observando a ordem de recebimento da notificação no órgão policial para determinar quem ocupa a posição de noticiante ou noticiado,

²⁷ Referindo-se à ausência de critérios para o indiciamento, nos chama a atenção a seguinte passagem doutrinária: “Por fim, sempre destacando a falta de uma regulamentação legislativa adequada, entendemos que o indiciamento deve ser considerado uma carga para o sujeito passivo, mas também marca o nascimento de direitos, entre eles o de defesa. Logo, é também uma garantia. Evita-se uma acusação de surpresa ou, o que é igualmente grave, comparecer perante a autoridade policial como “testemunha”, quando na realidade é o principal suspeito. Na prática, infelizmente, o indiciamento como ato em si mesmo não existe. Foi substituído pelo interrogatório e um formulário destinado a qualificar o sujeito. Uma lamentável degeneração. (LOPES Jr., Aury. Obra citada, p.298.)

passando este último a integrar o pólo passivo da investigação sem a oportunidade de verificação da autoria e, mesmo, do próprio fato.

3. MODELOS DE INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR UTILIZADOS POR ÓRGÃOS NÃO EXCLUSIVOS.

3.1. AS COMISSÕES PARLAMENTARES DE INQUÉRITO.

3.1.1. Origens e Conceito.

Antes da Lei nº 1.579, de 18.03.1952, foi na Constituição de 1934, promulgada em 16 de julho do mesmo ano, que se previu pela primeira vez a prerrogativa da Câmara dos Deputados em instalar Comissões Parlamentares de Inquérito. Até então, a atividade das Comissões Parlamentares tinha sua sustentação direta nos Regimentos Internos das respectivas casas legislativas, obtendo a diretriz na Carta Constitucional. Somente com a entrada em vigor da Lei nº1.579 de 1952 é que a matéria passou a ter sua regulamentação por intermédio de lei nacional, regendo interesses da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Aprovada sob a égide da Constituição de 1946, veio com a finalidade de regular o seu art.53, que mencionava, de maneira tímida, a criação das Comissões Parlamentares de Inquérito²⁸.

A Constituição de 1967 e a Emenda Constitucional nº1 de 1969, limitaram -se a reproduzir as disposições sobre as Comissões Parlamentares de Inquérito, com pequenas alterações limitando o período de tempo que poderá permanecer investigando, devendo prever um prazo inicial fixo de funcionamento, não podendo as eventuais prorrogações transpor o término da legislatura. A Emenda de 1969, praticamente uma Carta Constitucional que passou a legitimar o período ditatorial instalado, manteve o Instituto inerte.

²⁸ SILVA, Edson Jacinto. CPI A Comissão Parlamentar de Inquérito. Campinas: Servanda, 2004, p. 30-33).

Somente com a Constituição Federal de 1988 é que tivemos um melhoramento na disciplina da matéria em termos constitucionais. No artigo 58 descreve-se a manutenção do Instituto, aperfeiçoando -o da seguinte forma:

Art. 58. O Congresso Nacional e suas Casas terão comissões permanentes e temporárias, constituídas na forma e com as atribuições previstas no respectivo regimento ou no ato de que resultar a sua criação. (...)

§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 Público, para que promova a responsabilidade civil ou criminal dos infratores.

A disposição normativa constitucional de 1988 esgota a sua definição, sendo importante ao nosso trabalho ressaltar que se trata de comissões formadas no seio das casas legislativas em todos os âmbitos, com a finalidade de apurar fato determinado e por prazo fixo. Além disso, embora deva apurar primordialmente atos de improbidade, deverá a comissão elaborar relatório pormenorizado que irá proporcionar subsídios para a responsabilização civil e criminal dos autores ²⁹.

As Comissões Parlamentares de Inquérito não foram criadas para a apuração de delitos. Sua função deve ser relacionada à apuração de questões de Estado, mas em vista das inúmeras condutas delituosas que acabam florescendo durante os trabalhos das CPIs, não raras vezes, prestam -se a um verdadeiro papel de investigadores criminais, constituindo hoje um dos instrumentos mais ativos na fase pré-processual.

²⁹ MORAES, Alexandre de. DIREITO CONSTITUCIONAL 13º. Ed.São Paulo: Atlas, 2003, pp.382, 383.

3.1.2 Funcionamento e Prerrogativas das Comissões

Observado o número exigido de assinaturas, no mínimo de um terço dos parlamentares, o requerimento é apresentado à Mesa, solicitando a criação de uma CPI. Após, verificam-se as outras exigências, tais como, objetivo, número de membros, prazo certo, fato determinado e previsões para despesas. Recebido o requerimento, desde que satisfeitos os requisitos regimentais, o presidente o mandará para publicação³⁰.

O prazo inicial de funcionamento é de cento e vinte dias, prorrogável até a metade, não podendo ultrapassar o término da legislatura. Importante observar que não é possível a criação de outras CPIs enquanto estiverem funcionando pelo menos cinco na Câmara, salvo através de projeto de resolução com um *quorum* mínimo de um terço dos membros da Câmara³¹.

Indicados os integrantes da CPI através das lideranças partidárias, após a divulgação da matéria, o presidente da Casa publica a resolução, criando a comissão já com a designação dos membros. Depois da sua constituição é que será feita a eleição do presidente, vice-presidente e relatores, sempre com prévia convocação.

Em seguida é realizada uma reunião na qual, geralmente, ouvem o requerente no sentido de tomar conhecimento do assunto, para posteriormente discutir-se o roteiro a ser seguido e iniciar a instrução do inquérito³².

Finalizadas as investigações, apresenta-se um relatório circunstanciado contendo todas as fases dos trabalhos, devendo o parecer sobre o relatório ser votado e publicado no Diário da Câmara dos Deputados e encaminhado à Mesa, para as providências de alçada da Câmara e oferecimento de eventual projeto de lei. Também será encaminhado o relatório ao Ministério Público ou à Advocacia - Geral da União, para adotarem as medidas cabíveis, e ao Poder Executivo para as providências de caráter disciplinar e administrativo. Finalmente terão cópia do

³⁰ BRASIL. Congresso Nacional. Resolução nº. 17, de 1989, aprova o Regimento Interno da Câmara dos Deputados. Procedimento conforme o artigo 35 do Regimento Interno. Disponível em <<http://www2.camara.gov.br/>>. Acesso em 18 de jan. 2007.

³¹ Idem, artigo 35, §§ 3º. e 4º do Regimento Interno da Câmara dos Deputados.

³² SILVA, E. J. Obra citada, p.208.

relatório a Comissão Permanente que tenha maior pertinência com a matéria e a Comissão Mista Permanente para os fins do artigo 71 da Constituição Federal³³.

Tratando-se de conclusões que apontem ilícitos penais, com base no relatório final e nas cópias dos documentos coletados, poderá o Ministério Público, após análise, e, se for o caso, oferecer denúncia, caracterizando o procedimento parlamentar verdadeira espécie de investigação preliminar no processo penal.

Em resumo, este é o rito que vem sendo adotado pelos parlamentares nas CPIs e, com referência às prerrogativas das comissões, o parágrafo segundo do art. 58 da Constituição Federal e o art. 36 do Regimento Interno da Câmara as enumeram, praticamente exaurindo o assunto³⁴.

Desta forma, a Constituição Federal estabelece os poderes explícitos das comissões, sem os quais dificilmente apareceriam os resultados que vêm apresentando nos últimos anos. É importante ressaltar que tais poderes são especificados na via constitucional, não deixando possibilidade para divergências de natureza processual.

Com referência aos poderes previstos no parágrafo segundo do artigo 58 não existem grandes discussões. O ponto de maior celeuma situa-se na expressão contida no parágrafo terceiro do mesmo artigo ao enunciar: “As comissões parlamentares de inquérito, que terão poderes de investigação próprios das

³³ Idem, Resolução nº. 17, de 1989, Regimento Interno da Câmara dos Deputados, art. 37.

³⁴ Art.58 (...)

§1º. (...)

§2º. Às comissões, em razão da matéria de sua competência cabe:

I – discutir e votar projeto de lei que dispensar, na forma do regimento, a competência do Plenário, salvo se houver recurso de um décimo dos membros da Casa;

II – realizar audiências públicas com entidades da sociedade civil;

III - convocar Ministros de Estado para prestar informações sobre assuntos inerentes a suas atribuições;

IV – receber petições, reclamações, representações ou queixas de qualquer pessoa contra atos ou omissões das autoridades ou entidades públicas;

V - solicitar depoimento de qualquer autoridade ou cidadão;

VI – apreciar programas de obras, planos nacionais regionais e setoriais de desenvolvimento e sobre eles emitir parecer.

autoridades judiciais (...)”, tal enunciado em vista do sistema de investigação preliminar adotado no país traz certa ambigüidade. Ao referir -se às autoridades judiciais, ensejou uma série de discussões originadas primordialmente na própria divisão de poderes do Estado, já que, quando houve na década de 1990 o ressurgimento das comissões, seus integrantes passaram a invadir a esfera do Poder Judiciário, atropelando os direitos e garantias constitucionais dos investigados.

No sistema de investigação preliminar brasileiro, a autoridade judicial não tem poder investigatório, cumpre entre outras, a função de fiscalizar a legalidade da atuação da Polícia Judiciária e do Ministério Público. A independência das funções investigativas, acusatória e julgadora no processo penal são conquistas do Estado Moderno e que não podem sofrer retrocesso.

No início da década de noventa, os integrantes das Comissões quiseram investir-se nas funções de verdadeiros juízes, ameaçando a decretação de prisões fora dos casos de flagrante delito, quebras de sigilo bancário e telefônico, expedição de mandados de busca e apreensão, sendo necessária a intervenção do Judiciário, a pedido dos investigados, para estancar tais aspirações³⁵.

Tal dúvida não teria surgido se o texto constitucional não tivesse utilizado o termo “autoridades judiciais”, pois utilizou uma terminologia assemelhando o parlamentar à figura do juiz, que em nosso sistema só existe na fase processual e não no seio da investigação preliminar. Teria sido adequado caso houvesse no

³⁵Veja-se, sobre o assunto, a seguinte decisão do STF: BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa, MS23455/DF. Relator Ministro Néri da Silveira, julgamento 24/11/1999. Ementa: Mandado de segurança. Ato do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal e do Presidente do Banco Central do Brasil. 2. Desbloqueio de proventos do impetrante depositados em sua conta corrente no Banco do Brasil S.A 3. Liminar deferida para suspender, até o final julgamento do mandado de segurança, a indisponibilidade dos valores relativos aos proventos de aposentadoria. 4. Relevantes os fundamentos do pedido e *periculum in mora*. Caráter alimentar dos proventos de aposentadoria. 5. Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo deferimento do *writ*. 6. Afastada preliminar de incompetência do S.T.F. 7. Entendimento do STF segundo o qual as CPIS não podem decretar bloqueios de bens, prisões preventivas e buscas e apreensões de documentos de pessoas físicas ou jurídicas, sem ordem judicial. Precedentes. 8. Mandado de segurança deferido, de acordo com a jurisprudência do STF, para anular o ato da CPI, que decretou a indisponibilidade dos bens do impetrante, explicitando -se, porém, que os bens do requerente continuarão sujeitos à indisponibilidade antes decretada pelo Juiz Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, em ação civil pública, sobre a matéria. Também sobre os poderes das CPI's ver: MS -AgR 23466/DF, julgamento 01/07/99; MS 24217/DF, julgamento 28/08/2002 e MS 23879/DF, julgamento 03/10/2001, todos do STF. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em 16 de jan. de 2007.

Brasil a figura do juiz instrutor, representando o sistema do juizado de instrução, conforme nos alerta MORAES:

O art.58, § 3º., da Constituição Federal, previu que as comissões parlamentares de inquérito terão poderes de investigação próprios das autoridades judiciais, porém, foi extremamente lacônico e impreciso, uma vez que no ordenamento jurídico brasileiro inexistia, em regra, o juiz-investigador, tarefa essa deixada institucionalmente a cargo das Polícias Civil e Federal e do Ministério Público, em face da adoção do processo acusatório, onde a separação entre juiz e o órgão acusador é extremamente rígida³⁶.

Nossa Constituição Federal por um lado consolidou um sistema de investigação preliminar conduzido pelos parlamentos, traduzindo verdadeira fase pré-processual nos casos em que emerge o ilícito penal. Por outro lado, utilizando a expressão autoridades judiciais, foi antagônica, permitindo entendimentos que levavam o parlamentar a metamorfosear-se na figura de verdadeiro juiz de instrução, situação descabida no ordenamento brasileiro.

3.1.3. Limitações às Comissões Parlamentares de Inquérito.

Como sucedâneo lógico às prerrogativas das comissões parlamentares de inquérito, hoje vemos já consolidadas as decisões que determinaram restrições às CPIs, limitando suas aspirações iniciais.

A primeira delas, e sem dúvida mais importante, refere-se à liberdade do cidadão, bem maior, somente superada pelo próprio direito à vida, objeto de vários impulsos dos parlamentares no afã de demonstrarem perante a sociedade que as comissões tudo resolveriam. Desta forma, tentaram determinar prisões fora dos casos de flagrante delito, entendendo possuir poderes de verdadeiro juiz criminal. Neste aspecto, feriram o ordenamento constitucional, já que somente o Judiciário

³⁶ MORAES, Alexandre de. *DIREITO CONSTITUCIONAL*, 13º. Ed., Atlas, p.383.

tem o poder de analisar o pedido autorizando medida cautelar, ou seja, durante a investigação, decretando prisão provisória, seja ela preventiva ou temporária, fora destes casos e da prisão castrense, somente é possível na fase investigatória em casos de flagrante delito. Nesse sentido manifestou-se Ada Pellegrini Grinover ³⁷:

“É evidente que não se pode chegar a uma interpretação que conduza a uma pura e simples negação do preceito constitucional que atribui às Comissões Parlamentares de Inquérito poderes similares aos das autoridades judiciais. Assim, numa visão que procure algum sentido, à previsão constitucional, o que se pode inferir é que o Constituinte, pretendeu ao outorgar à CPI os poderes de investigação referidos pelo art.58,§ 3º., atribuir-lhe na verdade poderes instrutórios idênticos aos reservados aos membros do judiciário, ou seja, as mesmas prerrogativas que têm os juízes e tribunais na pesquisa probatória:convocação e inquirição de testemunhas, determinação de perícias requisições de documentos etc., que eram bastante limitados anteriormente, especialmente em face do art.3º. , parágrafo único da Lei nº.1579, que fazia depender a convocação de testemunhas da solicitação da CPI ao Juiz criminal.Mas isso não pode significar em primeiro lugar, que nos referidos poderes de investigação se incluía a faculdade de decidir a respeito de matérias em relação às quais o próprio texto constitucional exige o pronunciamento jurisdicional. Como ponderou Anna Cândida da Cunha Ferraz, “dentro da sistemática constitucional brasileira, as Comissões Parlamentares de Inquérito não têm poder ilimitado”. Devem observar a limitação decorrente do princípio da separação dos poderes, que é regra intocável e fundamental do sistema: assim, não podem certamente as comissões determinar prisões (art.5º. ,inc. LXI) ; não podem autorizar interceptações (art.5º, inc XII) ; e como se verá, também não dispõem de poderes para determinar o ingresso em domicílios (art.5º.,inc.XI).

³⁷ SILVA , Edson Jacinto da. A Comissão Parlamentar de Inquérito , p.47, Servanda , 2004. Curso de pós-graduação Junho de 1996. FADUSP.

Seguindo o mesmo raciocínio com referência ao verdadeiro patamar em que se encontra o instituto das comissões parlamentares de inquérito, qual seja, no degrau da investigação criminal, desprovido de contraditório, com a finalidade de apontar o fato ilícito, com características próprias dos atos de autoridades puramente administrativas, conclui-se que não podem determinar a indisponibilidade de bens, arresto, seqüestro, hipoteca ou restringir a assistência jurídica aos investigados. O que mais se coaduna com o sistema brasileiro é a Comissão Parlamentar de Inquérito requerer ao juízo competente a decretação das medidas cautelares necessárias, provocando a necessária e benigna interferência e fiscalização do juiz, precavendo a ocorrência de ofensas ao art.5º. da Constituição da República³⁸.

No caso da quebra de sigilo bancário, fiscal e telefônico, já decidiu o Supremo Tribunal Federal que as Comissões Parlamentares de Inquérito detêm poderes para decretar tais medidas. Entretanto, dentro do nosso sistema pré-processual seria muito mais adequado que houvesse a intervenção do juiz analisando a conveniência de tais medidas, como ocorre no caso dos inquéritos policiais³⁹.

3.1.4 Críticas ao Modelo Brasileiro.

Embora este trabalho enfoque as Comissões Parlamentares de Inquérito enquanto instância realizadora de investigações criminais, não podemos nos abster de tecer algumas observações críticas. É importante ressaltar que até 1999 as Comissões Parlamentares de Inquérito ainda atuavam de maneira tímida, mas, no início do século XXI, houve indiscutivelmente um crescimento significativo e

³⁸ MORAES, Alexandre de. Obra citada, p.388.

³⁹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa, MS-23652 / DF –Rel. . Celso de Mello – DJ DATA 16- 02-01 PP – 00092 – j. 22/11/2000 –STF –Unânime. No mesmo sentido também MS 23466/DF – Rel. Min. Sepúlveda Pertence – DJ 06 /04/ 2001, PP 00070 / j. 04/05/2000 – Tribunal Pleno STF – Unânime. A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique, com apoio em base empírica idônea, a necessidade objetiva da adoção dessa medida extraordinária. Disponível em : < <http://www.stf.gov.br> >. Acesso em: 26 de out. 2006.

acelerado das instalações das CPI's, provocando a ebulição de suas vantagens e as conseqüentes desvantagens.

Desenvolvendo este tema, destacam-se duas anotações sob o ângulo negativo e uma do ponto de vista positivo. As críticas negativas referem-se à publicidade exacerbada e às conseqüências que o termo autoridades judiciais provocou, oriundo do artigo 58, § 3º. da Constituição Federal. Já o ponto favorável reside no poder e autonomia que a CPI detém. Parece-nos o instrumento mais robusto nos dias atuais para enfrentar objetos de investigação que guardem questões macroeconômicas e de Estado.

O cidadão brasileiro, mormente com o advento das televisões a cabo, reconhece que as CPIs tornaram-se verdadeiros shows nos últimos anos. A questão não é a publicidade necessária aos atos de um procedimento que pretende demonstrar-se cristalino e legal. É necessário atentarmos para o grau de vedetismo que os protagonistas das CPIs passaram a demonstrar, por tratar-se de um procedimento realizado no seio do Legislativo, por intermédio de seus parlamentares, os quais somente se mantêm naquela posição em decorrência do voto popular. Nada mais natural que utilizassem tais procedimentos como alavanca eleitoral.

Sabemos que a matéria criminal por excelência incrementa as vendas de qualquer jornal ou revista, bem como alimenta os meios de comunicação, na maioria das vezes, com finalidade muito aquém da mera informação, mais pela avidez dos lucros associada a uma certa morbidez coletiva. Neste sentido, muito apropriada foi a afirmação de Cleunice A. Valentim Bastos Pitombo em crítica à atuação das CPIs :

(...) A maioria delas, pela forte carga ideológica, perde, no curso, o objetivo, outras, por visarem, tão só, a exposição dos parlamentares, nos meios de informação, extrapolam suas atribuições – em especial, por violarem direitos e garantias fundamentais. Poucas, entretanto, atingem o objetivo: investigar, apurar deficiência legislativa e, afinal, formular proposta de lei, alterando preceito falho, inoperante ou

deficiente. Esquecem alguns, e em especial os meios de informação que o resultado concreto da atividade de comissão parlamentar de inquérito, por isso, só de modo eventual pode servir de base a acusação criminal⁴⁰.

A crítica é muito apropriada, pois o seu principal ponto positivo, que é a ampla independência para investigar, vê-se anulado quando transparece muito mais durante as sessões o interesse pessoal na utilização da mídia. Na França, que teria o instituto presente desde o início do século XIX, embora a primeira legislação date de 23.03.1914, impõe caráter secreto aos trabalhos das comissões, é o que menciona a *ordonnance* de 17.11.1958 em seu artigo sexto, baseada na Constituição de 1958.

Fazendo referência ao texto francês, Saulo Ramos já havia precavido:

A França, que já sofreu da mesma patologia parlamentar, solucionou o problema transformando em secretas todas as comissões parlamentares de inquérito, passando a divulgar somente as conclusões. Evitou-se o vedetismo diário, que tanto fascínio exerce para alguns políticos mesmo porque nossos meios de divulgação, famélicos por escândalos, pouco policiam o critério das acusações quando por elas os responsáveis são parlamentares, imunes à responsabilidade criminal pelos delitos contra a honra, quando praticados no exercício desastroso do poder de investigação próprio do Judiciário⁴¹.

O outro ponto negativo a considerar reside no termo “autoridades judiciais” utilizado no texto constitucional quando descreve as prerrogativas dos membros das CPIs. Não foi adequada tal adaptação para um país que mantém o sistema policial. Seria muito mais adequado que o parlamentar mantivesse os poderes de

⁴⁰ PITOMBO, CLEUNICE VALENTIM BASTOS. Comissão Parlamentar de Inquérito e os Institutos da Busca e Apreensão. *Justiça Penal: Justiça Criminal Moderna*, n. 7, p. 267- 297..

⁴¹ RAMOS, Saulo. CPI: testemunha e indiciado. Folha de São Paulo, São Paulo, 28 de abril de 1999,p.1-3.

autoridade administrativa para investigar, somando a boa intervenção do Judiciário, por intermédio do juiz criminal, quando da necessidade de medidas cautelares.

Resta-nos o ponto positivo deste Instituto, a independência ao investigar, motivo pelo qual, dentre todos os outros instrumentos de que o Estado dispõe para coletar subsídios para uma posterior Ação Penal, embora não seja esta a função precípua das CPIs, ainda reside neste Instituto a melhor opção nos casos em que os indícios se encontram fixados nas camadas mais altas do poder. Mesmo as investigações levadas a cabo pelo Ministério Público que têm a vantagem de sofrer menor influência que a Polícia Judiciária, no curso de alguma investigação criminal, ainda em muitos aspectos estão sujeitas a bloqueios provocados pelo Poder Executivo. Referimo-nos a questões que vão desde o custo financeiro das operações investigatórias, passando por reestruturações administrativas internas, chegando até retaliações no âmbito da carreira dos agentes do Estado que se aventuram em levar determinadas investigações até a conclusão. Sem dúvida de que as CPIs também sofrem pressões provocadas pelo próprio Legislativo quando atua de forma partidária, por isso, não diria que é um instrumento perfeito, mas por tratar-se de investigação realizada por um colegiado e diretamente por membros de um Poder independente, cercados de garantias, parece-nos mais capaz que os demais sujeitos para enfrentar o crime econômico organizado.

Por isso, parece que a principal vantagem das Comissões reside justamente nesta soma de meios que lhe permite aprofundar-se em qualquer matéria apresentada. Pode-se dizer que ela está muito mais imune às questões apresentadas por Edwin H. Sutherland através da sua “teoria das associações diferenciais”⁴², com referência às peculiaridades que os crimes de colarinho branco

⁴² A propósito, referenciando os reflexos da teoria das associações diferenciais, oportuna lição de BARATTA: “A análise das causas do fenômeno e de sua ligação funcional com a estrutura social, feita por Sutherland, por Aubert e por outros, assim como dos fatores que explicam a escassa medida em que a criminalidade de colarinho branco é perseguida, ou escapa completamente, nas suas formas mais refinadas, das malhas sempre muito largas da lei, é uma tarefa que não pode ser enfrentada neste lugar. Bastarão por isso, breves indicações. Trata-se, como se sabe, de fatores que são ou de natureza social (o prestígio dos autores das infrações, o escasso efeito estigmatizante das sanções aplicadas, a ausência de um estereótipo que oriente as agências oficiais na perseguição das infrações, como existe, ao contrário, para as infrações típicas dos estratos mais desfavorecidos), ou de natureza jurídico-formal (a competência de comissões especiais, ao lado da competência de órgãos ordinários para certas formas de infrações, em certas sociedades), ou, ainda, de natureza econômica (a possibilidade de recorrer a advogados de

apresentam, do que qualquer outra espécie de investigação preliminar existente no direito brasileiro, mas tais considerações serão vistas no tópico a seguir.

3.1.5 As CPIs Frente aos Delitos Empresariais.

Embora as CPIs não tenham sido criadas para promover investigações de cunho criminal, invariavelmente quando os parlamentares iniciam os seus trabalhos deparam-se com a prática de algum tipo de ilícito penal. Não raras vezes estes delitos originam-se de condutas que têm como objeto a sonegação fiscal, a evasão de divisas, a corrupção na administração pública, a improbidade, além de práticas que objetivam a lavagem de dinheiro.

Com o aparecimento durante o desenvolvimento dos trabalhos das CPIs de fatos tratados também pela legislação como ilícitos penais o comum é que ocorra uma mudança de foco para os fatos de natureza criminal, muitas vezes, ficando esquecido o tema que originou a instalação da Comissão de Inquérito. Isto ocorre porque os fatos passam a requerer necessidade de investigação relacionada à lesão de bem jurídico previamente tutelado. Em segundo lugar, sabemos que os fatos envolvendo questões criminais passam a repercutir de forma muito mais ampla, sendo natural que os esforços dos parlamentares concentrem-se a partir daí com mais ênfase na área penal.

Desta forma, o que inicialmente se destinava a uma mera verificação envolvendo ilícitos administrativos, ou em outros campos como o eleitoral ou o previdenciário, passem a constituir verdadeira investigação criminal, nos moldes das atuações da Polícia Judiciária. Assim, no compasso que os parlamentares vêm atuando não há como deixar de considerar este procedimento como verdadeira espécie de investigação preliminar.

Como já dissemos no início deste subtítulo, quando as CPIs tocam em questões criminais, na sua maioria, passam a apurar crimes de sonegação fiscal, de improbidade administrativa, contra a economia popular, contra a ordem econômica

renomado prestígio, ou de exercer pressões sobre os denunciante etc.)".(BARATTA, Alessandro.Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal,3º.ed..Rio de Janeiro: Editora Revan, 2002, p.102).

e os descritos na lei que prevê os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores. Parece-nos que tais delitos amoldam-se aos chamados, atualmente, de delitos empresariais, objeto do Direito Penal Econômico, assim definido pela doutrina germânica, citada por DIAS :

Seriam assim delitos econômicos os que danificam ou os que põem em perigo a ordem econômica como um todo. Concretizando, pertenceriam ao Direito Penal Econômico todas as normas incriminadoras que se inserem na direção por parte do Estado dos investimentos, no controle de mercadorias e serviços, no controle dos preços, na luta contra cartéis e práticas restritivas da concorrência e, a partir, sobretudo de 1950, na promoção da economia através, principalmente, das subvenções⁴³.

Como é de conhecimento, os autores de delitos desta espécie não se amoldam à figura do delinqüente comum, mas sim, ao chamado criminoso do colarinho branco. Esta expressão foi criada por Edwin Sutherland, em 1939, durante um ensaio apresentado na Universidade de Indiana, inaugurando a expressão “*white collar crime*”. Pela primeira vez, muda-se a ótica do estudo criminológico, assestando-o na direção do indivíduo de alto nível sócioeconômico, relacionando sua atividade empresarial com a infração penal⁴⁴.

Esta espécie de criminoso, muito bem caracterizado por Sutherland, traz uma gama de dificuldades ao sujeito da investigação, já que, pertencendo a uma camada social localizada no ápice da pirâmide social, costuma bloquear através da influência política e social qualquer investida contra seus atos criminosos. Outro aspecto a dificultar o êxito da persecução penal decorre da visão da sociedade em relação a estes crimes, muitas vezes justificáveis, até como necessários à

⁴³ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Temas de Direito Penal Econômico*, São Paulo: Ed. R.T., 2001, p. 86.

⁴⁴ FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. *La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico*. In: Luis Miguel Reyna Alfaro (Coord.). *NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA*. Lima: ARA Editores, 2005, p.21.

sobrevivência no mercado capitalista liberal moderno, chegando -se a rotulá-lo como crimes “socialmente aceitáveis”⁴⁵.

Fazendo uma breve análise das últimas CPIs instaladas no âmbito do Congresso Nacional, inicialmente tendo como objeto irregularidades nos Correios e que acabou por germinar outras Comissões, versando inclusive sobre a existência de caixa dois nos partidos políticos, tem-se uma idéia da proporção que uma investigação preliminar pode alcançar. Todas as conseqüências destas investigações foram amplamente divulgadas, tendo como principal resultado a queda do segundo homem do governo Lula, que acabou inclusive perdendo o mandato de deputado federal⁴⁶.

Apesar do prejuízo político que se somou à atual Administração Federal, houve um grande êxito na coleta de dados referentes às inúmeras condutas paralelas caracterizadoras de delitos empresariais, as quais provavelmente devem tornar-se objeto de futuras ações penais. É muito provável que caso tais irregularidades não fossem investigadas através de CPIs, os resultados não chegassem tão longe, pois, mesmo com a melhor Polícia Judiciária que pudéssemos imaginar, seria improvável obter resultados mais positivos. Nestes últimos casos a *praxis* das Comissões colocou em xeque a questão da publicidade exagerada severamente criticada pela doutrina, bem como demonstrou que os parlamentares aprenderam a investigar, por vontade própria ou ne cessidade de sobrevivência.

⁴⁵ Veja-se, sobre o assunto, a análise dos reflexos sobre a atuação dos órgãos oficiais: “Estas conotações da criminalidade incidem não só sobre os estereótipos da criminalidade, os quais, como investigações recentes têm demonstrado, influenciam e orientam a ação dos órgãos oficiais, tornando-a, desse modo, socialmente “seletiva”, mas também sobre a definição corrente de criminalidade, que o homem da rua, ignorante das estatísticas criminais, compartilha. Realmente, esta definição de criminalidade, e as correspondentes reações não institucionais por ela condicionadas (a reação da opinião pública e o alarme social), estão ligadas ao caráter estigmatizante que a criminalidade leva, normalmente consigo, que é escassíssimo no caso da criminalidade de colarinho branco. Isto é devido, seja à sua limitada perseguição e à relativamente escassa incidência social das sanções correspondentes, especialmente daquelas exclusivamente econômicas, seja ao prestígio social de que gozam os autores das infrações”(BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. 3º.ed. RJ, Revan, 2002)

⁴⁶ FOLHA ONLINE, São Paulo, 01 de dez. de 2005. Disponível em <<http://www.folha.com.br> .> Acesso em 25.09.2006.” O plenário da Câmara dos Deputados cassou o mandato do deputado José Dirceu (PT-SP), ex-ministro da Casa Civil e um dos principais responsáveis pela campanha do presidente Luiz Inácio Lula da Silva em 2002. Foram 293 votos a favor da cassação e 192 contra. A Mesa contabilizou oito abstenções, um voto branco e um nulo”.

Com tais ilações sobre o passado mais recente das CPIs, pretende -se ter demonstrado que se trata hoje do instrumento mais eficaz e isento no ordenamento jurídico nacional para a investigação pré-processual de delitos empresariais. Pelos motivos que a “teoria das associações diferenciais” ⁴⁷ explica e, mormente, em vista do estágio de desenvolvimento em que se encontra a Nação brasileira, outros procedimentos tendem a encontrar maior dificuldade nesta fase processual.

3.2 O PROCEDIMENTO INVESTIGATÓRIO DE NATUREZA CRIMINAL PROMOVIDO PELO MINISTÉRIO PÚBLICO.

3.2.1 A Investigação Criminal Promovida Pelo Ministério Público.

C

Com o advento da Constituição da República de 1988, atribuiu -se ao Ministério Público uma série de poderes explícitos, previstos no artigo 129, tais como o de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí -los; a titularidade exclusiva da ação penal pública; e o exercício do controle externo da atividade policial, entre outros. Posteriormente, com as edições das Leis números 75/93 e 8.625/93 que regulamentam a carreira do Ministério Público, nasceu nesta Instituição um movimento inspirado na figura do promotor investigador, ganhando os patamares da realidade processual penal. Partindo de um viés sociológico, parece claro que o êxito da empreitada do Ministério Público foi fruto direto da necessidade do povo que reivindicava um mínimo de segurança pública. Desta forma, nada mais natural que passassem a ver nesta iniciativa uma opção para os seus anseios⁴⁸.

⁴⁷ Ver, supra, notas 31 e 34.

⁴⁸ Sobre as prerrogativas do Ministério Público, veja-se o seguinte trecho doutrinário: “A Constituição de 1988 outorgou diversos poderes ao Ministério Público, entre eles a titularidade exclusiva da ação penal pública (art.129, I); o poder de expedir notificações nos procedimentos administrativos de sua competência, requisitando informações e documentos para instruí -los (art.129, VI) ; exercer o controle externo da atividade policial (art.129, VII) e também o de requerer diligências investigatórias e a instauração do inquérito policial (art. 129 , VIII) .Como normas complementares , as Leis 75-93 e nº. 8.625-93 dispõem de toda uma série de poderes que

A forma como esta atuação do Ministério Público foi legitimada passou por três fases claras. Primeiro, chamou a atenção para um sistema persecutório falho e carente de reformas, atribuindo a maior parte dos pontos negativos à fase do inquérito policial. Segundo, promoveu um discurso de origem sociológica justificando a necessidade de modificações urgentes na fase investigatória, paralelamente buscou no ordenamento jurídico sustentação jurídica para legitimação dos seus atos. Finalmente passou à prática, obtendo resultados imediatistas e aparentemente positivos, dentro de uma clara tendência à adoção da doutrina da lei e da ordem ⁴⁹.

3.2.2 O Desenvolvimento da Atuação Investigatória do Ministério Público.

Além das prerrogativas já citadas, concedeu-se aos promotores de justiça as mesmas garantias constitucionais concedidas aos juízes, passando, então, o MP a buscar estrutura logística para tentar o que seria a sua maior aspiração, nestes últimos catorze anos: dirigir a fase preliminar do processo penal. Após a edição das legislações de 1993 no âmbito federal, tivemos praticamente a repetição do mesmo estatuto nas diversas leis orgânicas estaduais, procurando uma legitimação definitiva no que se refere à atuação do MP nos Estados.

Acompanhando esta tendência do Ministério Público, boa parte dos doutrinadores brasileiros passou a endossar a atuação ministerial durante a fase investigatória. Entre os mais destacados, podemos citar Júlio Fabbrini Mirabete, Hélio Tornaghi e Hugo Nigro Mazzilli ⁵⁰. Em feliz síntese, informa-nos Tucci que os defensores da atuação integral do MP durante a fase investigatória estariam

assistem ao MP na sua atuação processual e pré-processual. Por fim, a Constituição estipula que os membros do Ministério Público possuem as mesmas garantias que os juízes". (LOPES Jr. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal. Lumen Juris, 2005, 3 edição, p.149).

⁴⁹ "Ademais as leis são severas. O movimento da *law and order*, emprestado do modelo anglo-saxão, notadamente do Direito americano, ganhou espaço em nosso País e encontrou seu ápice na famigerada Lei dos Crimes Hediondos (nº. 8.072-90), em que importantes garantias processuais inconstitucionalmente amputadas e penas foram elevadas ao extremo, sob o argumento da implementação da chamada " luta contra o crime". (PINHO, Ana Cláudia B. de. Em Busca de Um Direito Penal Mínimo e de Uma Redefinição de Papel Para o Ministério Público. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 8, boletim mensal n.95 , outubro, p.13, 2000).

⁵⁰ TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: RT, 2004.

baseados em três pontos: haveria base legal e legitimação constitucional, estaria em harmonia com sua finalidade constitucional e inexistiria o monopólio da Polícia Judiciária ⁵¹.

Ao aprovar os seus respectivos textos funcionais nos Estados, foram criadas diversas promotorias especializadas, além de grupos de apoio baseados nos recentes avanços de atribuição obtidos no último texto constitucional. Entre as diversas promotorias especializadas surgiram as chamadas promotorias de investigação criminal e mais recentemente os grupos de repressão ao crime organizado, constituindo verdadeiras unidades de caráter policial. Nesse sentido, chama a atenção a Resolução nº. 03-2004 – OECPMP, editada pelo Procurador Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul ⁵².

⁵¹ “a) haveria legitimação constitucional e base legal, a alicerçar o poder investigatório do Ministério Público – quais sejam as preceituações contidas nos arts. 129, IX, da CF, 5, VI, e parágrafo 2, e 8, V, da LC 75, de 25.05.1993; b) a investigação criminal realizada pelo Ministério Público seria, como logo acima salientado, compatível com a finalidade constitucional que lhe é própria, não somente ante a clareza do disposto no apontado art.8, V da LC75, de 1993, como em razão do disposto nos arts.129, I, da CF, e 26 da Lei 8.625 de 12.02.1993, c-c- o inc. IX do aludido preceito constitucional; a saber: “(...) Resulta nítida a relação meio fim exsurgente do cotejo dos dispositivos legal (art. 8, V, da LC 75-93, congruente à dicção do art. 26 da Lei 8.625 -1993) e constitucional (art. 129, I, da CRFB), a dar acolhida, portanto, à terceira – e última- das condicionantes impostas pelo art. 129, IX, da Constituição”; e c) inexistiria o monopólio da Polícia para a realização de diligências investigatórias, até porque a Carta Magna de nossa República Federativa, no art. 144, teve o escopo de tão somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária, ferroviária, civil e militar); e, ademais, como cediço, procedem a investigações, diuturnamente, órgãos da Administração Pública, como a receita Federal, no âmbito do Poder Executivo; e, assim também, dos Poderes Legislativo e Judiciário, em seus respectivos campos de atuação”. (TUCCI, Rogério Lauria Ob. cit., p. 15.)

⁵² Ministério Público do Rio Grande do Sul. Resolução regulamentando a atividade investigatória do Ministério Público. Disponível em: <<http://www.mp.rs.gov.br>>. Acesso em 03 de agosto de 2006. O Procurador-Geral de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, no uso de suas atribuições legais, e Considerando que o exercício da ação penal não depende exclusivamente de prévio inquérito policial; Considerando o que dispõem o art. 26 da Lei nº 8.625/93, o art. 8º da Lei Complementar nº 75/93 e o art. 4º, parágrafo único, do Código de Processo Penal; (...) Considerando decisão do Egrégio Órgão Especial do Colégio de Procuradores de Justiça, na sessão de 21 de setembro de 2004; RESOLVE:

Capítulo I DA DEFINIÇÃO E FINALIDADE

Art. 1º O Procedimento Investigatório Criminal é instrumento de natureza administrativa e inquisitorial, instaurado e presidido pelo Ministério Público e terá por fim a obtenção dos esclarecimentos necessários à apuração de infrações penais de ação penal pública.

Parágrafo único. O Procedimento Investigatório Criminal:

I – não exclui a possibilidade de formalização de investigação por outros órgãos da Administração Pública;

II – não constitui pressuposto processual para o ajuizamento de ação penal.

Capítulo II DA INSTAURAÇÃO

Art. 2º O Procedimento Investigatório Criminal poderá ser instaurado:

No entanto, apesar de a atividade investigatória do MP ter -se tornado uma realidade no Brasil, é necessário observar que não há regra explícita a respeito autorizando o membro do *parquet* a realizar investigações de cunho criminal. O que existe são legislações autorizando a atuação do promotor no âmbito do inquérito civil, no estrito limite da ação civil pública. Assim, baseado em tal prerrogativa associada a disposições como a do controle externo da atividade policial, o MP atribui a si o poder de dirigir investigações criminais.

Também é fato que o Judiciário, em grande parte, passou a aceitar esta iniciativa dos promotores, recebendo os procedimentos investigatórios realizados, inclusive decretando medidas cautelares com base nestas investigações. Ora, no momento em que os juízes decretam prisões provisórias, autorizam buscas e apreensões domiciliares, além de permitir interceptações telefônicas e quebras de sigilo bancário, tacitamente vêm admitindo a investigação criminal por parte do MP.

Mas, se no âmbito de primeira instância, o Judiciário não questionou a atividade investigatória do promotor, nos tribunais o assunto tomou outro rumo, havendo muita divergência acerca do assunto, o que tem ocasionado decisões ora favoráveis, ora contrárias ao poder investigativo do MP⁵³. Com referência ao posicionamento da nossa mais alta Corte de Justiça, observa -se clara tendência a afastar o Ministério Público da presidência das investigações, seguindo o entendimento do eminente Ministro Nelson Hungria:

E isso, na esteira de antigo julgamento, ou seja, em 31.01.1957, pelo Plenário, do Recurso de *Habeas Corpus* 34.827-AL, de relatoria do Ministro NÉLSON HUNGRIA, que dispusera, *verbis* ; “O Código de Processo Penal não autoriza a deslocação da competência, ou seja a substituição da autoridade policial pela Judiciária e membro do Ministério Público, na investigação de crime⁵⁴.

I – de ofício, pelo membro do Ministério Público, dentro de suas atribuições legais, ao tomar conhecimento de infração penal, por qualquer meio, entre os quais:

⁵³ TUCCI, Rogério Lauria. Ob. cit. , p. 21, 22, 23, 45-54.

⁵⁴ TUCCI, Rogério Lauria. Ob. cit. , p.55, ver também p.56 -65.

O tema em relevo foi novamente colocado em discussão no recurso em *habeas corpus*, interposto perante o Supremo Tribunal Federal, tendo o ministro relator, Nelson Jobim, ao dar provimento ao recurso, anulado o próprio expediente investigatório instaurado pelo Ministério Público ⁵⁵.

3.2.3 A Atuação do Ministério Público nos Delitos Empresariais.

Fazendo uma análise dos casos em que o Ministério Público atuou protagonizando a fase investigatória, inclusive com abundante exposição na mídia nacional, é relevante a ênfase nos fatos que envolveram a criminalidade econômica. Não se pode dizer que houve seletividade por parte do MP, mas a realidade é que ocorreu um direcionamento das atividades do promotor investigador para o crime econômico.

Não há dados suficientes para apontar uma causa concreta para tal fenômeno. Pode-se presumir que, como os autores da criminalidade empresarial utilizam *modus operandi* mais refinados, já que ocorrem muitas vezes através de meios burocráticos e virtuais, possibilitou ao MP ter acesso aos dados sem a necessidade de logística, facilitando a análise e a conseqüente investigação sobre aqueles fatos. Neste aspecto, deve-se reconhecer que a polícia judiciária, de certa forma, encontra óbices constantes na coleta de dados a partir de informações bancárias e fiscais, já que, quando os entes oficiais encarregados como o Banco Central, Fisco, CVM e COAF detectam ilícitos, os encaminham diretamente ao Ministério Público.

⁵⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. EMENTA, RHC 81326/DF, julgamento em 06.05.2003. A Portaria que criou o Núcleo de Investigação Criminal e Controle Externo da Atividade Policial no âmbito do Ministério Público do Distrito Federal, no que tange a publicidade, não foi examinada no STJ. Enfrentar a matéria neste Tribunal ensejaria supressão de instância. Precedentes. A Constituição Federal dotou o Ministério Público do poder de requisitar diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial (CF, art. 129, VIII). A norma constitucional não contemplou a possibilidade do *parquet* realizar e presidir inquérito policial. Não cabe, portanto, aos seus membros inquirir diretamente pessoas suspeitas de autoria de crime. Mas requisitar diligência nesse sentido à autoridade policial. Precedentes. O recorrente é delegado de polícia e, portanto, autoridade administrativa. Seus atos estão sujeitos aos órgãos hierárquicos próprios da Corporação, Chefia de Polícia, Corregedoria. Recurso conhecido e provido. Disponível em: <http://www.stf.com.br>. Acesso em: 07 jan. 2007.

Embora o acesso a tais informações obedeça ao mesmo formalismo exigido da polícia judiciária, hoje encontramos promotorias dentro de órgãos fiscais do Executivo, tornando a coleta de dados muito mais efetiva e eficaz. Não se pode deixar de mencionar também as informações enviadas pelas CPIs, já que dos fatos que apuram, freqüentemente emergem situações criminais de matiz econômico, dados enviados mormente ao MP, reforçando sua atuação nesta área.

Finalmente não se pode também deixar de citar o peculiar alarido que tais delitos provocam, já que ocasionam grande repercussão em vista do envolvimento de figuras públicas e altas quantias financeiras.

Já por esses motivos não é de estranhar que a maioria dos casos, em que o MP atua, envolva delitos econômicos, mas outro fenômeno também exerce influência na sua atuação. A legislação que trata dos crimes empresariais no Brasil é relativamente recente, portanto coincide com o momento da ascensão institucional do MP. Levando em consideração que a legislação que trata destes tipos penais é integralmente esparsa, houve significativa inserção de textos concedendo ao MP variadas prerrogativas. Obviamente que a intenção nunca foi tão somente a investigação criminal, tratava-se de uma participação institucional, mas de forma tangencial ao se discutir a questão da direção das investigações criminais, constata-se que o promotor investigador está muito melhor amparado para tal mister do que a autoridade policial, ao menos do ponto de vista legislativo. Para constatar esta afirmação basta analisar a legislação criminal esparsa a partir da década de noventa.

Se, por um lado, contrapondo-se à atuação do promotor investigador, se propaga que o Estado não fornecerá maiores meios materiais do que fornece hoje para a polícia e desta forma os resultados não seriam melhores do que os que temos com a polícia, por outro lado, mantendo o sistema policial, os delegados de polícia nunca terão sequer uma mínima parcela das garantias legais dos promotores, logo sua atuação sempre estará sob o crivo do poder político.

Outro aspecto que brilha a favor de uma interferência mais eficaz do MP no caso dos delitos empresariais é a posição de independência do promotor investigador. Não há como comparar a autonomia do MP frente às forças políticas e

econômicas, com a polícia judiciária. Esta, como é estruturada hoje, principalmente nos Estados, sofre influência política significativa no desenvolvimento de suas ações.

3.3 OS PROCEDIMENTOS ADMINISTRATIVOS DE NATUREZA CRIMINAL PROMOVIDOS PELO BANCO CENTRAL, COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS, SECRETARIA DA RECEITA FEDERAL E COAF.

3.3.1 Banco Central do Brasil.

Com a transformação da Superintendência da Moeda e do Crédito em autarquia federal, através da Lei nº 4.595 de 31 de dezembro de 1964, surge o Banco Central da República do Brasil, dotado de patrimônio próprio e personalidade jurídica. Vinculado ao Ministério da Fazenda e com receita própria, foi criado principalmente para executar a política monetária estabelecida pelo Conselho Monetário Nacional.

Até a criação do atual Banco Central do Brasil, a extinta SUMOC, criada em 1945 exercia o controle monetário no país enquanto o Tesouro Nacional emitia o papel-moeda, restando ao Banco do Brasil as funções de banco do governo.

Atualmente, com um Sistema Financeiro Nacional bem estruturado, dentro das diretrizes estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, tem o Banco Central, entre outros, os objetivos de fiscalizar as instituições financeiras para que mantenham a liquidez e a solvência, bem como zelar pela estabilidade do mercado de capitais e financeiro através do controle do volume de papel -moeda circulante na economia interna. Segundo COSTA JR., QUEIJO e MACHADO, são as seguintes as suas funções:

As funções do Banco Central são, entre outras, a de emitir papel e moeda metálica nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional; executar os serviços do meio circulante; receber depósitos compulsórios e depósitos voluntários, de instituições financeiras; realizar operações de redescontos e

empréstimos às instituições financeiras, bancárias, operando, assim, como prestamista de última instância; exercer o controle do crédito sob todas as suas formas; efetuar o controle dos capitais estrangeiros; ser depositário das reservas oficiais de ouro e moeda estrangeira; exercer a fiscalização das instituições financeiras, inclusive autorização para funcionamento, alteração de estatutos, instalação e transferência de sede, transmissão, fusão, incorporação ou encampação etc.⁵⁶.

Para alcançar estes objetivos dispõe o Banco Central de instrumentos próprios descritos no artigo 10 da Lei nº 4.595/64 que o instituiu⁵⁷.

⁵⁶ COSTA Jr., Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth e MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do Colarinho Branco*. São Paulo: Saraiva, 2000, p.39.

⁵⁷ BRASIL. Lei nº. 4.595 de 31 de dezembro de 1964, Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias. Site da Presidência da República Federativa do Brasil. Disponível em < <http://www.presidencia.gov.br/legislacao/>>. Acesso em 20 de dezembro de 2007. Art. 10. Compete privativamente ao Banco Central da República do Brasil:

- I - Emitir moeda-papel e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional;
- II - Executar os serviços do meio-circulante;
- III - determinar o recolhimento de até cem por cento do total dos depósitos à vista e de até sessenta por cento de outros títulos contábeis das instituições financeiras, seja na forma de subscrição de Letras ou Obrigações do Tesouro Nacional ou compra de títulos da Dívida Pública Federal, seja através de recolhimento em espécie, em ambos os casos entregues ao Banco Central do Brasil, a forma e condições por ele determinadas, podendo:
 - a) adotar percentagens diferentes em função:
 - 1. das regiões geoeconômicas;
 - 2. das prioridades que atribuir às aplicações;
 - 3. da natureza das instituições financeiras;
 - b) determinar percentuais que não serão recolhidos, desde que tenham sido reaplicados em financiamentos à agricultura, sob juros favorecidos e outras condições por ele fixadas.
- IV - Receber os recolhimentos compulsórios de que trata o inciso anterior e, ainda, os depósitos voluntários à vista das instituições financeiras, nos termos do inciso III e § 2º do art. 19.
- V - Realizar operações de redesconto e empréstimos a instituições financeiras bancárias e as referidas no Art. 4º, inciso XIV, letra " b ", e no § 4º do Art. 49 desta lei;
- VI - Exercer o controle do crédito sob todas as suas formas;
- VII - Efetuar o controle dos capitais estrangeiros, nos termos da lei;
- VIII - Ser depositário das reservas oficiais de ouro e moeda estrangeira e de Direitos Especiais de Saque e fazer com estas últimas todas e quaisquer operações previstas no Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Internacional;
- IX - Exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas;
- X - Conceder autorização às instituições financeiras, a fim de que possam:
 - a) funcionar no País;
 - b) instalar ou transferir suas sedes, ou dependências, inclusive no exterior;
 - c) ser transformadas, fundidas, incorporadas ou encampadas;

Portanto, quando foi criado, o Banco Central não possuía previsão específica quanto a notificações no caso da verificação da ocorrência de crimes durante o exercício de suas atribuições legais. Tal obrigatoriedade se dá com a edição da Lei que disciplina o mercado de capitais, Lei nº.4.728 de 14 de julho de 1965, que dispõe em seu artigo 4º.,§2º, :

Quando no exercício de suas atribuições, o Banco Central tomar conhecimento de crime definido em lei como de ação pública, oficiará ao Ministério Público para instalação de inquérito policial⁵⁸.

P

Posteriormente através da Lei nº.7.492 de 16 de junho de 1986, repete -se a mesma idéia, prevendo que o Banco Central e a Comissão de Valores Mobiliários deverão informar ao Ministério Público Federal, quando da verificação da ocorrência de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, inclusive enviando os documentos necessários à comprovação.

Apesar da existência da disposição do artigo 66 da Lei das Contravenções Penais, desde 1941 impondo àqueles que exercem a função pública a obrigatoriedade da comunicação de crime de ação pública, resta claro que a partir de 1965 a idéia do legislador passa a ser mais específica, no sentido de inserir os

d) praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública federal, estadual ou municipal, ações Debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito ou mobiliários;

e) ter prorrogados os prazos concedidos para funcionamento;

f) alterar seus estatutos.

g) alienar ou, por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário.

XI - Estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, assim como para o exercício de quaisquer funções em órgãos consultivos, fiscais e semelhantes, segundo normas que forem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional;

XII - Efetuar, como instrumento de política monetária, operações de compra e venda de títulos públicos federais;

XIII - Determinar que as matrizes das instituições financeiras registrem os cadastros das firmas que operam com suas agências há mais de um ano"

⁵⁸ Lei nº .7.492 de 16 de junho de 1986." Art.28 – Quando, no exercício de suas atribuições legais, o Banco Central do Brasil ou a Comissão de Valores Mobiliários –CVM, verificar a ocorrência de crime previsto nesta lei,disso deverá informar ao Ministério Público Federal,enviando -lhe os documentos necessários à comprovação do fato."

órgãos do Sistema Financeiro Nacional de forma mais concreta no âmbito da persecução criminal quando se tratar de crime econômico.

O parágrafo único do artigo 26 da Lei nº 7.492 de 1986, admite a assistência do Banco Central do Brasil, no caso de crime, “quando houver sido cometido na órbita de atividade sujeita à sua disciplina e fiscalização”. Através de tais dispositivos parece claro que o legislador vem atribuindo função investigatória de natureza criminal ao Banco Central.

Vale lembrar que na maioria dos casos as ocorrências de ilícitos praticadas contra o SFN chegam ao conhecimento do Ministério Público através do Banco Central e da CVM, já que se trata de crimes complexos e que para sua apuração requerem conhecimento técnico específico. Além da necessidade da presença de pessoal qualificado em finanças para a elucidação completa destes crimes, a arrecadação de provas acaba sendo eminentemente documental, motivo pelo qual o Banco Central ocupa em grande parte a função de investigador quando da ocorrência de crime contra o SFN. Em poucos casos haverá necessidade da requisição de instauração de inquérito policial por parte do Ministério Público, sendo possível a denúncia embasada no suporte enviado pelo ente bancário ⁵⁹.

As características dos crimes econômicos e o crescimento significativo das atividades financeiras fazem com que exista uma clara tendência à manutenção e incremento da intervenção de órgãos ligados ao SFN na fase preliminar do processo penal. Sendo assim, analisadas brevemente as funções investigatórias do Banco Central, passamos ao mesmo estudo, tendo agora como referencial a Comissão de Valores Mobiliários que desempenha também importante papel na elucidação de crimes econômicos.

⁵⁹“Neste contexto o problema da fixação da autoria nos denominados crimes societários é dos mais árduos a se enfrentar no processo penal contemporâneo. O incremento na criação de tipos penais relacionados às atividades empresariais, e a complexidade da tessitura concreta da realização prática destes ilícitos, trouxe para os processualistas em geral, e para os membros do Ministério Público em particular, a, necessidade de enfrentar o tema da autoria à luz dos elementos exigidos pelo art.41 do Código de Processo Penal para a propositura da ação penal pública.(...) Em consequência, existentes como suporte mínimo de imputação tais elementos nas peças informativas, eventualmente não há que se cogitar sequer de instauração de inquérito policial que, quase sempre, restringir-se-ia à oitiva dos diretores da instituição.”(MAIA, Rodolfo Tigre. *DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL*. São Paulo:Malheiros,1999,p.157.)

3.3.2 Comissão de Valores Mobiliários.

Baseada principalmente na liberdade de mercado e na modernização da estrutura jurídica da grande empresa, a edição da Lei nº 6.385 de 7 de julho de 1976, teve como objetivo criar o suporte jurídico imprescindível ao fortalecimento do mercado de capitais de risco no Brasil. Inspirada no modelo norte-americano, através das atividades da *Securities and Exchange Commission* (SEC) , órgão regulador do mercado de capitais dos EUA, criou-se a Comissão de Valores Mobiliários em nosso país. Uma relevante diferença apontada pela doutrina reside no fato de que o modelo alienígena da América do Norte nasceu de modo independente, de forma contrária a CVM conseguiu sua autonomia somente após três décadas de discussões, já que a maioria das comissões com características de órgãos reguladores foram criadas a partir da ditadura de Vargas, sob a orientação do Estado Novo. Desta forma se observa que, embora a Comissão de Valores Mobiliários tenha nascido sob a vigência do regime militar, no ano de 1976, alcançou uma invejável autonomia⁶⁰.

Através da Lei nº 6.385/76, foi instituída a Comissão de Valores Mobiliários, vinculada ao Ministério da Fazenda, entidade autárquica em regime especial, com patrimônio próprio e personalidade jurídica. Possuindo também autonomia financeira e orçamentária, com autoridade administrativa independente, ausência de subordinação e mandato fixo com estabilidade de seus membros, estabeleceu o artigo quinto desta lei os parâmetros do ente responsável pela fiscalização do mercado de valores mobiliários.

Para tal mister o legislador atribuiu à CVM diversas competências:

Art. 8º Compete à Comissão de Valores Mobiliários:

I - regulamentar, com observância da política definida pelo Conselho Monetário Nacional, as matérias expressamente previstas nesta Lei e na lei de sociedades por ações;

⁶⁰ EIZIRIK, Nelson. O Colegiado da CVM e o CRSFN como Juízes Administrativos: Reflexões e Revisão. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Coordenador Arnoldo Wald: Editora RT. São Paulo: RT, ano 9, n. 34, p. 32,34, 2006.

II - administrar os registros instituídos por esta Lei;

III - fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários, de que trata o Art. 1º, bem como a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados;

IV - propor ao Conselho Monetário Nacional a eventual fixação de limites máximos de preço, comissões, emolumentos e quaisquer outras vantagens cobradas pelos intermediários do mercado;

V - fiscalizar e inspecionar as companhias abertas dada prioridade às que não apresentem lucro em balanço ou às que deixem de pagar o dividendo mínimo obrigatório.

§ 1º O disposto neste artigo não exclui a competência das Bolsas de Valores, das Bolsas de Mercadorias e Futuros, e das entidades de compensação e liquidação com relação aos seus membros e aos valores mobiliários nelas negociados.

§ 2º Serão de acesso público todos os documentos e autos de processos administrativos, ressalvados aqueles cujo sigilo seja imprescindível para a defesa da intimidade ou do interesse social, ou cujo sigilo esteja assegurado por expressa disposição legal.

§ 3º Em conformidade com o que dispuser seu regimento, a Comissão de Valores Mobiliários poderá:

I - publicar projeto de ato normativo para receber sugestões de interessados;

II - convocar, a seu juízo, qualquer pessoa que possa contribuir com informações ou opiniões para o aperfeiçoamento das normas a serem promulgadas.

Objetivando possibilitar a atuação da CVM no controle e fiscalização do mercado de capitais, o legislador dotou a entidade de prerrogativas importantes descritas no artigo nono da referida Lei. Portanto, pode a CVM examinar e extrair cópias de registros contábeis de auditores independentes, das pessoas jurídicas e naturais que integram o sistema, dos fundos de investimento, dos consultores de valores mobiliários, das companhias abertas e demais emissoras de valores

mobiliários. Importante ressaltar que pode também examinar registros de outras pessoas quaisquer, naturais ou jurídicas, quando da ocorrência de qualquer irregularidade a ser apurada, para efeito de verificação de ocorrência de atos ilegais.

Poderá também a CVM intimar pessoas para prestar informações, requisitar informações de qualquer órgão público e apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não eqüitativas de administradores.

Importante ressaltar o disposto no art.9º, § 2º, que assim dispõe: “O processo, nos casos do inciso V deste artigo, poderá ser precedido de etapa investigativa, em que será assegurado o sigilo necessário à elucidação dos fatos ou exigido pelo interesse público, e observará o procedimento fixado pela Comissão”.

Mais adiante, no artigo 12, o legislador deixa clara a função investigatória da CVM, da seguinte forma: “Quando o inquérito, instaurado de acordo com o § 2º do art. 9º, concluir pela ocorrência de crime de ação pública, a Comissão de Valores Mobiliários oficiará ao Ministério Público, para a propositura da ação penal”.

Desta forma, embora a função precípua demonstre a fiscalização e apuração de irregularidades no âmbito financeiro, dotada de tais instrumentos a verificação de eventuais condutas criminosas certamente acabará sendo realizada pela CVM, a qual posteriormente remeterá as informações necessárias ao Ministério Público que, entendendo necessária, requisitará a instauração de inquérito policial.

A propósito do papel do Ministério Público na fiscalização do mercado de capitais, se faz necessário mencionar a Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989, que dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários. Esta legislação legitima o *parquet* a atuar em nome dos investidores no caso de fraudes para evitar prejuízo ou obter ressarcimento de danos decorrentes de investimentos no mercado de valores mobiliários⁶¹.

⁶¹ A propósito, criticando a legitimação conferida ao Ministério Público, veja-se o seguinte trecho: “Confesso que, durante todos esses anos em que acompanho a atuação da CVM, não tenho mantido uma posição uniforme a respeito, impressionando-me, em momentos diversos, os argumentos favoráveis e contrários a essa atuação direta da CVM. Não posso deixar de dizer, contudo, que entre todas as soluções possíveis, aquela adotada pela Lei 7.913/89, é certamente a pior, já que atribui legitimação extraordinária ao Ministério Público, obviamente valendo-se do

Com a edição da Lei nº 7.492 de 16 de junho de 1986, incluiu o legislador a CVM ao lado do Banco Central como entidade obrigada a informar qualquer irregularidade detectada no âmbito de suas fiscalizações com referência a crimes previstos na Lei que define os crimes contra o SFN⁶².

Embora exista a obrigatoriedade da CVM em informar qualquer irregularidade referente à prática de crime contra o Sistema Financeiro Nacional, também desempenha importante papel no que se refere à lavagem de dinheiro, já que o mercado de capitais é um ambiente propício para receber recursos oriundos do crime organizado. Para coibir o branqueamento de capitais oriundos de atividades criminosas, entre elas crimes econômicos, editou a CVM as Instruções 387 e 379 (antigas 220 e 252, respectivamente) prevendo o controle das operações, conforme nos informa Alexandre Diniz de Oliveira Freitas:

Antes mesmo da Instrução 220 (atualmente 387), outro instrumento - chave no combate à lavagem de dinheiro é a norma trazida pela Instrução 379 (antiga 252, de 1996), que prevê a obrigatoriedade de prestação de informações sobre operações com valores mobiliários à CVM, pelas bolsas de valores, bolsas de mercadorias e futuros, entidades do mercado de balcão organizado e câmaras de compensação e liquidação de operações com valores mobiliários⁶³.

sempre competente assessoramento técnico da CVM. Em verdade, isto leva à pergunta inevitável, qual seja, se não seria melhor dar à própria CVM legitimação para plei tear diretamente em juízo em nome dos prejudicados, ao invés de deixá-la na posição de mero coadjuvante de outro órgão público, não tão especializado".(ARAGÃO, Paulo Cezar. A CVM EM JUÍZO: LIMITES E POSSIBILIDADES. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais, Coordenador Arnoldo Wald: Editora RT. São Paulo: RT, ano 9, n. 34, p.45, 2006).

⁶² Art. 28. Quando, no exercício de suas atribuições legais, o Banco Central do Brasil ou a Comissão de Valores Mobiliários – CVM, verificar a ocorrência de crime previsto nesta Lei, disso deverá informar ao Ministério Público Federal, enviando-lhe os documentos necessários à comprovação do fato. Lei nº 7.492/ 86.Códigos Penal, Processo Penal e C.F., São Paulo: Saraiva, 2006, p. 662.

⁶³ FREITAS, Alexandre Diniz de Oliveira. A CVM E O COMBATE À “LAVAGEM” DE DINHEIRO NO MERCADO DE CAPITAIS. Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais.Coordenação Arnoldo Wald.São Paulo: RT. Ano 9, n.34 , p. 63, 2006.

Portanto com as disposições do arts. 9º.,§2 e 12 da Lei nº 6.385/76, bem como o disposto nos artigos 26 e 28 da Lei nº 7.492 de 1986, a função investigatória de natureza penal da CVM no que se refere a crimes econômicos encontra-se claramente definida.

Apesar da legitimação da CVM no sentido de detectar crimes na área do mercado mobiliário, contando atualmente com diversos instrumentos legais para tanto, observa-se que sua atuação se direciona precipuamente à prevenção de ilícitos que porventura, ocorram no mercado, prova disso é a inexistência de demandas nos Tribunais envolvendo a Comissão de Valores Mobiliários na posição de órgão investigador.

Desta forma a atuação da agência reguladora do mercado de capitais no Brasil me parece precipuamente preventiva no que se refere à prática de ilícitos no mercado financeiro, podendo creditar a sua atuação investigativa um matiz predominantemente técnico e consultivo, já que a matéria analisada quando tratamos da apuração de crime no mercado mobiliário requer uma especialização extrema, dificilmente encontrada nos órgãos que atuam prioritariamente na persecução criminal⁶⁴.

Analizadas as peculiaridades da função investigatória de natureza criminal do Banco Central e da CVM no que se refere a crimes econômicos, necessário examinarmos as ações da Secretaria da Receita Federal na fase preliminar do processo penal, assunto que abordaremos no item seguinte.

3.3.3 Secretaria da Receita Federal.

Com o crescimento da economia brasileira, acompanhando as tendências internacionais de expansão das atividades econômicas, passa a Secretaria da Receita Federal a ocupar papel preponderante no que se refere à fiscalização da arrecadação de tributos. Atuando de forma precípua com relação aos crimes contra a ordem tributária, portanto na área fiscal, detém este órgão de forma não exclusiva, importante papel na apuração preliminar de crimes econômicos.

⁶⁴ ARAGÃO, Paulo Cezar. Obra citada, p.46.

Alexandre Kern, em poucas palavras, nos informa sobre a natureza deste órgão:

A Secretaria da Receita Federal é o órgão central de direção superior, subordinado ao Ministério da Fazenda, responsável pela administração dos tributos internos e aduaneiros da União, com o propósito de promover o cumprimento voluntário das obrigações tributárias, arrecadar recursos para o Estado e desencadear ações de fiscalização e combate à sonegação, de forma a promover justiça fiscal ⁶⁵.

Como os demais entes que atuam de forma acessória na investigação preliminar de natureza criminal, a Secretaria da Receita Federal através de sua atuação no sentido de promover a arrecadação de tributos, acaba identificando condutas que constituem crimes contra a ordem tributária, motivo pelo qual atua como investigadora na apuração da autoria e arrecadação de substrato para uma eventual denúncia ⁶⁶.

Partindo das autuações realizadas pelos auditores fiscais, posteriormente melhor instruídas através de procedimentos administrativos próprios, tem a SRF condições aprimoradas para apuração e comprovação de crimes tributários. Diante da criminalidade econômica, mormente a tributária, as condições técnicas da polícia judiciária e do próprio Ministério Público são insuficientes para alicerçar um processo penal eficaz. A esse respeito já se manifestou a doutrina:

Por outro lado, evidencia-se uma relativa inadequação de nossas leis e do sistema processual, além de um certo despreparo do Ministério Público e da Polícia, que, normalmente, não contam com

⁶⁵ KERN, Alexandre. *O CONTROLE PENAL ADMINISTRATIVO nos crimes contra a ordem tributária*. Porto Alegre: livraria do advogado, 2002, p.79.

⁶⁶ A propósito, veja-se o teor deste trecho doutrinário: "Todavia, não resta dúvida, a maioria dos casos de comunicação de condutas que em te se configuram crime contra a ordem tributária federal decorrem de prévio procedimento administrativo instaurado por esse Órgão e do dever jurídico de representação expresso, atualmente, no Decreto nº.2.730/98 do Presidente da República. Mesmo as comunicações originadas de outros órgãos acabarão tramitando pela SRF, que deverá quantificar o dano, apurando o crédito tributário eventualmente sonegado".(KERN, Alexandre.Idem,p.87).

conhecimentos específicos em matéria tributária e de fiscalização que permitam dirigir a investigação para o sentido correto, segundo o modelo estabelecido em nosso Código de Processo Penal ⁶⁷.

Até a edição do artigo 83 da Lei nº 9.430/96, não havia previsão expressa quanto à comunicação por parte da SRF da ocorrência de crimes durante suas atividades principais. Na Lei nº 8.137/90 que dispõe sobre os crimes tributários consta apenas disposição genérica quanto à obrigatoriedade da comunicação de crime segundo o seu artigo 16.

Com a criação da representação fiscal para fins penais, ficou estabelecida a comunicação ao Ministério Público de eventuais crimes contra a ordem tributária detectados pela Secretaria da Receita Federal, através da Lei nº 9430 de 27 de dezembro de 1996:

Art. 83. A representação fiscal para fins penais relativa aos crimes contra a ordem tributária definidos nos arts. 1º e 2º da Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, será encaminhada ao Ministério Público após proferida a decisão final, na esfera administrativa, sobre a exigência fiscal do crédito tributário correspondente.

Parágrafo único. As disposições contidas no caput do art. 34 da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, aplicam-se aos processos administrativos e aos inquéritos e processos em curso, desde que não recebida a denúncia pelo juiz.

Com tal disposição ficou definida a atuação da SRF na fase preliminar do processo penal no que se refere aos crimes contra a ordem tributária. Entretanto, esta disposição ainda provoca celeuma já que uma corrente doutrinária entende que, mesmo desprovido da representação citada, pode o Ministério Público ingressar na esfera judicial com a respectiva ação penal, basta deter, independente

⁶⁷ FERREIRA, Roberto dos Santos. *CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA*, 2º.ed.São Paulo: Malheiros, 2002, p.18.

da Secretaria da Receita Federal, os elementos suficientes para elaborar a denúncia ⁶⁸.

Enfatizando a possibilidade de o Ministério Público atuar independentemente da Representação Fiscal para Fins Penais, leciona ANDREAS EISELE:

Por ser antinômico em face da norma veiculada pelo art.66, I, da LCP, o conteúdo do art.2º, I, do Dec. nº 2.730/98, não possui validade, devido à ilegalidade de seu comando. Dessa forma, não obstante os auditores- fiscais do tesouro nacional devam aguardar o término do procedimento administrativo de lançamento para a formalização da notícia-crime, esta deverá ser elaborada sempre que, independentemente da constituição do crédito tributário, ficar caracterizada a evasão tributária penalmente tipificada (devido à constatação da inadimplência da prestação da obrigação tributária decorrente do fato) ⁶⁹.

Acompanhando a posição de EISELE, afirma ALÉCIO ADÃO LOVATTO: “Nessas circunstâncias, o artigo 83 da Lei nº 9.430/96 nada mais é que uma norma de cunho administrativo, não estabelecendo ela nenhuma condição de procedibilidade” ⁷⁰. Também no sentido da não exigência do esgotamento da instância administrativa para o oferecimento da denúncia é o magistério de ROBERTO DOS SANTOS FERREIRA ⁷¹.

⁶⁸ “Distinguem-se, na doutrina, duas correntes frente a tal indagação: de um lado, há os que sustentam que só se pode compreender a autonomia da ação penal em relação à ação fiscal, por razões de natureza formal, mas não quanto ao mérito, pois não se pode atribuir uma condenação por sonegação de obrigação tributária inexistente (assim, Ives Gandra da Silva Martins *in* Martins, 1998, p. 33-42). Outros porém discordam desse posicionamento, entendendo que a ação penal é incondicionada em relação à ação fiscal, reconhecendo, no entanto, que a exigibilidade do crédito tributário constitui questão prejudicial ao processo penal (como em Aristides Junqueira Alvarenga, *in* Martins, 1998, p. 52-63).” (KERN, Alexandre. O CONTROLE PENAL ADMINISTRATIVO nos crimes contra a ordem tributária. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 76) .

⁶⁹ EISELE, Andréas. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, 2º ed. São Paulo: Dialética, 2002, p.230,231.

⁷⁰ LOVATTO, Alécio Adão. Crimes Tributários aspectos criminais e processuais, 2º ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003, p.190.

⁷¹ FERREIRA, Roberto dos Santos. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. 2º ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p.137.

Por outro lado, IVES GANDRA DA SILVA MARTINS protesta pela impossibilidade de o Ministério Público promover a ação penal sem antes ter recebido a representação atestando, na esfera administrativa, a exigência fiscal do crédito tributário correspondente, manifestando -se no seguinte sentido:

Parece-me, pois, inconsistente a tese dos que defendem que poderá o Ministério Público obter a condenação por crime tributário de contribuinte que, pela autoridade fazendária legitimada a proceder o lançamento, seja considerado não devedor de qualquer obrigação, nem a Fazenda credora de qualquer crédito⁷².

Í

mpar é a posição de ALEXANDRE KERN, o qual entende que existem casos onde é possível o prosseguimento da ação penal independente da comprovação da obrigação tributária, e em outros casos não. A propósito veja -se a seguinte passagem:

A conclusão a que se chega é a de que, nos casos em que a comprovação da existência da obrigação tributária constitui óbice ao prosseguimento da ação penal, pode-se somente presumir, mas não caracterizar, crime contra a ordem tributária antes da conclusão do processo administrativo fiscal, porque a existência material de obrigação tributária ainda não foi definitivamente julgada. Todavia, haverá casos em que a comprovação da existência de obrigação tributária não constituirá óbice ao prosseguimento da ação penal, porque tal fato não é elementar do tipo penal, como, por exemplo, no crime previsto no inciso V do art.2º. Nesses casos, obviamente, pode-se caracterizar o crime contra a ordem tributária antes da conclusão do PAF⁷³.

⁷² MARTINS, Ives Gandra da Silva. A PROCEDIBILIDADE PENAL Á LUZ DA LEI 9.430/ 96 .In: Ives Gandra da Silva Martins (Coord.) CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, 4º ed. São Paulo: co-edição Centro de Extensão Universitária e RT, 2002, p. 417 -424.

⁷³ KERN, Alexandre. O CONTROLE PENAL ADMINISTRATIVO nos crimes contra a ordem tributária . Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002, p. 76.

Embora interessante, mas por se afastar do escopo deste trabalho deixaremos de lado maiores discussões sobre o assunto, cabe -nos apenas trazer recente decisão do STF sobre o assunto, parecendo claro que atende aos reclamos da corrente defendida por Ives Gandra da Silva Martins ⁷⁴. Portanto como parece improvável que o Ministério Público consiga independentemente dos subsídios fornecidos através dos Procedimentos Administrativos fiscais obter embasamento que comprove a constituição de crédito tributário, cremos mais realista a posição de MARTINS e KERN.

Resta-nos observar que, através dos procedimentos administrativos fiscais da Secretaria da Receita Federal, não há dúvida de que a existência da atuação precípua deste órgão na investigação criminal envolvendo crimes tributários, embora não exclusiva, caracteriza verdadeira espécie de investigação preliminar no processo penal⁷⁵.

3.3.4 Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.

⁷⁴BRASIL.Supremo Tribunal Federal.Ementa proferida no HC-nº. 85.329/SP, relator Min. Celso de Mello, 21/11/2006. Enquanto o crédito tributário não se constituir, definitivamente, em sede administrativa, não se terá por caracterizado, no plano da tipicidade penal, o crime contra a ordem tributária, tal como previsto no art. 1º da Lei nº 8.137/90. É que, até então, não havendo sido ainda reconhecida a exigibilidade do crédito tributário ("an debeatur") e determinado o respectivo valor ("quantum debeatur"), estar-se-á diante de conduta absolutamente desvestida de tipicidade penal. - A instauração de persecução penal, desse modo, nos crimes contra a ordem tributária definidos no art. 1º da Lei nº 8.137/90 somente se legitimará, mesmo em sede de investigação policial, após a definitiva constituição do crédito tributário, pois, antes que tal ocorra, o comportamento do agente será penalmente irrelevante, porque manifestamente atípico. Precedentes. - Se o Ministério Público, no entanto, independentemente da "representação fiscal para fins penais" a que se refere o art. 83 da Lei nº 9.430/96, dispuser, por outros meios, de elementos que lhe permitam comprovar a definitividade da constituição do crédito tributário, poderá, então, de modo legítimo, fazer instaurar os pertinentes atos de persecução penal por delitos contra a ordem tributária. - A questão do início da prescrição penal nos delitos contra a ordem tributária. Disponível em:< <http://www.stf.gov.br>. >. Acesso em: 12 dez. 2006.

⁷⁵."Saliente-se, por fim, que a autoridade tributária não tem o dever e, muito menos, a competência para demonstrar a existência do elemento doloso das infrações penais, considerando -se que o PAF assenta-se em fatos sujeitos à responsabilidade objetiva.Terá contudo condições de obter e fornecer elementos de prova material,suscetíveis de amparar sua presunção sobre a ocorrência do ilícito.Na verdade,seu dever legal é justamente o de comunicar essa presunção à autoridade competente para investigar o fato." (KERN, Alexandre.Obra citada.p.77).

Com a crescente criminalidade transnacional praticada por organizações criminosas, passou a comunidade internacional a preocupar-se com a questão da lavagem de dinheiro decorrente daquelas estruturas ilegais. Certos de que a maior dificuldade para essas organizações centra-se justamente na legalização dos lucros auferidos com a atividade ilícita, hodiernamente desenvolvem-se mecanismos para impedir a utilização dos ativos criminosos, conseqüentemente desestimulando a prática do delito originário⁷⁶.

Dentro destes parâmetros internacionais de combate ao crime organizado e a lavagem de dinheiro foi elaborada a Lei nº 9.613 de 03 de março de 1998, que dentre outras matérias criou o Conselho de Controle de Atividades Financeiras – COAF.

Através do Decreto nº 2.799 de 8 de outubro de 1998, foi aprovado o Estatuto do COAF, que estabeleceu em seu artigo primeiro:

Art. 1º O Conselho de Controle de Atividades Financeiras - COAF, órgão de deliberação coletiva com jurisdição em todo território nacional, criado pela Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998, integrante da estrutura do Ministério da Fazenda, com sede no Distrito Federal tem por finalidade disciplinar, aplicar penas administrativas, receber, examinar e identificar as ocorrências suspeitas de atividades ilícitas previstas em sua Lei de criação, sem prejuízo da competência de outros órgãos e entidades.

Parágrafo único. O COAF poderá manter núcleos descentralizados, utilizando-se da infra-estrutura das unidades regionais dos órgãos a que pertencem os Conselheiros, objetivando a cobertura adequada de todo o território nacional.

Em vista do disposto no inciso VI do artigo primeiro da Lei nº 9.613/98, que considera crime de lavagem de dinheiro a ocultação ou dissimulação de valores provenientes de crime contra o sistema financeiro nacional, portanto crime

⁷⁶ "Desse modo entende-se que a lavagem de dinheiro consiste em ocultar ou dissimular a procedência criminosa de bens e integrá-los à economia, com aparência de terem origem lícita". (PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*. São Paulo: RT, 2003, p.38)

econômico, faz-se mister a análise das atividades do COAF, entidade criada no âmbito do Ministério da Fazenda com atribuição nitidamente investigatória de natureza criminal.

Além de exercer a função de identificar as ocorrências suspeitas de atividades de branqueamento de capitais, cabe ao COAF coordenar e propor mecanismos de cooperação que viabilizem a eficácia de ações rápidas que impeçam a conversão de ativos ilícitos provenientes de crime.

Desta forma para realizar esta árdua tarefa descreve o art. 16 da referida Lei a composição do COAF, que se dá por designação do Ministro da Fazenda, dentre integrantes do quadro de pessoal efetivo do Banco Central do Brasil, da CVM, da Superintendência de Seguros Privados, da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional, da Secretaria da Receita Federal, da ABIN, do Departamento de Polícia Federal, do Ministério das Relações Exteriores e da Controladoria -Geral da União.

Trata-se de uma entidade acessória e que passa a praticar atos típicos de investigação criminal, devendo comunicar às autoridades competentes quando concluir pela existência de crime previsto na Lei de lavagem de dinheiro, conforme o disposto no artigo quinze⁷⁷.

Para o desempenho deste papel, através da Portaria nº. 330 de 18 de dezembro de 1998, foi aprovado o regimento interno do COAF, prevendo em seu artigo 10 as normas para o trâmite do processo administrativo para a apuração de infrações detectadas pelo Conselho.

Além de o COAF atuar na identificação de operações que procuram lavar os recursos obtidos com a prática de crimes econômicos, vale lembrar que sua atuação recai também sobre ativos ilícitos decorrentes de tráfico ilícito de entorpecente, terrorismo, contrabando, extorsão mediante seqüestro e praticados por organizações criminosas. Importante ressaltar a prerrogativa do Conselho de emitir Resoluções no sentido de prevenir ações referentes a lavagem de capitais.

⁷⁷"Despiciendas maiores discussões a respeito da legitimidade das investigações realizadas pelo próprio Ministério Público, a questão que ora se coloca é a de que, tendo o COAF elementos suficientes à caracterização de uma conduta criminosa não há absoluta necessidade de requisição à Polícia Judiciária da instauração de Inquérito Policial, podendo os autos administrativos serem encaminhados diretamente ao Ministério Público, que, por seu turno, pode requisitar novas diligências investigativas."(MACEDO, Carlos Márcio Rissi . Lavagem de Dinheiro. Curitiba:Juruá, 2006, p.151).

4 BREVE ESTUDO DOS DELITOS ECONÔMICOS.

4.1 A SOCIEDADE DO RISCO.

Encerrada a primeira parte deste trabalho, abordando o assunto da investigação preliminar no processo penal, embora já direcionado à persecução de crimes de empresa, requer agora uma incursão específica sobre os aspectos da delinquência econômica.

Entretanto, para discutirmos as questões emergentes quando tratamos do tema crime econômico, faz-se obrigatória primeiramente a análise das teorias de Ulrich Beck e Niklas Luhmann, principais autores que constatarem o fenômeno que passou a ser denominado Sociedade do Risco⁷⁸.

De acordo com Ulrich Beck, podemos caracterizar a chamada Sociedade do Risco da seguinte forma:

A atual etapa de industrialização pode ser caracterizada como “sociedade do risco”, uma sociedade que não está assegurada, nem pode estar porque os perigos que se observam são inquantificáveis, incontroláveis, indetermináveis e de difícil atribuição. Ao fundirem-se os fundamentos sociais do cálculo dos riscos e levando em consideração que os sistemas de seguro e previsão são inoperantes frente aos perigos do presente, se produz

⁷⁸PAULUS, Nelson. Del Concepto de Riesgo: Conceptualización del Riesgo en Luhmann y Beck. Revista Mad, nº.10, maio de 2004, Departamento de Antropología. Universidad de Chile. Disponível em < <http://www.revistamad.uchile.cl>.>. Acesso em 25 de dez. 2006.

uma situação de irresponsabilidade organizada. Frente a ela, novos sujeitos sociais propõem um novo projeto esclarecido, alternativo ⁷⁹.

P

ara explicar este fenômeno os sociólogos demonstram que no final do século XX com a passagem da sociedade industrial para a sociedade tecnológica, surge a sociedade do risco, já que não é mais possível o controle das ameaças que ela própria produz quando procura aumentar indefinidamente os níveis de bem estar propostos pela sociedade de consumo de massa.

As conseqüências da observação de Beck são facilmente constatáveis através de acontecimentos de conhecimento popular, tais como o acidente ocorrido na usina atômica de Chernobyl, o chamado “mal da vaca louca” e os diários ataques de grandes proporções à natureza.

Em vista das evidências que chegam ao nosso conhecimento diariamente através dos mais variados meios de comunicação, é fato um reconhecimento cada vez maior da proposta da sociedade do risco.

Para identificar a sociedade do risco, assenta Beck a sua tese em três características básicas: a depredação da natureza e da cultura por parte da sociedade industrial, sendo esta dilapidação realizada em virtude da própria modernização, que absorve estes recursos até o esgotamento ⁸⁰.

Existe uma crise de controlabilidade, onde as relações da sociedade com as ameaças produzidas por ela mesma, excedem os fundamentos das idéias de segurança. A conscientização desta realidade afeta a raiz sobre a qual se sustenta a ordem social.

⁷⁹“La actual etapa del industrialismo se puede caracterizar como «sociedad de riesgo», una sociedad que no está asegurada, ni puede estarlo porque los peligros que acechan son incuantificables, incontrolables, indeterminables e inatribuibles. Al hundirse los fundamentos sociales del cálculo de riesgos, y dado que los sistemas de seguro y previsión son inoperantes ante los peligros del presente, se produce una situación de irresponsabilidad organizada. Frente a ella, nuevos sujetos sociales proponen un nuevo proyecto ilustrado, alternativo”. BECK, Ulrich. La Irresponsabilidad organizada. Disponível em: <http:// www.nodo50.org/dado> Acesso em : 25 de dez. 2006.

⁸⁰ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia una nueva modernidad. Barcelona, Espanha: Paidós Ibérica S. A., 2002, p.27,28 .

F

inalmente, observa-se uma decomposição, uma deterioração e por que não falar? um desencanto por aqueles dogmas de sentido coletivo, tais como consciência de classe, progresso, fé, ciência etc, que pertenciam à sociedade industrial. Esta deterioração dos valores estáveis que tínhamos na sociedade industrial provoca um processo de individualização, liberando os indivíduos da sociedade industrial para impulsioná-los para a sociedade do risco, trazendo como nova chave da civilização o medo e a insegurança⁸¹.

A

lém dos aspectos referidos, existem outras características que comprovam a realidade da sociedade do risco, como a sua invisibilidade social, demonstrada por Ulrich Beck:

Em um nível determinado da produção social que se caracteriza pelo desenvolvimento da indústria química (porém também pela tecnologia nuclear, a microeletrônica e a tecnologia genética), o predomínio da lógica, os conflitos da produção de riqueza e, portanto, a invisibilidade social da sociedade do risco não são uma prova da irrealidade desta, senão ao contrário, são um motor de seu surgimento e portanto uma prova de sua realidade⁸².

Outra questão curiosa presente na sociedade do risco, proposta por Beck, é o chamado “efeito bumerang”, caracterizado pelos efeitos secundários que retornam aos centros de produção originária. Este aspecto é ressaltado em vista da aparente repartição dos riscos (o que deixaria determinada classe privilegiada afastada deles) demonstrando que mesmo os ricos e poderosos que produzem os riscos de

⁸¹ PAULUS, Nelson. Idem, Ibidem.

⁸² “En un nivel determinado de la producción social que se caracteriza por el desarrollo de la industria química (pero también por la tecnología nuclear, la microelectrónica y la tecnología genética), el predominio de la lógica, los conflictos de la producción de riqueza y, por tanto, la invisibilidad social de la sociedad del riesgo no son una prueba de la irrealidad de ésta, sino al contrario: son un motor de su surgimiento y por tanto una prueba de su realidad”.(BECK, Ulrich. Obra citada, p.51).

forma primária, posteriormente os recebem de forma secundária. Adverte o autor que este efeito pode ocorrer de diversas formas, como por exemplo, no consumo de produtos agrícolas produzidos nos países do Terceiro Mundo contaminados por altos índices de agrotóxicos⁸³.

R

relevante crítica faz Ulrich Beck à negação da ciência sobre a presença do risco nas sociedades altamente industrializadas. Nas suas palavras, denuncia: “A ciência se converteu no administrador supremo da contaminação global do homem e da natureza”, afirmando a constante negação dos graves danos provocados⁸⁴.

D

esta forma a “sociedade do medo”, incontestavelmente delineada por Beck, nos leva a um “Estado vigilante”, com forte apego ao Direito Penal, como nos ensina Jesús-Mariá Silva Sánchez:

A “sociedade do risco” ou “da insegurança” conduz, pois, inexoravelmente, ao “Estado vigilante” ou “Estado da prevenção”. E os processos de privatização e de liberalização da economia, em que nos encontramos imersos, acentuam essa tendência⁸⁵.

Portanto, já passados mais de quinze anos da obra que inaugurou esta perspectiva do risco, admitindo seus reflexos nas mais variadas instâncias do conhecimento, tais como a política, economia, ciência e tecnologia, multiplicam-se os estudos das consequências das teorias sociológicas na dogmática jurídico-penal, conforme observa Marta Rodrigues Assis Machado:

A relação entre penalistas e sociólogos vem sofrendo mudanças consideráveis, desde que se reconheceu a inconveniência do modelo purista, especialmente representado, no direito penal, pela escola finalista: o desenvolvimento atual da dogmática jurídico-

⁸³ BECK, Ulrich. Obra citada, p. 43.

⁸⁴ “La ciencia se ha convertido en el administrador supremo de la contaminación global del hombre y la naturaleza”. ULRICH, Beck. Obra citada, p.78.

⁸⁵ SÁNCHEZ, J.- M.S., Obra citada, p. 127.

penal aponta cada vez mais para a integração das valorações materiais da política criminal com a teoria do delito, configurando -se um sistema penal mais aberto aos influxos sociais, às teorias sociológicas e, especialmente, aos estudos criminológicos⁸⁶.

D

esta forma, parte da doutrina coloca como tema central na questão da sociedade do risco no âmbito penal a problemática da necessidade ou não, de uma nova dogmática jurídica - penal para tratar o direito penal⁸⁷, ou, se seria necessário à atualização dos instrumentos e das instituições jurídico-penais adequá-lo às demandas decorrentes desse novo modelo social que aflorou neste terceiro milênio⁸⁸.

P

or outro lado, de forma contrária, posicionam -se os autores da denominada “Escola de Frankfurt”, direcionados à defesa de um Direito Penal liberal, integralmente voltado à proteção de condutas atentatórias à vida, à saúde, à liberdade e à propriedade, propondo um direito penal básico, criticando a expansão do Direito Penal em si⁸⁹.

E

ntretanto, DIAS demonstra que o direito penal tradicional baseado em idéias provenientes do liberalismo antropocêntrico, proveniente de uma sociedade industrial, onde o individualismo e a razão eram os paradigmas, não consegue enfrentar os problemas decorrentes da sociedade tecnológica e massificada⁹⁰.

⁸⁶ MACHADO, Marta Rodriguez Assis. *SOCIEDADE DO RISCO e DIREITO PENAL*. Uma avaliação de novas tendências político criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias / IBCCRIM; 34, p. 92,93).

⁸⁷ DIAS, Jorge de Figueiredo. *O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. In: Luis Miguel Reyna Alfaro (Coord.). *NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA*. Lima: ARA Editores, 2005, p.131.

⁸⁸ AGUADO, Paz M. de *La Cuesta. Sociedad del riesgo y Derecho penal*. In: Luis Miguel Reyna Alfaro (Coord.). *NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA*. Lima: ARA Editores, 2005, p.161.

⁸⁹ SÁNCHEZ, Jesús-Mariá Silva. *A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 21.

⁹⁰ “Seja como for quanto a estes pontos, parece -me hoje indiscutível que a idéia da sociedade do risco suscita ao direito penal problemas novos e incontornáveis. Não cometerei a injúria de expor, sequer em breves palavras, o conteúdo essencial das idéias que presidem ao tópico da “sociedade

E

stas reflexões são aceitas também por AGUADO que acrescenta a expressão “sociedade do perigo”, alertando que,

No aspecto individual, o sujeito vive imerso em situações de risco para sua saúde e vida, geradas por decisões de terceiros; na frente mundial, o risco se globaliza e desaparecem as fronteiras dos Estados diante do enorme potencial destruidor do risco⁹¹.

P

artindo da premissa que o direito penal tradicional entra em uma forte crise de legitimação a partir da década de setenta, em vista da inadequação das estruturas penais para enfrentar a realidade social contemporânea, como quer AGUADO e por outro lado admitindo que o dogma da razão técnico instrumental continue embasando a ciência penal na concepção de DIAS, é de se esperar que haja uma reação em prol de uma nova concepção da intervenção penal⁹².

A

respeito da chamada razão técnico-instrumental, nos traz Dias a concepção de Anselmo Borges assim descrita:

do risco”. Direi apenas que, nas suas implicações com a matéria penal, ele quer pôr em evidência uma transformação radical da sociedade em que vivemos, mas que seguramente se acentuará exponencialmente no futuro próximo. Uma tal idéia anuncia o fim de uma sociedade industrial em que os riscos para a existência, individual e comunitária, ou provinham de acontecimentos naturais (para tutela dos quais o direito penal é absolutamente incompetente) ou derivavam de acções humanas próximas e definidas, para contenção das quais era bastante a tutela dispensada a clássicos bens jurídicos como a vida, o corpo, a saúde, a propriedade, o patrimônio...; para contenção das quais, numa palavra, era bastante o catálogo puramente individualista dos bens jurídicos penalmente tutelados e assim, o paradigma de um direito penal liberal e antropocêntrico. Aquela idéia anuncia o fim desta sociedade e a sua substituição por uma sociedade exasperadamente tecnológica, massificada e global, onde a acção humana, as mais das vezes anônima, se revela susceptível de produzir riscos também eles globais ou tendendo para tal, susceptíveis de serem produzidos em tempo e em lugar largamente distanciados da acção que os originou ou para eles contribuiu e de poderem ter como consequência, pura e simplesmente, a extinção da vida.”(DIAS,Jorge de Figueiredo.O direito penal entre a sociedade industrial e a sociedade do risco.NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA, Coordinador:Luis Miguel Reyna Alfaro.Lima:ARA editores,2005,p.131).

⁹¹“En el frente individual, el sujeto vive inmerso en situaciones de riesgo para su salud y su vida generadas por la decisiones de terceros; en el frente mundial, el riesgo se globaliza y desaparecen las fronteras y los estados frente al enorme potencial destructor del riesgo”.(AGUADO, Paz M. de la Cuesta. *Sociedad del riesgo y Derecho penal*.Idem, p.162).

⁹² AGUADO, P.M.de la C. Idem,p.164.

Daqui uma razão instrumental de domínio, profundamente imperialista, que concebe o saber como poder segundo a expressão famosa de Bacon e vê no homem, inebriado por aquilo que Horkheimer chamou a “doença da razão”, o dominador absoluto do mundo e da natureza; e que haveria de encontrar na racionalidade do *homo economicus* e no espírito do capitalismo a sua versão sócio-económica acabada, assente no dogma do progresso material ilimitado da humanidade⁹³.

I

importante salientar o carácter democrático da sociedade do risco, pois ela afeta não só os países desenvolvidos, mas também os que se dizem em desenvolvimento, não fazendo qualquer distinção entre os que sofrem seus efeitos⁹⁴.

E

m decorrência da aceitação da sociedade do risco e suas conseqüências, admitindo a necessidade da intervenção da tutela penal agora na concepção de DIAS “um direito penal com função promocional e propulsora de valores orientadores da ação humana na vida comunitária”, fica clara a tendência a tipificação dos delitos de perigo e de imprudência, bem como a criação de bens jurídicos coletivos⁹⁵.

E

ste carácter expansivo do direito penal do risco surge em decorrência principalmente da relação espaço temporal entre ação e resultado nos crimes sócio-econômicos. Este fenómeno é claramente observável nos delitos ecológicos onde uma ação praticada em um local muito distante de onde se observa o resultado e levada a efeito em um tempo pretérito significativo, provoca o resultado típico. Levando em consideração principalmente a sua irreversibilidade, que é uma característica dos danos provocados pela sociedade do risco, passa o direito penal a antecipar a tutela, já que após o resultado a intervenção penal seria inócua. No mesmo diapasão é o magistério de Jesús-Mariá Silva Sánchez:

⁹³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *idem*, p.136.

⁹⁴ BECK, Ulrich. *Obra citada*, p. 47.

⁹⁵ DIAS, J.F. *Idem* p.134

Dado que, no mais, tais resultados se produzem em muitos casos a longo prazo e, de todo modo, em um contexto geral de incerteza sobre a relação causa-efeito, os delitos de resultado/lesão se mostram crescentemente insatisfatórios como técnica de abordagem do problema. Daí o recurso cada vez mais freqüente aos tipos de perigo, assim como a sua configuração cada vez mais abstrata ou formalista (em termos de perigo presumido) ⁹⁶.

T

ambém baseado na maioria dos casos na ausência de dolo individual na provocação de danos dessa natureza, cresce a demanda por tipificações de imprudência a fim de possibilitar a responsabilização de tais ações ⁹⁷.

U

Um derradeiro aspecto da adoção de um direito penal adequado à sociedade do risco pressupõe a identificação de novos bens jurídicos, agora de caráter coletivo, a requerer tutela penal. Nesta esteira vamos identificar delitos relacionados com as tecnologias de informação, delitos contra a humanidade, delitos de manipulação genética, terrorismo e delitos econômicos.

C

Conscientes da extensão do tema, longe de seu esgotamento, restando provável que o que hoje podemos caracterizar como crime econômico *lato sensu* decorre do fenômeno provocado pela sociedade do risco, passamos em tópico específico a tratar da utilização dos tipos de perigo na esfera penal.

4.1.1 A Utilização dos Tipos de Perigo.

Como decorrência da necessidade de promover o enfrentamento da criminalidade econômica observa-se no ordenamento penal econômico a tendência à utilização de tipos de perigo. Tal posicionamento estaria justificado em vista da

⁹⁶ SÁNCHEZ, Jesús-Mariá Silva. A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002, p. 31.

⁹⁷ SÁNCHEZ, J.M.S. Obra citada, p.113.

grande dificuldade na obtenção de provas neste campo. Nesse sentido é o magistério de Klaus Tiedemann:

Outra medida para facilitar a prova no processo penal consiste na renúncia ao elemento resultado dentro do tipo penal. O Congresso do Cairo recomendou a substituição dos delitos de resultado, ou dano, pelos delitos de perigo, sob a condição de que a conduta punível esteja claramente definida no tipo penal⁹⁸.

Segundo o professor Juarez Cirino dos Santos: “Os tipos de perigo descrevem somente a produção de um perigo para o objeto de proteção, distinguindo-se, por sua vez, em tipos de perigo concreto e tipos de perigo abstrato”⁹⁹.

Partindo da mesma definição de crimes de perigo, subdividindo-os em abstratos e concretos, Bujan Perez apresenta uma terceira espécie intermediária. Segundo o autor, “de utilização cada vez mais freqüente no âmbito do Direito penal econômico”.¹⁰⁰ Juarez Cirino dos Santos nos informa também que “FRISCH pretende compreender os delitos de perigo abstrato como *delitos de aptidão* (Eignungsdelikte), fundado na aptidão concreta *ex ante* da conduta para produzir a consequência lesiva¹⁰¹.

⁹⁸ ARAÚJO Jr., João Marcello de. Obra citada, apresentação crítica, p.20.

⁹⁹ “Nos tipos de perigo concreto, a realização do tipo pressupõe a efetiva produção de perigo para o objeto da ação, de modo que a ausência de lesão do bem jurídico pareça meramente acidental, como o perigo de contágio venéreo. Nos tipos de perigo abstrato, a típica ou presumida perigosidade da ação para o objeto de proteção é suficiente para sua penalização, independente da produção real de perigo para o bem jurídico protegido, como o abandono de incapaz”. (SANTOS. Juarez Cirino dos A Moderna Teoria do Fato Punível, 3ª. edição. Curitiba: Editora Fórum, 2004, p.40).

¹⁰⁰ “Ahora bien, en el seno de la categoría de los delitos de peligro abstracto hay que incluir, según la opinión dominante, una clase en cierto modo intermedia entre los delitos de peligro abstracto y los delitos de peligro concreto. Me refiero a los denominados <<delitos de aptitud>>, llamados también delitos de <<peligro potencial>> (Keller) o (como ha hecho en nuestra doctrina TORIO) delitos <<de peligro hipotético>>, delitos cuya utilización es cada vez más frecuente en el Derecho penal económico”. (PEREZ, Carlos Martínez-Bujan. DERECHO PENAL ECONÓMICO PARTE GENERAL. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998, p.109).

¹⁰¹ SANTOS, J.C. Idem, p.41.

Sendo assim, a utilização dos tipos de perigo, pela sua própria natureza, amplia facilmente o âmbito de atuação do Direito Penal. Antevendo esta hipótese, Eduardo Correia nos adverte:

Há quem pretenda que devia alargar-se a punição ao chamado “Vorfeld” (âmbito pré-delitual) com crimes de perigo abstrato ou concreto que, por outro lado, implicaria um perigoso alargamento do direito penal e em que se afastaria a responsabilidade pela informação e cautela na celebração dos contratos para os gestores e administradores das empresas¹⁰².

Filiando-se à corrente que entende necessária a utilização dos tipos de perigo para coibir a criminalidade económica, encontramos a lição de João Marcello de Araújo Júnior, ao justificar sua posição na necessidade de o Direito Penal impor suas sanções a algumas infrações de carácter administrativo, o que possibilita a interação entre as esferas administrativa e criminal¹⁰³. Nesse sentido, em vista da frequência da utilização dos tipos de perigo abstrato no Direito Penal Económico alemão, ensina-nos TIEDEMANN :

Além disso, frente ao argumento – muitas vezes esgrimido – de que o emprego dos delitos de perigo abstrato comporta uma vulneração do princípio da proporcionalidade, baseada na idéia de que se invade terreno próprio do Direito Administrativo, cerceando a liberdade de ação empresarial, procede indicar que em ocasiões sucede o contrário, posto que, enquanto a norma administrativa pode submeter ao controle toda a atividade do empresário, a regulação penal tem que circunscrever-se somente a um setor particularmente intolerável da dita atividade. Em

¹⁰² CORREIA, Eduardo. NOTAS CRÍTICAS À PENALIZAÇÃO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS. In: Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico. Coimbra:1985,p.13.

¹⁰³ “Sempre que possível, o legislador há de usar também a técnica do delito obstáculo, uma vez que em matéria económica, quem faz a lei deve estar preocupado em impedir que os resultados violadores do bem jurídico ocorram. O recurso à definição de crimes de perigo deve, portanto, ser empregado. Destaque-se, porém, que não é prudente o uso de crimes de perigo abstrato. Os crimes de perigo seleccionados na Proposta exigem, sempre, para a sua caracterização, o perigo concreto.” (ARAUJO Jr .J.M. Idem,p.50).

síntese, não cabe desconhecer que um Direito Penal que se limite a estabelecer um controle da atividade empresarial através da proibição dos ilícitos mais intoleráveis na realidade pode chegar a ser mais permissivo que uma legislação administrativa desprovida de toda sanção penal (conf. TIEDMANN, 1985, pp. 33 e ss.). E semelhante argumentação foi assumida no XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito penal, celebrado no Cairo em 1984, sobre “O conceito e os princípios fundamentais do direito penal econômico e da Empresa “. O Direito Penal constitui somente uma das medidas para regular a vida econômica e para sancionar a violação das regras econômicas. Normalmente, o Direito Penal desempenha um papel subsidiário. Mas, em determinados setores o Direito Penal é de primeira importância e prevê meios mais apropriados para regular a atividade econômica. Em tais casos, o Direito Penal implica uma menor intervenção na vida econômica que o Direito Administrativo ou o mercantil. Em parte, merece também refletirmos aqui a recomendação nona. Ela literalmente dispõe que: “O emprego dos tipos delitivos de perigo abstrato é um meio válido para a luta contra a delinquência econômica e da empresa, sempre e quando a conduta proibida pelo legislador venha especificada com precisão e também a proibição refira -se diretamente a bens jurídicos claramente determinandos. A criação de delitos de perigo abstrato não está justificada quando obedeça exclusivamente ao propósito de facilitar a prova dos delitos ¹⁰⁴.

¹⁰⁴“Por lo demás, frente al argumento – a menudo esgrimido – de que el empleo de los delitos de peligro abstracto comporta una vulneración del principio de proporcionalidad, basada en la idea de que se invade terreno propio del Derecho administrativo, cercenando la libertad de acción empresarial, procede indicar que en ocasiones lo que sucede es lo contrario, puesto que, mientras que la normativa administrativa puede someter a control toda la actividad del empresario, la regulación penal tiene que circunscribirse tan solo a un sector particularmente intolerable de dicha actividad. En síntesis, no cabe desconocer que un Derecho penal que se limite a establecer un control de la actividad empresarial a través de la prohibición de los ilícitos más intolerables en la materia puede llegar a ser más permissivo que una legislación administrativa desprovista de toda sanción penal (cfr. TIEDEMANN, 1985, pp. 33 y s.). Y semejante razonamiento ha sido asumido por el XIII Congreso Internacional de la Asociación Internacional de Derecho penal, celebrado en El Cairo en 1984, sobre << El concepto y los principios fundamentales del Derecho penal económico y de la empresa>>. En efecto, en su recomendación 2ª. Se establece que << El Derecho penal constituye solamente una de las medidas para regular la vida económica y para sancionar la

Embora existam fortes posições no sentido da utilização dos tipos de perigo na seara do Direito penal econômico e tendo em vista a sua presença na legislação brasileira, preferiu-se neste esboço, seguir o pensamento de Eduardo Correia:

De qualquer forma, repetimos o combate à criminalidade econômica, a querer levar-se seriamente a cabo, tem de ser total, sob pena de, como dizia Portalis, se criar uma ambiência de inquisição laica, de duplicidade que, decerto, é incompatível com um Estado democrático e com as liberdades fundamentais sobre que ele repousa. E esse é, para nós, o caso de uma isolada tipicização de um crime de perigo abstracto de burla do crédito ou da subvenção, punindo-a com prisão, porventura, com base em negligência grosseira e ancorada sobre delitos imprecisos, de perigo abstracto ou de mera actividade, o que contraria o próprio artigo 88º. da Constituição. Julgamos mesmo que prever, no domínio do direito econômico, uma pena de prisão para um mero crime de perigo abstracto não respeita a proporcionalidade exigida no referido 88º. da nossa lei fundamental, e, portanto, não é conforme a Constituição portuguesa¹⁰⁵.

Dentro deste diapasão, a utilização indiscriminada de tipos de perigo, antecipando a conduta, fazendo incidir a norma penal com muito mais frequência e facilidade, resolvendo apenas uma face do problema, qual seja, a dificuldade na obtenção de provas no campo do delito econômico, parece-nos incongruente. Não

violación de las reglas económicas. Normalmente, el Derecho penal desempeña un papel subsidiário. Pero, en determinados sectores el Derecho penal es de primera importancia y por eso medios más apropiados para regular la actividad económica. En tales casos, el Derecho penal implica una menor intervención en la vida económica que el Derecho administrativo o el mercantil>>. Por su parte, merece también ser reflejada aquí la recomendación 9º. En la que literalmente dispone que <<El empleo de los tipos delictivos de peligro abstracto es un medio válido para la lucha contra la delincuencia económica y de la empresa, siempre y cuando la conducta prohibida por el legislador venga especificada con precisión y en tanto la prohibición vaya referida directamente a bienes jurídicos claramente determinados. La creación de delitos de peligro abstracto no está justificada cuando obedezca exclusivamente al propósito de facilitar la prueba de los delitos.>> (Conforme citado por Carlos Martínez-Buján Pérez. Obra citada, p.115).

¹⁰⁵ CORREIA, E. Idem, p.23.

podemos esquecer o outro lado da questão, já que, ao lançar mão dos tipos de perigo o legislador promove a expansão do direito penal, contrariando seu caráter fragmentário.

4.2 CONCEITO E CARACTERÍSTICAS DA CRIMINALIDADE ECONÔMICA.

Ao abordarmos o tema crimes empresariais, torna-se sucedâneo lógico e necessário o estudo do Direito penal econômico, que, embora ainda não tenha *status* de disciplina autônoma, guarda características e especificidades próprias, justificando o seu estudo de forma autônoma¹⁰⁶. Mesmo dirigindo este trabalho ao objeto do Direito penal econômico, qual seja: a criminalidade econômica, portanto utilizando um viés muito mais criminológico do que normativo, não seria sensato prescindirmos da análise de questões intrínsecas constantes do ordenamento jurídico-penal¹⁰⁷.

Alguns autores que tratam deste assunto, referem-se ao surgimento do Direito penal econômico como consequência do aumento do fluxo de capitais e investimentos no mundo contemporâneo, bem como à sua incessante mutabilidade em busca de novos mercados e maiores lucros¹⁰⁸. Tal assertiva parece correta, já que, com a multiplicação de novas condutas econômicas lesivas, surge a

¹⁰⁶ Nesse sentido, Carlos Martinez-Bujan Perez: *“Con todo, algunos autores pretenden ir más alla, propugnando una verdadera autonomía científica del derecho penal económico frente a lo que se califica de Derecho penal “clásico”, “común” o “nuclear”. Evidentemente, dicha autonomía no encuentra como queda dicho - una confirmación o reconocimiento explícitos en el Derecho positivo español (al igual que acontece, em general, en otros Derechos), pero si se postula un tratamiento diferenciado en la medida en que las diversas instituciones dogmáticas elaboradas por la teoría penal permitan llegar a soluciones jurídicas distintas a las que se sustentan para el Derecho penal común.”* PEREZ, Carlos Martinez-Bujan. DERECHO PENAL ECONÓMICO PARTE GENERAL. Valencia: editora Tirant lo Blanch, 1998, p.21. No mesmo sentido Regis Prado: “Assim considerado, o Direito Penal Econômico visa à proteção da atividade econômica presente e desenvolvida na economia de livre mercado. Integra o Direito Penal como um todo, não tendo nenhuma autonomia científica, mas tão-somente metodológica ou didático-pedagógica, em razão da especificidade de seu objeto de tutela e da natureza da intervenção punitiva. Encontra-se, portanto, informado e submetido, como toda construção jurídico-penal, a seus princípios e categorias dogmáticas.” PRADO, Luiz Regis. DIREITO PENAL ECONÓMICO. São Paulo: RT, 2004, p. 5.

¹⁰⁷ A propósito, veja-se o seguinte enunciado doutrinário: *“El Derecho penal económico se define en relación con un objeto de carácter político-criminal: la prevención de la criminalidad económica”*. VALLE, Carlos Pérez del. CURSO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO. Dirección Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, ediciónes Jurídicas y sociales S/A, 1998, p.19.

¹⁰⁸ VALLE, Carlos Pérez del. Obra citada, pp.19 e 20.

necessidade de disciplinar as mais graves com a utilização do Direito penal. Entre eles, Klaus Tiedmann, que assim disserta:

A proteção penal da ordem econômica é indispensável numa sociedade moderna. Esta caracteriza-se pela fragilidade de seus subsistemas de produção e distribuição, por suas enormes necessidades de força de trabalho e de capital, e pela multiplicidade de suas interdependências e conflitos de interesses sociais. A necessidade de proteção eficaz faz-se sentir com mais força, quando as normas jurídicas de maior hierarquia consagram princípios e diretrizes referentes à atividade econômica e ao sistema financeiro nacional¹⁰⁹.

Paralelamente ao fenômeno da multiplicação das atividades empresariais, as Constituições modernas passaram a prever a proteção da Ordem Econômica, resguardando principalmente a economia nacional e o sistema financeiro nacional, pilares socioeconômicos, sem os quais um país não sobrevive. Este é o caso da Constituição portuguesa que traz em seu artigo 88 a seguinte disposição: “as actividades delituosas contra a economia nacional serão definidas por lei e objecto de sanções adequadas à sua gravidade”¹¹⁰.

Dentro desta óptica intervencionista e reguladora, inseriu o legislador brasileiro na Constituição da República de 1988 o Título VII, com a rubrica “DA ORDEM ECONÔMICA E FINANCEIRA”, “acentuando nos artigos 173 e seguintes a intenção de disciplinar, inclusive penalmente, estas matérias”¹¹¹.

Desta forma, parece claro que o Direito penal econômico veio para tutelar direitos supra-individuais, por intermédio deste traço, distinguindo-se nitidamente do Direito penal nuclear. Por meio desta tutela, pretende resguardar as relações de

¹⁰⁹ Conforme citado por ARAUJO Jr., João Marcello de. DOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONOMICA. São Paulo, RT, 1995, p.17.

¹¹⁰ CORREIA, Eduardo. Notas Críticas à Penalização de Actividades económicas. Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985, p.15.

¹¹¹ PRADO, Luiz Regis. Obra citada, p.31.

mercado e também regular a intervenção das empresas que afetam a produção, distribuição e consumo de bens e serviços.

Encontramos na doutrina alienígena menção à possibilidade de conceituarmos o Direito penal econômico de forma estrita ou ampla, entendendo a segunda como sendo infrações que vulneram bens jurídicos supra-individuais de conteúdo econômico que, sem afetar diretamente a regulação jurídica proposta pelo intervencionismo estatal, transcende a dimensão puramente individual. Já o conceito estrito estaria integrado apenas pelas infrações que atentam contra a atividade interventora e reguladora do Estado na economia ¹¹².

Outro aspecto que produz uma infinidade de novas condutas que acabam requerendo tutela penal diz respeito à sociedade do risco que decorre dos avanços tecnológicos obtidos pela ciência, próprios de uma sociedade pós-industrial ¹¹³. Tal sociedade do risco, altamente desenvolvida economicamente somente pode chegar a tal patamar através de empresas que buscam a lucratividade através dos mercados mundiais. Por isso um dos critérios que identificam a categoria Direito penal econômico é a criminalidade de empresa ¹¹⁴.

Embora até aqui estejamos analisando as características do Direito penal econômico a partir da óptica jurídico-penal, não podemos deixar de mencionar a importância dos estudos criminológicos que auxiliaram na distinção da criminalidade econômica. A chamada criminalidade do colarinho branco (*white-collar criminality*), proposta por Sutherland em 1939, teve um papel singular, provocando reflexos internacionais até hoje. Segundo Bajo Fernández, Sutherland definiu a criminalidade de colarinho branco como: "a violação da lei penal por uma pessoa de alto nível socioeconômico no desenvolvimento de sua atividade profissional" ¹¹⁵. Um pouco mais adiante, ressalta as três características desta definição, o cometimento de um delito, a alta classe social a qual pertenceria o autor e a relação entre a

¹¹² PEREZ, Carlos Martinez-Bujan. Obra citada, p. 33.

¹¹³ VALLE, Carlos Perez Del. Obra citada, p. 21.

¹¹⁴ "Finalmente, se há ressaltado por parte de la doctrina más autorizada en la matéria el importante dato de que los delitos económicos sean realizados através de una empresa o en beneficio de una empresa(o sea, lo que podríamos convenir en denominar "criminalidad de empresa".(PEREZ, Carlos Martinez-Bujan. Obra citada, p.67).

¹¹⁵ "violación de la ley penal por una persona de alto nivel sócio-económico em el desarrollo de su actividad profesional" FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. ESTUDIOS PENALES, Libro Homenaje al P rof. J. Anton Oneca.Salamanca:Ediciones Universidad de Salamanca,1982,p.587

atividade profissional e a infração cometida. Desta forma, estaria definida a criminalidade de colarinho branco, amplamente difundida em diversos países, onde ganhou traduções que nominam esta categoria de investigados até hoje.

No entanto, apesar da relevância da descoberta enunciada por Sutherland, principalmente porque foi a primeira vez na história da Criminologia que se identificou o criminoso como integrante das classes superiores, nas palavras do eminente professor Eduardo Correia, “*se observou que este conceito tipológico de agente é inadequado para fixar o âmbito do ilícito que se quer referir*”¹¹⁶.

Um derradeiro aspecto chama a atenção antes de se chegar a uma delimitação do Direito penal econômico que servirá de base ao presente texto. Apesar de Tiedemann alertar quanto a “*não retomar a velha e mundialmente debatida questão sobre a denominação de nossa matéria*”¹¹⁷, por isso prefere “delitos socioeconômicos”, vemos como oportuno citar as diversas denominações que recebe o objeto de estudo em análise, tais como: crimes econômicos, crimes de empresa, crimes do colarinho branco, crimes não convencionais, crimes socioeconômicos e crimes societários.

A denominação delitos não convencionais aparece no ano de 1993, em um trabalho apresentado no Seminário do Departamento de Direito Penal e Criminología da Faculdade de Direito e Ciências Sociais da Universidade de Buenos Aires, Daniel Pastor utilizando a expressão delitos não convencionais apresentou a seguinte definição:

Con la expresión delitos no convencionales la literatura se refiere a los hechos que de un modo más intolerable afectan la convivencia pacífica de una sociedad, los llamados globalmente delitos económicos, esto es, la utilización de una estructura de poder para obtener abusivamente, es decir, más allá de lo razonable, o desviar en provecho propio, recursos, riquezas y bienestar que son patrimonio

¹¹⁶. “Haveria, com efeito, condutas desviantes das regras da ordem econômica levadas a cabo por “homens de colarinho branco” que não constituiriam crimes. Por outro lado, também, muitas ações violadoras da ordem econômica seriam praticadas por homens de “colarinho azul”, ou seja, de inferior extração social”. (CORREIA, Eduardo. Obra citada, p.17). No mesmo sentido Carlos Pérez del Valle, obra citada, p.25

¹¹⁷ ARAUJO Jr., João Marcello de. Obra citada, p.18.

de la comunidad. Pero solamente estos hechos punibles encuadran en la categoria de “no convencionales”¹¹⁸.

Verificando também a doutrina alemã, citada por Jorge de Figueiredo Dias, extrai-se o seguinte conceito:

Seriam assim delitos econômicos os que danificam ou os que põem a defesa penal da economia nacional no seu conjunto ou das suas instituições fundamentais em perigo a ordem econômica como um todo. Concretizando, pertenceriam ao Direito Penal Econômico todas as normas incriminadoras que se inserem na direção por parte do Estado dos investimentos, no controle de mercadorias e serviços, no controle dos preços, na luta contra cartéis e práticas restritivas da concorrência e, a partir, sobretudo de 1950, na promoção da economia através, principalmente, das subvenções¹¹⁹.

No seu sentido estrito, foi definido por Miguel Bajo Fernández da seguinte forma: “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”¹²⁰.

Sem embargo, tomamos por base os critérios propostos por Carlos Martinez - Bujan Perez, que identifica em primeiro lugar a necessidade de verificar o bem jurídico tecnicamente protegido, neste caso, de natureza supra -individual. Segundo, considerar que deve tratar-se de delitos não pertencentes ao núcleo tradicional de proteção do Direito penal, portanto deve dispor de tipificações específicas. Um terceiro aspecto seria referente às dificuldades processuais encontradas durante a persecução criminal dos crimes econômicos. Verificar que mesmo levando em consideração as críticas aos conceitos criminológicos desenvolvidos pela doutrina,

¹¹⁸ MAIER, Julio B.J. e outros. *DELITOS NO CONVENCIONALES*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1994 , p.272.

¹¹⁹ DIAS, Jorge de Figueiredo e ANDRADE, Manuel da Costa. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: ed. Revista dos Tribunais, 200 1, p.86.

¹²⁰ CALLEGARI, André Luiz. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003 , p.16 e 21.

não se pode prescindir dos ensinamentos coletados nestes estudos, já que seriam de grande valor para propor uma política criminal neste setor. Finalmente, importante ressaltar que grande parte dos crimes econômicos é praticada por intermédio de uma empresa ou em benefício delas ¹²¹.

Apesar dos critérios examinados, optamos por uma aproximação conceitual partindo da definição de crime econômico proposta por Carlos Pérez del Valle que nos ensina:

Son delitos económicos aquellos comportamientos descritos en las leyes que lesionan la confianza en el orden económico vigente con carácter general o en alguna de sus instituciones en particular y, por tanto, ponen en peligro la propia existencia y las formas de actividad de ese orden económico. Por tanto, el Derecho penal económico en sentido estricto está dedicado al estudio de estos delitos y de las consecuencias jurídicas que las leyes prevén para sus autores ¹²².

4.2.1 O Bem Jurídico Tutelado.

A definição do bem jurídico tutelado nos crimes econômicos é de crucial importância, já que, delimitando o objeto que se quer proteger, estabelecemos o espectro de alcance da matéria. Fazendo menção ao bem jurídico nos alerta Regis Prado: “Nada obstante, a tutela penal da atividade econômica constitui matéria árdua e complexa — eivada de tecnicismo — e de difícil apreensão, vazada com frequência em elementos normativos e normas penais em branco, com a noção de bem jurídico pouco delineada, de percepção difusa, quase inexistente” ¹²³.

Entretanto, mesmo buscando critérios essenciais aos delitos socioeconômicos, convém atentar-se às considerações de Pierangeli:

¹²¹ PEREZ, Carlos Martinez-Bujan Perez. Obra citada, pp.59-70.

¹²² VALLE, Carlos Pérez del. Obra citada, p.23.

¹²³ PRADO, Luiz Regis. Obra citada, p.5.

Liga-se, na esfera penal, o conceito de bem jurídico a uma situação social, para a qual a norma estabelece sua tutela ou sua proteção. Esta tutela pode ser instituída com vista a uma relação humana (parentesco, matrimônio), nas relações entre as pessoas e coisas (patrimônio, posse, detenção), em face de condição particular do agente ou da parte lesada (funcionário público), em face de uma situação psíquica ou física do indivíduo (integridade física, capacidade psíquica), em relação a um bem abstrato (bons costumes, moralidade pública), e, ainda, em outras situações sociais, concretas ou abstratas, que a norma vem a tutelar¹²⁴.

E continuando a análise do entendimento doutrinário sobre a noção de bem jurídico para o Direito Penal, encontram-se duas definições apropriadas: “Finalmente, o bem jurídico pode ser definido como todo valor da vida humana protegido pelo Direito”¹²⁵.

Ainda, segundo Zaffaroni e Pierangeli:

Devemos averiguar em que consiste este conceito central da teoria do tipo, isto é, o que é o bem jurídico. Se tivéssemos que dar uma definição a ele, diríamos que bem jurídico penalmente tutelado é a relação de disponibilidade de um indivíduo com um objeto, protegida pelo Estado, que revela seu interesse mediante a tipificação penal de condutas que o afetam¹²⁶.

Devemos ressaltar que a importância do conceito de bem jurídico nos possibilita formar e agrupar os tipos penais, bem como constitui importante marco de interpretação, causando reflexos em todas as demais construções dogmáticas da Ciência Penal.

¹²⁴ PIERANGELI, José Henrique. O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO Na Teoria do Delito. 3ª edição. São Paulo: RT, 2001, p. 108.

¹²⁵ BITENCOURT, Cezar Roberto. Tratado de Direito Penal, v. 1, 8ª edição. São Paulo: Saraiva, 2003, p.

¹²⁶ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Manual de DIREITO PENAL BRASILEIRO, Parte Geral, 3ª edição. São Paulo: RT, 2001, p. 462.

Nesse sentido, completa Zaffaroni e Pierangeli:

O bem jurídico cumpre duas funções, que são duas razões fundamentais pelas quais não podemos dele prescindir: a) uma função garantidora, que emerge do princípio republicano; b) uma função teleológico-sistemática, que dá sentido à proibição manifestada do tipo e a limita. Ambas funções são necessárias para que o direito penal se mantenha dentro dos limites da racionalidade dos atos de governo, impostos pelo princípio republicano¹²⁷.

Colocadas algumas definições propostas pela doutrina com referência à delimitação do bem jurídico penal, de uma forma geral, deve-se considerar que a noção de bem jurídico passou a ser considerada a partir do início do século XIX, muito provável, com base nos ideais propulsores da Revolução Francesa¹²⁸. Já as idéias que motivaram os estudos que embasaram o que passou a denominar-se Direito penal econômico surgem na década de trinta do século passado, partindo de conceitos mais amplos¹²⁹.

A construção dogmática que foi idealizada a partir dos estudos de criminologia e de sociologia criminal¹³⁰ mudou os valores éticos e sociais, estabelecendo um novo parâmetro para a consideração do bem jurídico, qual seja, “do homem de um Estado Democrático de Direito”. A vida, a liberdade e o patrimônio que eram anteriormente considerados como parâmetros para a definição do bem jurídico protegido pelo ordenamento jurídico-penal já não bastam, dentro de uma sociedade industrializada, baseada no consumo de massa. Considerados os abismos sociais existentes, bem como a interação do homem com o meio social em que vive, considera-se hoje, nas palavras de João Marcello de Araújo Jr. : “o homem em seu posto de trabalho, como trabalhador dependente; do homem como

¹²⁷ ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. Obra citada, p.466.

¹²⁸ BITENCOURT, Cezar Roberto, Obra citada, p.203.

¹²⁹ FERREIRA, Roberto dos Santos. Crimes Contra a Ordem Tributária. São Paulo: Malheiros, 1996, p.12.

¹³⁰ VALLE, Carlos Perez. Obra citada, p.24

consumidor; do homem em seu ambiente; do homem como participante da ordem econômica, afeta a fins sociais”¹³¹.

Nesta óptica “o social prepondera sobre o individual em sentido estrito”¹³², explicando em seguida que: “Assim sendo, os bens jurídicos a serem selecionados pela lei penal não se limitam mais aos “naturais” e ao patrimônio individual. A inserção social do homem é muito ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica. Daí um novo bem jurídico: a “ordem econômica”, que possui caráter supra-individual e se destina a garantir um justo equilíbrio na ¹³³ produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais”.

Fazendo uma análise da idéia de bem jurídico tutelado que implicará a delimitação dos crimes socioeconômicos, naturalmente conduz à noção de uma espécie de bem jurídico com características abstratas (supra -individual) e coletivas (sociais), despido do individualismo que dominou este terreno por muito tempo ¹³⁴.

Dentro do raciocínio desenvolvido até este ponto, não se deveriam identificar maiores problemas na delimitação do bem jurídico tutelado quando falamos no Direito penal econômico. No entanto, consultando a doutrina alienígena sobre o assunto, percebe-se uma maior atenção sobre o assunto.

Segundo Martinez-Bujan Perez, quando se trata de Direito Penal Econômico, a princípio se deve atentar ao bem jurídico mediato e imediato, sendo este de caráter individual ou supra-individual, e aquele, sempre supra-individual. Ainda explica o autor que, embora a proteção penal nestes casos tome por base bens coletivos, eventualmente a tutela imediata recairá sobre bens individuais. Prossegue explicando que um bem supra-individual é um bem jurídico que não é individual e, conseqüentemente, é coletivo¹³⁵.

¹³¹ ARAUJO Jr., João Marcello de. Idem, p.33.

¹³² ARAUJO Jr., João Marcello de. Idem, p.35.

¹³³ ARAUJO Jr., João Marcello de. Idem, p.36.

¹³⁴ A propósito, sobre o tema da natureza do bem jurídico, veja-se a seguinte passagem doutrinária: “A existência de uma espécie de bem jurídico de natureza coletiva é reconhecido na doutrina desde a formulação do conceito de bem jurídico.” (SMANIO, Gianpaolo Poggio. Tutela Penal dos Interesses Difusos. São Paulo, Atlas, 2000, p. 103).

¹³⁵ “Si bien el objeto jurídico mediato será siempre supraindividual en la esfera de los delitos socio - económicos, el objeto jurídico directamente tutelado podrá ser individual o su praindividual”. (PEREZ, Carlos Martinez-Bujan. Obra citada, pp. 90 - 93).

O autor propõe uma divisão dos bens chamados supra-individuais, e diferencia-os em gerais e difusos:

E assim, com efeito, se impõe toda uma distinção básica dentro dos bens supraindividuais ou coletivos: de um lado, existem bens jurídicos gerais, que se caracterizam por interesses pertencentes a generalidade das pessoas que se integram na comunidade social; de outro, existem bens jurídicos que – na expressão moderna fez fortuna – têm-se denominando “difusos”, que, o diferencia dos anteriores, não são interesses que afetam a totalidade das pessoas¹³⁶.

Finalmente conclui:

Em resumidas contas, na esfera dos delitos socioeconômicos o bem jurídico tecnicamente protegido poderá ser um bem de natureza individual ou de natureza supraindividual, e, dentro desta segunda categoria, por sua vez, pode tratar-se de um bem jurídico social geral ou de um bem jurídico difuso¹³⁷.

Em vista do exposto, necessário se faz buscar referências no direito pátrio, onde encontramos com Celso Bastos a seguinte diferenciação:

Não se pode deixar de reconhecer, ao examinar os interesses coletivos, que, embora eles não se confundam com os interesses difusos, objeto deste trabalho, sua identificação constitui-se num passo enorme na conceituação destes últimos.

¹³⁶“Y es que, en efecto, se impone ante todo una distinción básica dentro de los bienes supraindividuales o colectivos: de un lado, hay bienes jurídicos generales, que se caracterizan por ser intereses pertenecientes a la generalidad de las personas que se integran en la comunidad social; de otro, hay bienes jurídicos que – en expresión moderna que há cobrado fortuna – se han denominado “difusos”, que, a diferencia de los anteriores, no son intereses que afectan a la totalidad de las personas”. PEREZ, C.M.-B. Idem, p.94.

¹³⁷“En resumidas cuentas, en la esfera de los delitos sócio-económicos el bien jurídico tecnicamente protegido podrá ser un bien de naturaleza individual o de naturaleza supraindividual, y, dentro de esta segunda categoría, a su vez, puede tratarse de un bien jurídico social general o de un bien jurídico difuso.” (PEREZ, C.M.-B. Idem, p.95).

É que os interesses coletivos dizem respeito ao homem socialmente vinculado e não ao homem isoladamente considerado. Colhem, pois, o homem não como simples pessoa física tomada à parte, mas sim como membro de grupos autônomos e juridicamente definidos, tais como o associado de um sindicato, o membro de uma família, o profissional vinculado a uma corporação, o acionista de uma grande sociedade anônima, o condômino de um edifício de apartamentos.

Interesses coletivos seriam, pois, os interesses afetos a vários sujeitos não considerados individualmente, mas sim por sua qualidade de membro de comunidades menores ou grupos intercalares, situados entre o indivíduo e o Estado.

Ao contrário, no caso dos denominados interesses difusos, não se nota qualquer vínculo jurídico congregador dos titulares de tais interesses que praticamente se baseiam numa identidade de situações de fato¹³⁸.

Desta forma, em que pese significativa parte da doutrina considerar que o bem jurídico protegido através da tutela penal socioeconômica seria a “ordem econômica”, atestando o seu caráter supra-individual¹³⁹, prefere-se a classificação proposta por Gianpaolo Poggio Smanio:

- a) bens jurídico-penais de natureza individual, que são os referentes aos indivíduos, dos quais estes têm disponibilidade, sem afetar os demais indivíduos.
- b) bens jurídico-penais de natureza coletiva, que se referem à coletividade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar os demais titulares do bem jurídico.
- c) bens jurídico-penais de natureza difusa, que também se referem à sociedade em sua totalidade, de forma que os indivíduos não têm disponibilidade sem afetar a coletividade. São, igualmente, indivisíveis, em relação aos titulares. Ocorre que os bens de natureza difusa trazem uma conflituosidade social que contrapõe diversos

¹³⁸ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Obra citada, pp.34 e 35.

¹³⁹ ARAUJO Jr., João Marcello de. Obra citada, p.37.

grupos dentro da sociedade, como na proteção do meio ambiente, que contrapõe, por exemplo, os interesses industriais e o interesse na preservação ambiental, ou na proteção das relações de consumo, em que estão contrapostos os fornecedores e os consumidores, a proteção da saúde pública, enquanto referente à produção alimentícia e de remédios, a proteção da economia popular, da infância e juventude, dos idosos etc.¹⁴⁰.

Assim sendo, vamos considerar no estudo desse último autor os bens jurídicos de natureza coletiva e difusa propostos acima como objetos da tutela penal socioeconômica, ressaltando que nem todos os bens jurídico-penais considerados como coletivos ou difusos são alcançados pelo Direito penal econômico, como, por exemplo, a tutela da infância e juventude.

4.2.2 O Investigado nos Delitos Econômicos.

Quando tratamos de crimes econômicos, delimitamos alguns tipos penais que podem hoje ser considerados como tais, embora não se possa identificar como um ramo autônomo do direito penal, o direito penal econômico vem sendo estudado de forma sistemática e gradual, guardando características próprias, algumas já expostas nos itens anteriores. Um dos aspectos que chama a atenção quando tratamos deste tema, são justamente certas peculiaridades relacionadas ao autor que costuma praticar estes delitos, observado inclusive na fase investigatória da persecução criminal. Sendo assim, em vista da importância do tema e do destaque dado pela ciência penal aos estudos do investigado que pratica esta espécie delituosa, passamos agora a uma análise das teorias que resultaram na categorização do criminoso do colarinho branco.

N

o momento em que a criminologia passa a estudar o crime a partir de uma perspectiva baseada na realidade social e não mais somente no delinqüente, como

¹⁴⁰ SMANIO, Gianpaolo Poggio. Idem p.108.

se o crime fosse uma manifestação natural, surgem algumas teorias de orientação sociológica que nos trazem algumas descobertas novas sobre a tipologia do criminoso. Entre elas destacam-se a teoria da associação diferencial e a teoria do *labeling approach*, como nos informa BARATTA:

O que distingue a criminologia tradicional da nova sociologia criminal é visto, pelos representantes do *labeling approach*, principalmente, na consciência crítica que a nova concepção traz consigo, em face da definição do próprio objeto da investigação criminológica e em face do problema gnosiológico e de sociologia do conhecimento que está ligado a este objeto (a “criminalidade”, “o criminoso”), quando não o consideramos como um simples ponto de partida, uma entidade natural para explicar; mas como uma realidade social que não se coloca como préconstituída à experiência cognoscitiva e prática, mas é construída dentro desta experiência, mediante os processos de interação que a caracterizam. Portanto, esta realidade deve, antes de tudo, ser compreendida criticamente em sua construção ¹⁴¹.

U

ma das teorias que fundamenta a expressão mais difundida no mundo quando se fala em crime econômico, *white collar crime*, é a chamada teoria da associação diferencial, formulada por Edwin Sutherland no final da década de trinta ¹⁴².

C

om tal teoria Sutherland quis demonstrar que a prática criminosa, como qualquer outra ação humana, é apreendida pelo homem através de processos comuns que ocorrem como quando desenvolvemos outras habilidades. Demonstrou que através da comunicação, da interação, do contato com outras pessoas e outros valores ou atitudes comportamentais, as pessoas aprendem a desenvolver não só habilidades

¹⁴¹BARATTA, Alessandro. Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal, 3º.ed.Rio de Janeiro: Revan, 2002,p.86.

¹⁴²FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico.NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA, Coordinador Luis Miguel Reyna Alfaro.Lima: 2005, p.31.

lícitas como também ilícitas, independente da camada social à qual pertença o indivíduo. Nas palavras de MOLINA:

Pressuposto lógico da teoria da aprendizagem de Sutherland consiste na idéia de organização social diferencial que, por sua vez, conecta com as concepções do conflito social; organização social diferencial significa, conforme o autor citado, que no seio da comunidade existem de fato diversas associações estruturadas em torno de distintos interesses e metas. Ostentar uns interesses e projetos comuns que se comunicam livremente uns membros aos outros seria o vínculo de união que integra os indivíduos em tais grupos e subgrupos, constituindo o substrato psicológico real dos mesmos. Dada a divergência que existe na organização social, resulta inevitável que um desses muitos grupos subscreva e respalde modelos de conduta delitivos; outros grupos, ao contrário, adotam uma posição neutra, indiferente; outros, por último, enfrentam ativamente os valores criminais e professam os valores positivos majoritários. Assim, a denominada associação diferencial não é senão consequência lógica do princípio de aprendizagem mediante associações ou contatos em uma sociedade pluralista e conflitiva¹⁴³.

P

artindo desta teoria, pela primeira vez a criminologia desfaz o mito do criminoso enquanto oriundo das camadas sociais economicamente desfavorecidas ou acometidas de desvios psiquiátricos, situando também o criminoso como integrante das classes economicamente abastadas. Tal conclusão é possível a partir da teoria da associação diferencial já que, como o pobre, o rico também aprende comportamentos criminosos, modificam -se somente as necessidades e os valores a que estão submetidos. Nesse sentido explica Miguel Bajo Fernández:

¹⁴³ GOMES, Luiz Flávio e MOLINA, Antonio García -Pablos de. CRIMINOLOGIA, 3º. ed.São Paulo: RT, 2000,p .308.

Aplicada à delinquência econômica, se adverte que todos os sujeitos de uma comunidade de economia competitiva obediente ao princípio da “adoração do êxito” estão submetidos a necessidades e valores comuns centrados em dinheiro e consumo. O delinquente econômico surge porque, submetido a estas necessidades e valores, aprende o comportamento criminal mediante a interação pessoal em um grupo em que prevalecem as interpretações favoráveis à violação da lei sobre o oposto¹⁴⁴.

P

Por outro lado, os adeptos das teorias da reação social propuseram a teoria do *labeling approach*, ou teoria da estigmatização ou etiquetamento, desenvolvida por sociólogos americanos nos anos sessenta. Esta teoria se baseia mais no estudo da atuação das agências do sistema penal (polícia, magistratura, Ministério Público e sistema penitenciário) do que em outros fatores sociais. Preocupam-se os precursores destas idéias com os efeitos das atividades das instâncias de controle oficiais sobre o “delinquente”. Como nos ensina Baratta:

Neste sentido, o *labeling approach* tem se ocupado principalmente com as reações das instâncias oficiais de controle social, consideradas na sua função constitutiva em face da criminalidade. Sob este ponto de vista tem estudado o efeito estigmatizante da atividade da polícia, dos órgãos de acusação pública e dos juízes¹⁴⁵.

E

Embora a sua contribuição tenha sido significativa com referência aos paradigmas epistemológicos adotados, critica-se a sua aplicação quando tratamos de

¹⁴⁴ “Aplicada a la delincuencia económica, se advierte que todos los sujetos de una comunidad de economía competitiva obediente al principio de “adoración del éxito” están sometidos a unas necesidades y valores comunes centrados en el dinero y el consumo. El delincuente económico surge porque, sometido a estas necesidades y valores, aprende el comportamiento criminal mediante interacción personal en un grupo en que prevalecen las interpretaciones favorables a la violación de la Ley sobre las contrarias”.(FERNÁNDEZ, M. B. Obra citada, p.32).

¹⁴⁵ GOMES, L.F. e MOLINA, A. G. -P., Idem, p.86.

delinqüência econômica. O motivo seria que os modelos de carreira criminosa propostos pelos teóricos do *labeling* são falsos para a criminalidade econômica ¹⁴⁶.

A

pesar disso, de acordo com Sutherland, citado por MAÍLLO, com base nas posturas derivadas do interacionismo simbólico, dentre elas o enfoque do etiquetamento, observa-se uma realidade incontestável: “que os delitos de colarinho branco tendem a não ser perseguidos por um processo de aplicação diferencial da lei: as pessoas das classes superiores teriam uma facilidade maior para não ser descobertos, presos ou condenados em caso de incorrer em algum ato proibido” ¹⁴⁷.

C

om base nestas investigações sociológicas é que enunciou Sutherland, em 1939, perante a Sociedade Americana de Sociologia, o conceito internacionalmente consagrado como *White Collar Crime*, definindo-o sinteticamente como sendo: “Violación de la ley penal por una persona de alto nivel socio-económico en el desarrollo de su actividad profesional”.

A

s principais características desta definição seriam: o cometimento de um delito, o alto nível social da classe ao qual pertence o autor e a relação entre a atividade profissional e a infração ¹⁴⁸.

Outro aspecto relevante da pesquisa de Sutherland reside na questão da cifra negra, ou seja, dos delitos que são praticados e não são noticiados à autoridade oficial. Desta forma não são contabilizados nas estatísticas oficiais e conseqüentemente permanecem ausentes de apuração.

N

ão seria exagerado afirmar hoje, que um dos conceitos mais difundidos no campo da criminalidade econômica, com referência ao tipo de autor reside no enunciado de

¹⁴⁶ FERNÁNDEZ, M. B. Idem, p.36.

¹⁴⁷ MAÍLLO, Alfonso Serrano. El papel de los delitos de cuello blanco en los paradigmas antiempíricos. Obra citada, Coordinador Luis Miguel R. Alfaro., p.62, tradução livre.

¹⁴⁸ FERNÁNDEZ, M.B. Obra citada, p. 21, tradução livre.

Sutherland. Nesse sentido professa FELDENS quando trata da personalidade do delinqüente do colarinho branco:

Como aponta Sutherland, os criminosos do “colarinho branco” não se deixam conceituar com o estereótipo de “criminosos”, senão que, ao máximo e quando muito, como violadores da lei. Demais disso, não com rara freqüência regozijam-se em seu meio pelas violações que patrocinam¹⁴⁹.

E

sta característica peculiar, presente no criminoso do colarinho branco, ressalta-se sobremaneira na fase investigatória, existindo dificuldade da sociedade em reconhecer no empresário o sujeito ativo de delitos. Analisando este aspecto, perspicaz é a observação de ROTHENBURG:

Com efeito, o empresário não representa a figura tradicional do criminoso. Antes, com seus modos cultivados, sua elegante e bem apanhada aparência, provoca uma respeitabilidade e uma devoção características de uma sociedade capitalista em que ele representa o modelo do indivíduo bem sucedido, em quem a população idealmente se projeta. Os demais detentores de poder na comunidade, quando não sofrem o mesmo influxo, identificam-se com esse semelhante, oriundo de uma mesma formação e condição sócio-econômica. O empresário participa antes como formulador das políticas criminais, partícipe do lado repressor e provedor do sistema, agente da sociedade tão ou mais interessado em manter seus bens a salvo da criminalidade clássica¹⁵⁰.

E

mbora o conceito proposto por Sutherland receba acolhida por alguns autores

¹⁴⁹ FELDENS, Luciano. Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco. Livraria do Advogado: Porto Alegre, 2002, p.138.

¹⁵⁰ ROTHENBURG, Walter Claudius. A PESSOA JURÍDICA CRIMINOSA, 1º. ed. 2º. tiragem. Curitiba, Juruá, 2005, p.43.

pátrios no que se refere à criminalidade econômica, importante ressaltar as se veras críticas que recebe da doutrina espanhola, como aponta MAÍLLO:

El concepto de delito de cuello blanco, en su concepción más extendida en los países de nuestro ámbito sociocultural, pues, tiene un valor mucho más ideológico y propagandístico que científico. Los efectos, como acabamos de ver que señala Cressey, tienen un largo alcance y arremeten directamente contra los cimientos de la ciencia positiva de la Criminología. Su problema fundamental, como hemos señalado, es su absoluta imprecisión – y las reflexiones de los primeros epígrafes de este trabajo, consecuencias de ello mismo ¹⁵¹.

A

principal crítica reside no fato da perspectiva ética, ideológica, crítica etc. em que se baseia o enunciado de Sutherland, ao invés da base científica. Nesse sentido é forçoso reconhecer a significativa carga ideológica que a expressão *white collar crime* guarda até hoje ¹⁵².

P

aralelamente às idéias de Sutherland, que nos alertam sobre uma determinada tipologia de autor, relevante citar o chamado Psicograma de Mergen quando se pretende um estudo sobre o investigado que pratica crime econômico. Segundo tal fórmula o criminoso de colarinho branco teria as seguintes características: o delinqüente econômico só concebe valor aos bens materiais, apreciando os demais valores ideais, intelectuais ou morais unicamente por seu preço e como meio para melhor enriquecer-se; sua personalidade seria evidentemente egocêntrica e narcisista; estariam presos a um extremo dinamismo próprio que o impede de medir riscos; detém uma inteligência imediatista, ausente de cultura; é dotado de grande periculosidade, justamente pela sua inteligência e ao mesmo tempo ausência de limites éticos; a presença constante da hipocrisia aliada à neurose pelo lucro acima de tudo, com graves conseqüências na a fetividade e, finalmente uma ausência total

¹⁵¹ MAÍLLO, A. S. Obra citada, p.81.

¹⁵² MAÍLLO, A. S. Idem, p.88.

de culpabilidade, já que o delito econômico não provoca nenhuma reação social, logo não provoca consciência de culpabilidade¹⁵³.

Obviamente que tal proposta tem sido muito criticada, principalmente em vista da sua imprecisão e caráter vago das adjetivações. O difícil para tratarmos de um tipo de autor de crimes econômicos é que a própria relação negocial, não raras vezes, se reveste de uma intimidade muito próxima de processos ilegais, situação que Baratta aponta como uma “relação funcional objetiva” na sociedade capitalista, nos seguintes termos:

Limitando a sua análise, como é característica da sociologia tradicional, ao fenômeno da distribuição de recursos, Merton não vê o nexó funcional objetivo que reconduz a criminalidade de colarinho branco (e também a grande criminalidade organizada) à estrutura do processo de produção e do processo de circulação do capital; ou seja, o fato posto em evidência por não poucos estudos sobre a grande criminalidade organizada, que entre circulação legal e circulação ilegal, entre processos legais e processos ilegais de acumulação, existe, na sociedade capitalista, uma relação funcional objetiva. Assim, por exemplo, uma parte do sistema produtivo legal se alimenta de lucros de atividades delituosas em grande estilo. E, por isto, é fruto de uma visão superficial fazer da criminalidade das camadas privilegiadas um mero problema de socialização e de interiorização de normas¹⁵⁴.

E

Em face das teorias e críticas apresentadas, com referência ao tipo de autor que pratica crimes econômicos no Brasil, ousamos a seguinte observação: o crime econômico em sentido estrito seria praticado eminentemente por pessoas de alto nível socioeconômico, tais como crimes contra a ordem tributária, sistema financeiro nacional, mercado de capitais e lavagem de dinheiro. Por outro lado, ao ampliarmos

¹⁵³ FERNÁNDEZ, M.B. Obra citada, p.28.Tradução livre.

¹⁵⁴ BARATTA, Alessandro. Obra citada,p.67.

o espectro do crime econômico, tratando-o em seu sentido amplo, mais adequadamente, como quer Tiedmann¹⁵⁵, delitos socioeconômicos, incluindo crimes contra o meio ambiente, consumidor, previdenciário e contra a economia popular, não seria possível limitar os autores a pessoas que pertençam a camadas sociais mais abastadas. Por isso, embora exista certa relação entre *crimes do colarinho branco* e criminalidade econômica, é forçoso concordarmos com MAÍLLO quando critica o enunciado¹⁵⁶.

4.2.3 A Investigação da Pessoa Jurídica.

Com as crescentes preocupações em torno da criminalidade econômica, principalmente no campo das transgressões ambientais, nada mais natural que surgisse também uma acentuada discussão sobre a possibilidade da responsabilização criminal dos entes abstratos.

No Direito Penal de origem romano-germânica, é bastante presente a máxima *societas delinquere non potest*, representando até hoje o suporte para a justificação da impossibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica, consequência direta da chamada *teoria da ficção*¹⁵⁷. A partir deste enfoque doutrinário sustenta-se que a pessoa jurídica não possui possibilidade de ação, já que não seria possível estabelecer-se um ânimo volitivo, psicológico, partindo do ente abstrato, logo se estaria diante da carência de ação. Obviamente que, embora não exista um agir próprio da empresa, observa-se que o dano ocorre de forma efetiva no campo real, provocando e feitos concretos.

¹⁵⁵ ARAUJO Jr. João Marcello. Obra citada, p.18.

¹⁵⁶ A propósito das críticas ao enunciado de Sutherland, veja-se o seguinte trecho doutrinário: "El delito de cuello blanco, pues, encuentra su fuerza en una perspectiva ética -ideológica, crítica, etc., y no en la científica. En su ambigüedad parece residir a la vez la clave de su éxito y de su fracaso en los respectivos paradigmas. Una disciplina sería debería reflexionar sobre si sus criterios de evaluación deben ser principalmente éticos o científicos cuando se estudian cuestiones empíricas. La posición de la Criminología científica, positiva, mayoritaria no puede ser más clara." (MAÍLLO, Alfonso Serrano. Obra citada, p.88).

¹⁵⁷ "Esta teoria origina-se do Direito romano e desde a Idade Média predomina na doutrina. Encontrou em Bartolo, no Direito medievo, a sua maior expressão, e até o século XVIII era considerada questão incontroversa: *societas delinquere non potest*". (PIERANGELI, José Henrique. Escritos Jurídico-Penais, 2º. ed. São Paulo: RT, 1999, p.191).

Desta forma, como nos alerta Juarez Cirino dos Santos, restaria clara a lesão ao princípio da legalidade, expresso na máxima: *nullum crimen, nulla poena sine lege*, já que haveria impossibilidade de adequação legal da conduta:

Numa palavra: se a ação é fenômeno exclusivamente humano, então a pessoa jurídica é incapaz de ação e, por esse motivo, os atos das pessoas jurídicas são referidos como situações de ausência de ação, em qualquer manual de direito penal¹⁵⁸.

Continuando neste diapasão, em vista da carência de ação, seria praticamente impossível conceber determinadas categorias de delito já que o ente abstrato é incapaz de dolo, de imprudência e de omissão¹⁵⁹.

Também não seria possível fixarmos um juízo de reprovação, tornando prejudicada a questão da análise da culpabilidade, já que a pessoa jurídica não teria consciência do injusto e capacidade mental, advinda dos requisitos humanos de maturidade e de sanidade mental¹⁶⁰.

Como últimos argumentos, afirma-se que a idéia da responsabilização penal da pessoa jurídica contraria os princípios constitucionais reitores do Direito penal, como, por exemplo, os princípios da personalidade da pena e da punibilidade. Com referência ao primeiro aspecto, não seria possível a aplicação da pena sem ultrapassar a pessoa do condenado, como, por exemplo, acionistas minoritários ou sócios que estavam ausentes quando da decisão que gerou a lesão. Por derradeiro, não seria possível admitir as funções da pena como prevenção geral e reprovação da culpabilidade no caso da pessoa jurídica¹⁶¹.

¹⁵⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em << <http://www.cirino.com.br/artigos.htm>>>. Acesso em 21.02.2007, p. 2.

¹⁵⁹ SANTOS, J.C. Obra citada, p.3.

¹⁶⁰ "A culpabilidade, como juízo de reprovação de um sujeito imputável pela realização não justificada de um tipo de injusto, em situação de consciência da antijuridicidade e de normalidade das circunstâncias da ação, não pode ter por objeto a pessoa jurídica". (SANTOS, Juarez Cirino dos. Obra citada, p.3).

¹⁶¹ SANTOS, Juarez Cirino dos. Obra citada, p.4.

Alega-se também que penas privativas de liberdade seriam inaplicáveis às pessoas jurídicas¹⁶², bem como não seria possível reeducação ou intimidação do ente abstrato¹⁶³.

Em face de sua existência ficta, seria impossível a atuação direta enquanto pessoa jurídica, existindo ação apenas por parte dos seus representantes, somente assim, através da conduta humana dos prepostos poderia ser admitida a responsabilização penal¹⁶⁴.

Dentre os países que rejeitam a responsabilização penal da pessoa jurídica podemos citar a Alemanha, Espanha, Itália e Suíça. Deve-se ressaltar que no direito alemão existe um rigoroso sistema de penalidades administrativas reservado aos efeitos criminosos provocados por entes coletivos¹⁶⁵. No direito espanhol encontra-se uma inovação introduzida através do art.129 do Código Penal espanhol, sancionado em 1995 e que passou a vigor em 1996 instituindo as chamadas *consecuencias accesorias*, que seriam medidas de natureza administrativa, aplicada através de um procedimento penal¹⁶⁶.

Em ângulo oposto estão os partidários da chamada *teoria da realidade*, também conhecida como organicista ou da personalidade real. Para esta teoria, a pessoa jurídica é um ser real, cuja vontade não é a somatória das vontades de seus associados, diretores ou administradores. A pessoa coletiva teria vontade própria, atuando de forma autônoma, constituindo um agir da empresa enquanto grupo, portanto poderia ser responsabilizada pelos seus atos¹⁶⁷.

¹⁶² ROTHEMBURG, Walter Claudius. A Pessoa Jurídica Criminosa, Curitiba: Juruá, 2005.pp.64, 65.

¹⁶³ ROCHA, Manuel António Lopes. A RESPONSABILIDADE PENAL DAS PESSOAS COLECTIVAS- NOVAS PERSPECTIVAS -.In:CICLO DE ESTUDOS DE DIREITO PENAL ECONÓMICO.COIMBRA: CENTRO DE ESTUDOS JUDICIÁRIOS, 1985, P. 107 -187.

¹⁶⁴ ROTHEMBURG, Walter Claudius. A Pessoa Jurídica Criminosa. p.49.

¹⁶⁵ ROCHA, Manuel Antonio Lopes. A Responsabilidade das Pessoas Coletivas, Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985, p.144.

¹⁶⁶ BACIGALUPO, Silvina. Curso de Derecho Penal Económico, Dirección Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons S.A., 1998, p.65.

¹⁶⁷ A propósito, a respeito da teoria da realidade, veja-se a seguinte passagem doutrinária: "A teoria da realidade, também chamada de teoria organicista e da personalidade real, oferece uma perspectiva inteiramente distinta. Para ela, a pessoa jurídica é um ser real, um verdadeiro organismo cuja vontade não é a soma das vontades de seus associados ou de seus diretores ou administradores. Contrariamente, ela possui vontade própria, e, em consequência, o ato praticado por seus integrantes é distinto destes, ato próprio que o é." (PIERANGELI, José Henrique. Obra citada, p.191).

Ressaltando a prevalência das teorias realistas e afirmando a independência volitiva do ente abstrato, justificando sua responsabilização criminal, leciona ROTHENBURG:

O abandono da teoria da ficção pela adoção das teorias realistas implicou conseqüentemente a aceitação de que as pessoas jurídicas têm uma vontade própria. Sendo a pessoa jurídica uma realidade jurídica (normativa), sua vontade seria também aquela prevista pelo Direito. Este aceita (define) pacificamente a vontade da pessoa jurídica para contratar, fazer propaganda, dissolver -se...

¹⁶⁸.

Argumentos a favor da responsabilização penal da pessoa jurídica começam a ganhar relevância em vista da tendência por parte de alguns países em aceitar este conceito. Seus defensores criticam a questão da impossibilidade de culpabilidade, sustentando que seria possível a sua aplicação a entes abstratos, mesmo porque o princípio da culpabilidade já seria aplicado no direito sancionador administrativo¹⁶⁹.

Não se pode deixar de considerar que, com o aumento significativo dos fluxos econômicos a partir da segunda metade do século passado, conglomerados empresariais cresceram de tal maneira que se tornaram entidades de representatividade mundial. Com o advento da globalização e dentro dos ideais propostos pelo neoliberalismo, alguns entes coletivos hoje possuem maior representatividade e recursos financeiros que muitos Estados no planeta, decorrendo deste fato, portanto, a necessidade de delimitação deste poder¹⁷⁰.

¹⁶⁸ ROTHENBURG, Walter Claudius. A PESSOA JURÍDICA CRIMINOSA, 1º. ed., 2º. Tiragem. Curitiba: Juruá, 2005, p.50.

¹⁶⁹ Sustentando a possibilidade da responsabilização criminal da pessoa jurídica, veja-se o entendimento de ROCHA: "Se o sistema penal é, assim, uma criação do espírito, enquanto mecanismo regulador de autoconservação da coletividade organizada, não violenta as coisas admitir como seu fundamento não apenas a culpabilidade individual mas também a de organizações menores que vivem e se desenvolvem no seio daquela e que podem constituir-se em factores de desagregação." (ROCHA. M.A.L. Idem, p.126).

¹⁷⁰ MACHADO, Marta Rodriguez de Assis. SOCIEDADE DO RISCO E DIREITO PENAL.Uma avaliação de novas tendências político-criminais.São Paulo:IBCCRIM, 2005, p.145.

Estes poderosos entes abstratos instituem, no âmbito interno, verdadeiros estatutos, contando com um modelo próprio de aprendizagem, mecanismos de castigo, recompensas e todo um sistema de gerenciamento e condução das atividades, formando uma diretriz autônoma de seus integrantes ¹⁷¹.

A partir da idéia de grupo e da necessidade em manter os lucros da empresa, a pessoa jurídica pratica atos criminosos, constituindo o resultado de um espírito de grupo, através de uma conduta lesiva uniforme, revestindo -se de uma atitude criminal coletiva¹⁷². Sendo assim, é natural que muitos países passassem a adotar a responsabilização criminal do ente coletivo como única forma de controlar suas atitudes danosas, já que os campos civis e administrativos restariam insuficientes em determinados casos¹⁷³.

Autores como Tiedemann, citados por Vallejo, defendem a possibilidade da responsabilização penal da pessoa jurídica, com os seguintes argumentos:

Partiendo de estas ideas, Tiedemann considera que, al igual que los seres humanos, las personas jurídicas también son destinatarios directos de las normas de conducta y tienen capacidad de acción, puesto que si el legislador dirige las normas a las personas jurídicas es porque ellas también pueden producir los efectos exigidos por la norma, es decir, pueden producir acciones y omisiones. Así, por ejemplo, las personas jurídicas pueden concluir contratos con trários a las prohibiciones contenidas en las normas contra prácticas restrictivas de la competencia. De todas formas, a la hora de fundamentar y hablar de una autoría de la propia persona jurídica este autor admite que solo puede ser fundamentada mediante la imputación de un hecho ajeno, ya que la persona jurídica solo puede actuar a través de las acciones de sus órganos y representantes, y

¹⁷¹ ROCHA. M.A.L. Obra citada, pp.116,117.

¹⁷² ROTHEMBURG, Walter Claudius. Obra citada, p.238.

¹⁷³ Referindo-se a esta tendência mundial, veja-se o seguinte texto doutrinário: “Atualmente, existem sensíveis movimentos – internacionais até – no sentido da consagração da responsabilidade criminal da pessoa jurídica, ante a evidência de seu potencial danoso, face, sobretudo, a importantíssimos bens seriamente ameaçados como o ambiente natural e a economia popular. A legislação de diversos países e de organismos supranacionais começa a incorporar essa tendência mesmo em linha de princípio, inclusive nas Constituições e Códigos Criminais”.(ROTHERBURG, Walter Claudius. Obra citada, p.240).

que precisamente por ello se podría alegar que ya no se trata de una autoría de la propia persona jurídica. No obstante, Tiedemann opina que en realidad la persona jurídica responde por un hecho propio, o sea, por un hecho que también es suyo, al igual que sucede, por ejemplo, en el supuesto del coautor o del autor mediato, a quienes se imputan hechos no realizados por ellos mismos, sino por otro coautor o por el instrumento¹⁷⁴.

I

Independente da discussão doutrinária existente nos países regidos por sistemas legais codificados, a responsabilidade penal da pessoa jurídica é admitida nos países regidos pela *Common Law*, bem como na Holanda, Noruega e França¹⁷⁵. No caso específico da Inglaterra, tal possibilidade já existe desde o século XIX, sendo o ente abstrato responsabilizado criminalmente por qualquer crime, exceto aqueles que por sua natureza não podem ser cometidos por pessoa jurídica, como, por exemplo, o homicídio.

N

No Brasil existem duas normas constitucionais que despertam interpretações controversas no sentido da admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica. Trata-se das seguintes disposições: art.173, § 5º. – “A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.” Art. 225, § 3º. “As condutas e atividades consideradas lesivas ao meio ambiente sujeitarão os infratores, pessoas físicas ou jurídicas, a sanções penais e

¹⁷⁴ VALLEJO, Beatriz de la Gándara. El Sujeto del Derecho Penal Económico Y La Responsabilidad Penal Y Sancionatoria de Las Personas Jurídicas. CURSO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO, Dirección Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 1998, p.61.

¹⁷⁵ A propósito, sobre os países que adotam a responsabilidade criminal da pessoa jurídica, veja-se a seguinte lição: “Apesar de consagrar uma tendência observada em alguns países europeus, em destaque Holanda, Noruega, Inglaterra, Irlanda e Escócia, um dos poucos Códigos Penais a admitirem expressamente hipóteses de responsabilidade penal das pessoas jurídicas é o francês, que entrou em vigor em 01.03.1995.” (MORAES, Rodrigo Iennaco de. Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Curitiba: Juruá, 2006, p.70).

administrativas, independentemente da obrigação de reparar os danos causados”¹⁷⁶.

Com tais dispositivos o legislador, acompanhando a tendência mundial, sugeriu responsabilizar penalmente a pessoa jurídica. Tais normas constitucionais originaram a atual discussão doutrinária sobre a possibilidade da responsabilidade penal do ente abstrato.

Segundo as lições do professor Juarez Cirino dos Santos, as críticas com referência à responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, a princípio situam-se na questão da interpretação do texto constitucional. Com referência à expressão “responsabilidade”, do art. 173, §5º., esta, em vista da menção a “punições compatíveis com sua natureza” induziria, segundo os constitucionalistas, a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Ao contrário, argumentam os penalistas, esta expressão não traduziria uma adjetivação especial, gerando a responsabilidade penal, mas simplesmente uma atribuição geral, comum, significando, por exemplo, a sanção administrativa¹⁷⁷.

No que tange ao art. 225, § 3º., parte da doutrina argumenta que haveria a “ruptura do princípio da responsabilidade penal pessoal”, já que não haveria diferença semântica entre as palavras *condutas e atividades*. Contrariamente os penalistas não aceitam a ruptura do princípio da responsabilidade penal pessoal, alegando que se deve a uma leitura grosseira e tendenciosa do texto constitucional¹⁷⁸.

Apesar das discussões sobre a admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica no Brasil, vemos que a Constituição da República acolheu apenas as diretrizes propostas pelo constituinte, mencionando de forma geral os Institutos que pretendeu tornar aplicáveis.

Neste aspecto é forçoso concordar com parte da doutrina que vê a ausência de um subsistema necessário para instrumentalizar a aplicação da lei penal nos

¹⁷⁶ Código Penal, Código de Processo Penal e Leis Especiais Criminais. Organizadores Marcellus Polastri Lima e Angélica Gliöche. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. pp. 78 e 94.

¹⁷⁷ SANTOS, Juarez Cirino dos. A Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica. Instituto de Criminologia e Política Criminal. Disponível em << <http://www.cirino.com.br/artigos.htm>>>. Acesso em 21.02.2007, p. 1.

¹⁷⁸ SANTOS, Juarez Cirino dos. Obra citada. Idem, p. 2.

casos da responsabilização penal da pessoa jurídica nos crimes contra a ordem econômica, financeira ou economia popular. Haveria necessidade, através da legislação infraconstitucional, do estabelecimento de parâmetros e penalidades concretas adequadas às pessoas abstratas¹⁷⁹.

A primeira experiência do legislador infraconstitucional deu-se com a edição da Lei nº 9.605/98, dispondo sobre as normas ambientais. Não só disciplinou a matéria no artigo terceiro, como foi além, prevendo nos artigos 21 e 22 um sistema de penas específicas, aplicáveis às pessoas jurídicas. Sendo assim, no que se refere às responsabilidades decorrentes do art.173, §5º. , da Constituição Federal, seria necessária a previsão infraconstitucional específica para a aplicação do preceito geral. Entretanto, com referência ao artigo 225, § 3º, do texto constitucional, complementado pela lei que define as condutas lesivas ao meio ambiente, parece que restaria suficiente o sistema legal para imposição da responsabilização penal do ente coletivo.

Mas, embora a Legislação ambiental tenha disposto sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o assunto ainda é deveras polêmico. Autores como Juarez Cirino dos Santos defendem a inconstitucionalidade da Lei nº 9.605/ 98:

A criminalização da pessoa jurídica, como forma de responsabilidade penal impessoal, é inconstitucional: as normas dos arts. 173, §5º e 225, § 3º, da Constituição, não instituem, nem autorizam o legislador ordinário a instituir, a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Além disso, a responsabilidade penal impessoal da pessoa jurídica infringe os princípios constitucionais da legalidade e da culpabilidade, que definem o conceito de crime, assim como infringe também os princípios constitucionais da personalidade da pena e da punibilidade, que delimitam o conceito de pena¹⁸⁰.

¹⁷⁹ MORAES, Rodrigo Iennaco de. Obra citada, p.120.

¹⁸⁰ SANTOS, J.C. Obra citada. p. 2.

erificando a jurisprudência sobre o assunto, embora não se admita a inconstitucionalidade do artigo 3º. da Lei 9.605/ 98, vários são os pontos questionados, como, por exemplo, as imperfeições técnicas da lei, a ausência do dolo específico e a impossibilidade de a pessoa jurídica cometer crime culposos. Estes foram alguns dos argumentos que a 3ª. Câmara do Tribunal de Alçada Criminal de São Paulo enfrentou para conceder a ordem no Mandado de Segurança que trancou a ação penal, por inépcia da inicial, cuja denúncia foi ofertada pelo Ministério Público contra a Petrobrás¹⁸¹.

Em vista de tais dispositivos, levando a discussão aos patamares da *praxis*, observa-se na doutrina nacional ainda um forte apego à máxima *societas delinquere non potest*, motivo pelo qual em sua maioria não admite a responsabilização penal da pessoa jurídica, principalmente em vista dos conceitos da dogmática penal adotada no Brasil¹⁸². No campo jurisprudencial, observa-se também um quadro nada pacífico, por existirem decisões ora favoráveis, ora contrárias à admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica¹⁸³.

O Superior Tribunal de Justiça vem manifestando posicionamento favorável à admissão da responsabilidade penal da pessoa jurídica desde que a conduta da pessoa jurídica dependa da intervenção de uma pessoa física, que atue em nome e em benefício do ente moral. Este foi o posicionamento do Ministro Felix Fischer, relator do RMS 20601/SP:

Admite-se a responsabilidade penal da pessoa jurídica em crimes ambientais desde que haja a imputação simultânea do ente moral e da pessoa física que atua em seu nome ou em seu benefício, uma vez que "não se pode compreender a responsabilização do ente moral dissociada da atuação de uma pessoa física, que age com elemento subjetivo próprio". Cf. Resp nº 564960/SC, 5ª

¹⁸¹ SIRVINSKAS. Luís Paulo. TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 68.

¹⁸² SIRVINSKAS. L.P. Obra citada, p.71.

¹⁸³ MORAES, Rodrigo Iennaco de. Obra citada, p.117.

Turma, Rel. Ministro Gilson Dipp, DJ de 13/06/2005 (Precedentes)¹⁸⁴.

Dentro do campo específico da investigação criminal, observa-se a responsabilização no que se refere aos atos criminosos causados por empresas direcionadas aos seus representantes legais. Todos os atos preliminares são realizados com base nas condutas dos diretores ou administradores da pessoa jurídica, por intermédio dos chamados termos circunstanciados de infração penal ou mesmo pelo tradicional inquérito policial. Muito comum também a solicitação de medidas cautelares, não havendo uma preocupação específica com a verificação da autoria por parte do ente jurídico enquanto causador autônomo da conduta criminosa.

Surge daí a dificuldade em estabelecer o autor da conduta lesiva ocasionada por ato de empresas. Chegando ao conhecimento da autoridade policial a notícia do crime, preliminarmente não há dificuldade quanto à identificação da(s) pessoa(s) física(s) responsável (is) pela conduta imediata que resultou no ato ilícito. Constatado que a conduta foi realizada em nome da pessoa jurídica e não por vontade própria e independente, inicia-se a identificação do responsável pelo ente abstrato que ou determinou diretamente a realização do ato causador do resultado ou ao menos, é o responsável técnico direto pelas ações de determinados setores.

Como as empresas de médio e grande porte possuem estruturas setorializadas em gerências e diretorias especializadas, não raro recorre-se ao gerente da área e finalmente ao diretor daquele bloco, buscando a responsabilidade do ente abstrato, advinda do corpo de administradores e proprietários e não, do mero funcionário que praticou o ato danoso ou ilícito. Neste ponto constata-se uma grande dificuldade em estabelecer a identificação ao menos física de dirigentes que assumam a posição de garantidor daquela situação.

¹⁸⁴ BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. Ementa do RMS 20601/SP. Autos 2005/143968 -7. Relator Min. Felix Fischer. Julgamento 29/06/2006. Disponível em << <http://www.stj.gov.br> >>. Acesso em: 12 fev. 2007. Sobre o assunto veja-se as seguintes decisões do STJ: RHC 19119/MG, 2006/0042690 - 1, julgado em 12/06/2006; RMS 11696/Pr., 2003/113614-4, julgado em 09/02/2006; HC 44607/DF, 2005/91635-6, julgado em 07/03/2006; REsp 610114/RN, 2003/210087 -0, julgado em 17/11/2005 e REsp 564960/SC, 2003/0107368-4, julgado em 02/06/2005.

N

ão raro existem casos, principalmente de danos ambientais, onde várias empresas participam do mesmo empreendimento, começando a dificuldade em estabelecer qual empresa foi a responsável pelas ações que resultaram no dano ecológico. Posteriormente, em vista da já citada divisão de setores das diretorias, chega-se no máximo ao diretor responsável, mormente em vista do fato de que ele possui autonomia suficiente dentro da corporação para determinar a realização daquele ato sem consulta a presidência ou órgão deliberativo.

Mesmo no caso de crimes fiscais ou financeiros, chega-se à ação de pessoas físicas ligadas a setores técnicos da empresa, portanto para responsabilização direta do presidente ou sócios cotistas seria necessário admitir a responsabilidade objetiva da pessoa jurídica, posicionamento negado pela jurisprudência brasileira que exige a demonstração da conduta da pessoa física ligada ao ente abstrato, conforme visto acima.

4.3 A CRIMINALIDADE ECONÔMICA NO DIREITO BRASILEIRO.

Embora o ilustre constitucionalista Affonso Arinos de Mello Franco já falasse sobre responsabilidade criminal das pessoas jurídicas na década de trinta do século passado¹⁸⁵, encontra-se uma concentração de obras nessa área a partir do ano de 1980. Salvo alguma literatura da lavra de Roberto Lyra e Nelson Hungria, publicadas na década de quarenta¹⁸⁶, tratando dos crimes contra a economia popular, observa-se que a preocupação com crimes desta natureza, formando um universo à parte, inicia no Brasil por volta de 1980, com autores como René Ariel Dotti, Manuel Pedro Pimentel, Luiz Vicente Cernicchiaro e João Marcello de Araujo Junior.

¹⁸⁵ ARAUJO Jr., João Marcello de. Obra citada, p.63.

¹⁸⁶ ARAUJO Jr., J.M. Idem, p.99.

Obviamente que vamos encontrar na Constituição de 1946 referências à legislação antitruste, comentada por Pontes de Miranda¹⁸⁷, bem como inúmeras obras sobre o tema falimentar, mas parece que, de forma autônoma, obras referindo-se ao tema como uma área específica, referenciando o bem jurídico protegido em dimensões supra-individuais, só aparecem no Brasil em 1980.

A teorização recente da doutrina brasileira a respeito do direito Penal Económico parece decorrer de quatro aspectos principais: primeiro, a influência da doutrina estrangeira, representada por autores como Carlos Martinez -Buján Perez, Miguel Bajo Fernández, Eduardo Correia, Jorge de Figueiredo Dias, Enrique Bacigalupo, Bernd Schünemann, Raúl Cervini e Klaus Tiedemann apenas para citar alguns dos mais destacados. Segundo, com o advento da Constituição da República de 1988, que dedicou o Título VII à Ordem Económica e Financeira¹⁸⁸, especificando as linhas gerais para a condução da ordem económica a partir daquele momento, inclusive deixando claro, nos casos mais graves, a possibilidade da intervenção penal¹⁸⁹.

Quanto aos outros dois pontos – a intensificação dos fluxos económicos internos e externos e o fenómeno da globalização -, crê-se que estimularam o surgimento de um pensamento nacional em torno da ideia da criminalidade económica.

Esta tendência nacional no sentido de preocupar-se com o advento da criminalidade não convencional, e reconhecê-la como uma realidade presente e danosa em nosso sistema económico, chegou inclusive a motivar proposta legislativa apresentada em 1994 pelo professor João Marcello de Araujo Junior, pretendendo incorporar ao Código Penal os crimes contra a ordem económica, nas suas palavras: “(...) abandonando a técnica de consubstanciá-los na legislação extravagante”. Logo adiante, esclarece:

¹⁸⁷ ARAUJO Jr., J.M. Idem, p.92.

¹⁸⁸ Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal. São Paulo: Editora Saraiva, 2006, p.86.

¹⁸⁹ “A atuação do Estado, assim, não é nada menos do que uma tentativa de pôr ordem na vida económica e social, de arrumar a desordem que provinha do liberalismo.” (SILVA, José Afonso da. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 18 edição. São Paulo: Malheiros, 2000, p.764). Também nesse sentido ver Luiz Regis Prado, Obra citada, p.33.

A inserção de tais crimes no Código Penal, que é seu ambiente natural, propiciará as vantagens decorrentes de um tratamento unitário, ajustado ao sistema penal geral. Com isso, evitaremos alguns daqueles efeitos perversos mencionados, principalmente o de cair o legislador na tentação de encontrar soluções isoladas, nem sempre comprometidas com os princípios e as garantias do Direito Penal moderno, que busca encontrar um justo equilíbrio entre a necessária defesa social e os delitos fundamentais do homem¹⁹⁰.

Sendo assim, em vista da necessidade em se estabelecer uma dimensão aproximada do que se entenda no Brasil por delitos econômicos, alguns autores propõem discriminações dos tipos penais que representariam essa legislação. Nesse sentido, Regis Prado em sua obra *Direito Penal Econômico*:

No trato da matéria, busca-se apenas veicular de modo claro e objetivo as características científicas essenciais de cada tipo penal de injusto, após as considerações gerais. Isso para facilitar sua apreensão e utilização racional, como instrumento adequado ao conhecimento dogmático e jurisprudencial, pelos profissionais e estudantes de Direito. Bem por isso, não são aventadas questões de ordem político-criminal¹⁹¹.

Gilberto José Pinheiro Junior, em sua obra “Crimes Econômicos” apresenta a seguinte relação da legislação brasileira sobre crimes que seriam compositivos do Direito Penal econômico:

¹⁹⁰ ARAUJO Jr, João Marcello de. *Os Crimes Contra a Ordem Econômica no Esboço de Nova Parte Especial de 1994*. JUSTIÇA PENAL. O Crime Organizado, a Modernização da Lei Penal. p.219 - 262..In: PENTEADO, Jaques de Camargo, Coordenador. JUSTIÇA PENAL 3. O CRIME ORGANIZADO (ITÁLIA E BRASIL) A MODERNIZAÇÃO DA LEI PENAL. São Paulo: RT, 1995 .

¹⁹¹ PRADO, Luiz Regis. Obra citada.p.6.

Código Penal: arts.168-A,172,175,177,178,184,185,313-A e B,334 e 337-A, além de todos os delitos contra a organização do trabalho previstos no Título IV da parte especial.

Decreto-lei nº 22.626/26, Lei da Usura.

Decreto-lei nº 7.661/45, Lei de Falências, com a nova disposição que lhe deu a Lei nº 11.101 de 2005.

Lei nº 1.521/51 Lei dos crimes contra a economia popular.

Lei nº 4.591/64 Condomínios em edificações e incorporações imobiliárias.

Lei nº 4.728/65 Mercado de capitais.

Lei nº 4.729/65 Sonegação fiscal.

Decreto-lei nº 16/66 Produção, comércio e transporte clandestino de açúcar e de álcool.

Lei nº 5.741/71 Sistema Financeiro de Habitação.

Lei nº 6.435/77 Entidades de previdência privada.

Lei nº 7.492/86 Sistema Financeiro Nacional.

Lei nº 8.078/90 Consumidor.

Lei nº 8.137/90 Ordem tributária, econômica e relações de consumo.

Lei nº 8.176/91 Ordem econômica – combustíveis.

Lei nº 8.429/92 Enriquecimento ilícito.

Lei nº 9.034/95 Crime organizado.

Lei nº 9.279/96 Propriedade industrial.

Lei nº 9.613/98 Lavagem ou ocultação de bens.

Lei nº 9.983/00 Inseriu os crimes previdenciários no Código Penal ¹⁹².

Esta classificação apresentada por Gilberto José Pinheiro Junior não destoa muito das demais apresentadas pelos estudiosos brasileiros ¹⁹³. As únicas questões que causam maior celeuma referem-se à inclusão dos crimes ambientais dentro da

¹⁹² PINHEIRO Jr., Gilberto José. Crimes Econômicos. As limitações do Direito Penal. Campinas: Edicamp, 2003, p.80. A única modificação do original refere-se à nova legislação de falências.

¹⁹³ A propósito, vejam-se os seguintes posicionamentos: Araújo Junior, João Marcello de. DOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA, São Paulo: RT,1995,p.161;BALDAN, Édson Luís. Fundamentos do DIREITO PENAL ECONÔMICO.Curitiba:Juruá,2005,p.2 07-257; PRADO, Luiz Regis. DIREITO PENAL ECONÔMICO.São Paulo: RT, 2004, p.6 .

ótica dos crimes empresariais, além da idéia de um direito penal financeiro autônomo¹⁹⁴.

Não parece o mais acertado pensarmos em um distanciamento da tutela penal ambiental dos demais delitos econômicos como alguns autores professam¹⁹⁵. Pensa-se que a sua inclusão entre os chamados crimes econômicos andaria melhor, motivo pelo qual se acompanha o entendimento do professor João Marcello de Araújo Junior:

Grande parte da doutrina, a Proposta italiana e o Código Penal alemão, entendem que na ordem econômica estão contidos também os crimes contra o meio ambiente. Esta é a opinião assumida nesta dissertação, porém limitar-se-á a tratar dos crimes contra o ordenamento urbano, relativos tão-somente aos aspectos que envolvem a degradação do ambiente artificial, ou seja, a cidade¹⁹⁶.

Encontramos alguns autores referenciando o Direito Penal Tributário¹⁹⁷, ou os crimes financeiros, tratamento inadequado já que se traduzem em espécies de um mesmo gênero jurídico mais amplo: "a ordem econômica". Motivo pelo qual a posição do professor Marcello Araújo é convincente:

A ordem econômica não é, ontologicamente, distinta da tributária e da financeira. As duas últimas são, apenas, espécies de um mesmo gênero jurídico mais amplo, a "ordem econômica". Nesta, incluem -

¹⁹⁴ A propósito, defendendo a inclusão dos crimes contra a propriedade intelectual na categoria de crime econômico, veja-se o artigo da lavra do Prof. Dr. Fábio André Guaragni. O NOVO TRATAMENTO DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL À LUZ DO DIREITO PENAL ECONÔMICO (COMENTÁRIOS À LEI 10.695, DE 01.07.2003). In: Jair Gevaerd e Marta Marília Tonin (Coord.). DIREITO EMPRESARIAL & CIDADANIA QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS. Curitiba: Juruá, 2006, p.97 -112.

¹⁹⁵ SIRVINSKAS, Luís Paulo. Tutela Penal do Meio Ambiente. São Paulo: Saraiva, 2002.

¹⁹⁶ ARAUJO Jr., João Marcello. Obra citada. p.40. O autor ressalta que a matéria relativa ao meio ambiente, no seio da Comissão de reforma da parte especial do código teria ficado a cargo do professor René Ariel Dotti, por isso não trata da matéria.

¹⁹⁷ Nesse sentido: Alécio Adão Lovatto, Crimes Tributários, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2003, p.35, ver também Roberto dos Santos Ferreira, Crimes Contra a Ordem Tributária, São Paulo, Malheiros, 1996, p.33.

se aspectos fiscais; cambiais; falimentares; relativos aos sistemas de processamento ou comunicação de dados; à dignidade, liberdade, segurança e higiene no trabalho; aos abusos do poder econômico; à livre concorrência, à economia popular e às relações de consumo¹⁹⁸.

A

Constituição Federal estabelece no art. 170 alguns princípios relativos à ordem econômica, tais como: soberania nacional, propriedade privada, livre concorrência, defesa do consumidor etc., dentre eles estabelece como princípio constitucional a *defesa do meio ambiente*¹⁹⁹. Por outro lado, quando mencionamos crimes de empresa, admitimos tratar-se de uma categoria diferenciada de infrações, como nos ensina Câmara: “marcada pela sujeição ativa distinta (agentes com alto poder aquisitivo), sujeição passiva difusa (não especificação de vítimas), e vulneração de bens supra-individuais, destacando-se a ordem tributária, ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro nacional, meio ambiente etc...”²⁰⁰. Finalmente, é fato que *o homem degrada o seu meio físico e biológico natural*²⁰¹, com tais condutas lesivas ao meio ambiente provoca graves conseqüências, interferindo na manutenção da vida humana no planeta. Estando a defesa do meio ambiente entre os princípios constitucionais gerais da atividade econômica, nada mais lógico que, requerendo a tutela penal, seja incluído entre os crimes contra a ordem econômica.

Desta forma, sem a mínima pretensão de atribuir caráter exaustivo à relação de normas citadas, comunga-se da idéia de que os crimes contra o meio ambiente, tutelados pela Lei nº 9.605/1998, devem ser compreendidos no âmbito do Direito penal econômico. Por isso, durante o estudo de temas que se referem à parte processual, mormente à investigação criminal, incluiremos os crimes ambientais.

¹⁹⁸ ARAUJO Jr. J.M. Idem, p.39.

¹⁹⁹ SILVA, José Afonso da. CURSO DE DIREITO CONSTITUCIONAL POSITIVO. 18º ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p.770.

²⁰⁰ CÂMARA, Luiz Antonio. REFLEXÕES ACERCA DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. In: Jair Gevaerd e Marta Marília Tonin (Coord.). DIREITO EMPRESARIAL & CIDADANIA QUESTÕES CONTEMPORÂNEAS. Curitiba: Juruá, 2006, p.231-247.

²⁰¹ ARAUJO Jr. João Marcello de. DOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA. p.111.

Dentro desta óptica, convém salientar que a concepção de direito penal econômico em sentido amplo será tomada como regra no presente trabalho, alcançando não só a tutela jurídico-penal referente à proteção da intervenção estatal na economia, mas também uma série de outros bens jurídicos que afetam a economia de um país em seus diversos aspectos²⁰².

Finalmente necessário observar que, apesar de estudos sobre a criminalidade econômica encontrarem-se em estágio adiantado no Brasil, a começar pela sua delimitação, muitos temas ainda continuam causando polêmica, como, por exemplo, a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o sistema de penas, a extinção da punibilidade no caso de pagamento do tributo sonegado, a utilização de tipos de perigo abstrato e a retirada de elementos subjetivos do tipo, entre outros.

4.3.1 A Legislação que Define os Crimes Contra a Ordem Tributária

Um aspecto bastante discutido pela doutrina refere-se à revogação total ou parcial da Lei nº 4.729/65 em face da nova legislação aprovada através da Lei nº 8.137/90 e que disciplina os crimes contra a ordem tributária. Tal questão foi inclusive submetida à análise durante o XX Simpósio Nacional de Direito Tributário, realizado pelo Centro de Extensão Universitária sob a coordenação geral de Ives Gandra da Silva Martins²⁰³.

Da mesa forma, destacando o tema, menciona Roberto dos Santos Ferreira que “Nos dispositivos que versam sobre os crimes contra a ordem tributária, a Lei nº 8.137/90 derogou a Lei nº 4.729/65, que tratava e definia os crimes de sonegação fiscal, basicamente mantendo a mesma técnica legislativa revogada”²⁰⁴.

Tal assunto é pertinente, já que a conclusão sobre a aplicação da legislação correta no caso dos crimes contra a ordem tributária é relevante para o

²⁰² GUARAGNI, Fábio André. O NOVO TRATAMENTO DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL À LUZ DO DIREITO PENAL ECONÔMICO. Curitiba: Juruá, p.110.

²⁰³ MARTINS, Ives Gandra da Silva, coordenador. Crimes Contra a Ordem Tributária, 4ª edição. São Paulo: RT, Centro de Extensão Universitária, 2002, p.407.

²⁰⁴ FERREIRA, Roberto dos Santos. Obra citada, p.53.

desenvolvimento regular da investigação criminal. No caso do inquérito policial, mesmo sendo provisória a tipificação, é necessária a existência de um fato aparentemente delituoso para motivar o início das investigações²⁰⁵.

Esta preocupação é relevante atualmente, já que as unidades da polícia judiciária tanto estadual como federal vêm se especializando na busca do fato oculto com relação a crimes contra a ordem tributária.

Para dirimirmos as controvérsias sobre o assunto, parece adequado mencionar a opinião de alguns doutrinadores pátrios. Segundo Ives Gandra da Silva Martins, Celso Ribeiro Bastos, Francisco de Assis Alves e Hugo de Brito Machado a Lei nº 4.729/65 foi revogada pela Lei nº 8.137/90 que passou a definir os crimes contra a ordem tributária²⁰⁶. Acompanham este entendimento Yoshiaki Ichihara e Marilene Talarico Martins Rodrigues²⁰⁷.

Segundo de Gustavo M. de Mello, João Mestieri, Gabriel L. Troianelli e Rafael A. Medina, não é outra a opinião: "[...] crê-se ser a melhor interpretação considerar-se revogada a Lei 4.729/65"²⁰⁸.

Já para Vittorio Cassone e Damásio de Jesus houve uma revogação parcial com o advento da Lei nº 8.137/90, explicando: "A Lei 8.137/90 revogou parcialmente a Lei 4.729/65 e demais leis esparsas que dispõem sobre os crimes

²⁰⁵ Referindo-se ao tema, veja-se a seguinte intervenção doutrinária: "O ideal é que a autoridade policial, justamente porque lhe compete a apuração da materialidade das infrações penais e da sua autoria, proceder à classificação dos crimes e contravenções que lhe chegarem ao conhecimento. Quando indiciar o suspeito o delegado deve indicar o tipo penal no qual considera incurso o investigado. Ensina Roberto Lyra Filho que a lei processual utiliza, indiferentemente, os termos *classificação das infrações penais e definição jurídica do fato*, quando se refere à tipificação de um fato, embora teoricamente haja diferença. Dar a definição jurídica do fato é adequar a conduta concreta ao modelo legal incriminador (tipo penal), enquanto a classificação é o resultado dessa análise. O fato sem classificação é o chamado *fato bruto*, enquanto o fato classificado é considerado o *fato-infração-penal*. Assim, a autoridade policial, ao receber a *notitia criminis* ou a *delatio criminis*, constata a existência de um fato bruto. Investigando, deve, se for o caso, dar a sua definição jurídica, classificando-o" (NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 2ª edição. São Paulo: RT, 2006, p.132).

²⁰⁶ Veja-se, a propósito, o seguinte entendimento da doutrina: "A resposta, portanto é de que todos os dispositivos dos diplomas legais anteriores que foram cuidados de forma diversa pela Lei 8.137/90 foram revogados e aqueles que apenas foram reproduzidos passam a ter sua fonte legal não mais no diploma anterior reproduzido, mas no novo, nestes casos não prevalecendo o princípio da retroatividade benigna, em face da manutenção estrutural das situações pretéritas". (MARTINS, Ives Gandra da Silva. Obra citada, p.31).

²⁰⁷ MARTINS, I.G.S. Idem pp.14 e 306, respectivamente.

²⁰⁸ MARTINS, I.G.S. Idem p.104.

tributários, cujos tipos penais se identifiquem com os tipos tratados pela Lei 8.137/90”²⁰⁹.

Importante observar que a atuação dos órgãos repressivos do Estado durante a persecução criminal depende de um embasamento relativamente concreto²¹⁰ no que se refere à tipificação penal, mormente no sentido de justificar eventuais medidas cautelares no curso da investigação.

Desta forma, em que pese os acertados posicionamentos já mencionados, prefere-se a lição de Rui Stoco:

A Lei 8.137, de 27.12.90, que define os crimes contra a ordem tributária econômica e contra as relações de consumo, derogou a Lei 4.729, de 14.7.65, que dispunha sobre o crime de sonegação fiscal, na parte em que reproduziu quase que fielmente as figuras penais neste último estatuto previstas. É que, a par de manter as figuras típicas constante da lei anterior, criou outras, antes inexistentes, mantendo (por reprodução), ainda, disposições da lei derogada, no que pertine à aplicação da multa (conversão); a extinção da punibilidade (agora banida); ao concurso de pessoas e às agravantes e atenuantes²¹¹.

4.4 CONSEQUÊNCIAS DA EXTINÇÃO DA PUNIBILIDADE NOS PROCEDIMENTOS INVESTIGATÓRIOS ACERCA DOS CRIMES FISCAIS E PREVIDENCIÁRIOS.

Segundo o professor Juarez Cirino dos Santos, "a extinção da punibilidade significa o desaparecimento do poder de punir do Estado em relação a fatos definidos como crimes, pela ocorrência de eventos, situações ou acontecimentos

²⁰⁹ MARTINS. I. G.S. Idem pp.336 e 435.

²¹⁰ Relativamente concreto levando em consideração que o inquérito policial é necessário para apuração de determinados fatos aparentemente delituosos, mas que não precisam necessariamente evidenciar a existência de um crime. Tanto é que justifica também o arquivamento (não-processo), ver Aury Lopes Jr., Obra citada, p.36.

²¹¹ MARTINS, I.G.S. Idem , p.76.

determinados na lei como causas de extinção da punibilidade”²¹². Portanto, no que se refere à extinção da punibilidade nos casos descritos no artigo 107 do Código Penal brasileiro não se denotam maiores celeumas, já que as motivações para tais concessões do Estado restam mais do que justificadas²¹³. Já no campo dos delitos econômicos tal situação não ocorre, pois a motivação do Fisco em possibilitar a extinção da punibilidade nos crimes fiscais e previdenciários, como no caso do Brasil, funda-se basicamente na possibilidade de aumento da arrecadação, ensejando muitas discussões sobre o tema²¹⁴.

Apesar das discussões a respeito dos fundamentos que justificam a inserção no ordenamento jurídico brasileiro destas causas de extinção da punibilidade nos casos de crimes fiscais e previdenciários, no caso do pagamento do tributo antes da denúncia²¹⁵, vamos procurar direcionar nossas considerações ao que se refere às consequências desta extinção no campo da investigação criminal.

Com a edição da Lei nº 9.249, de 26 de dezembro de 1995, vigora a norma contida em seu art.34:

Extingue-se a punibilidade dos crimes definidos na Lei nº 8.137, de 27 de dezembro de 1990, e na Lei nº.4.729, de 14 de julho de 1965, quando o agente promove o pagamento do tributo ou contribuição social, inclusive acessórios, antes do recebimento da denúncia.

²¹² SANTOS, Juarez Cirino dos. Obra citada, p.225.

²¹³ RÍOS, Rodrigo Sanchez. Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos, p.125 e 126. São Paulo: RT, 2003.

²¹⁴ Nesse sentido dispõe Roberto dos Santos Ferreira: "Primeiramente, tal dispositivo compromete a coerência e solidez do sistema, pois, basicamente, amesquinha a função de norma repressora penal, erigindo-a em mero reforço das sanções de natureza tributária, a fim de, por meio da coerção maior, lograr o recolhimento de tributos anteriormente sonegados à Receita, sob a forma de uma última oportunidade. Despreza-se, de tal sorte, a circunstância de tratarem-se de ramos autônomos do Direito, voltados para objetivos próprios e distintos." (CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA. São Paulo: Malheiros, 1996. p.79)

²¹⁵ A propósito, referindo-se a questão temporal em vista do prazo fatal anterior ao oferecimento da denúncia, veja-se o seguinte trecho doutrinário: "Esta situação do limite temporal – "até o recebimento da denúncia" – é, sem dúvida, a mais favorável para o agente, porém com consequências negativas, quer sob o prisma da dogmática penal, e principalmente sob o aspecto político-criminal, justamente por ser plausível uma orientação favorável por meio de critérios jurídico-penais. Caso contrário, seria mais coerente transferir os critérios preventivos a uma norma extrapenal. Mas isto não interessa, pelo menos ao que parece, ao legislador. (RÍOS, Rodrigo Sánchez, Obra citada, p. 157).

Manifestando-se sobre o tema, veja-se a interessante crítica feita pelo Prof. Rodrigo Sánchez Ríos:

A crítica maior, quanto a esta voluntariedade normatizada, fica por conta de que esta não retifica qualquer atuação delitiva nos casos nos quais se deflagrou a atuação da autoridade administrativo -fiscal ou da autoridade do Ministério Público. Portanto, no sistema legal brasileiro, prevalecem os fundamentos de natureza politico -fiscal: arrecadação por meio da instrumentalização do sistema penal. E isto não é nenhuma novidade²¹⁶.

Além da questão fiscal, com a edição da Lei nº 9.983/00, inseriu -se no Código Penal os crimes previdenciários, com a respectiva norma de extinção da punibilidade. Assim, para a apropriação indébita da contribuição previdenciária, o §2º do art.168-A do Código Penal prevê que,

é extinta a punibilidade se o agente, espontaneamente, declara, confessa e efetua o pagamento das contribuições, importâncias ou valores e presta as informações devidas à previdência social, na forma definida em lei ou regulamento, antes do início da ação fiscal, isto é, antes de qualquer ato oficial da previdência social²¹⁷.

Contrariamente, no caso da análise do Instituto quanto aos crimes previdenciários, observa-se um posicionamento favorável, conforme nos informa Rodrigo Sánchez Ríos:

Restritos ao campo da extinção da punibilidade nos crimes previdenciários, os novos dispositivos inseridos no Código Penal (§ 2º. do art. 168 –A e §1º. do art. 337-A) estabelecem nítidas

²¹⁶ RÍOS, Rodrigo Sánchez. Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos. São Paulo: Rt, 2004, p.155.

²¹⁷ LOVATTO, Alecio Adão. Crimes Tributários, 2º. ed, p.166 e 167. Porto Alegre: livraria do Advogado, 2003.

diferenças com relação à regulamentação legal dos crimes fiscais (art.34 da Lei 9.249/95). O mérito inicial está em superar os malfadados dispositivos da Lei 8.212/91. A seguir, como já se mencionou, a atual redação legal da extinção da punibilidade em tema de condutas lesivas à Seguridade Social manifesta na sua fundamentação a prevalência de critérios jurídico-penais em detrimento do mero aumento da arrecadação. De fato, parece haver aqui uma sincronia entre os fins político-fiscais com os fins de prevenção geral e especial da pena²¹⁸.

Resta mais do que claro que, tendo o legislador se referido à período pretérito a denúncia nos crimes fiscais, ou no caso de crimes previdenciários, a período anterior ao início da ação fiscal, estabeleceu momentos que coincidem com a fase inicial da persecução criminal.

Convém observar que a extinção da punibilidade no caso dos crimes fiscais e previdenciários, exonera também o autor com referência aos delitos utilizados como meio para a defraudação da Fazenda Pública ou a Seguridade Social, como por exemplo, as falsidades²¹⁹.

Portanto, existindo inquérito policial, procedimento administrativo promovido pelo Ministério Público ou Comissão Parlamentar de Inquérito que estejam apurando crimes econômicos desta natureza, com o pagamento do tributo devido ou contribuições, deve haver a interrupção imediata destes procedimentos, com seu conseqüente arquivamento²²⁰.

²¹⁸ RÍOS, Rodrigo Sánchez. Obra citada, p.168.

²¹⁹ A propósito, sobre o assunto, veja-se a seguinte passagem doutrinária: "Neste tópico a doutrina penal pátria aceita o alcance da extinção da punibilidade para o delito subsidiário, seja por meio de critérios dogmáticos sempre que a sua potencialidade lesiva se esgote no crime fiscal, seja pelos critérios utilitários de política criminal. De acordo com Eisele:"(...) se restar extinta a punibilidade de crime de sonegação fiscal, eventual conduta perpetrada para a consumação deste e que configure, em tese, o fato tipificado, por exemplo, como estelionato, é absorvida pelo fato principal, restando extinta igualmente sua punibilidade, eis que, no caso, afigura-se inexistente o crime de estelionato."O mesmo entendimento se observa na doutrina alienígena: *"La extensión de la excusa absoluta alcanza a los delitos de falsedad documental (falsedades instrumentales) que hayan sido medio de comisión del delito fiscal."* Enrique Bacigalupo. Obra citada, p.226. " (RÍOS, Rodrigo Sánchez. Obra citada, p.154).

²²⁰ "Malgrado o instituto da " autodenúncia liberadora de pena" do modelo alemão ter servido como inspiração direta à legislação brasileira (art.34 da Lei 9.249/ 95), denota-se que esta última está

Nesse sentido é a lição de Roberto Ferreira: "Por derradeiro, ressalte -se que, por força do art.5º., XL,da CF e art.2º, parágrafo único,do CP, a causa de extinção de punibilidade instituída aplica-se a inquéritos policiais em curso e processos penais de denúncias oferecidas, mas ainda não recebidas pelo Juiz competente, mesmo instaurados em função de fatos anteriores à vigência da Lei nº 9.249/95, conquanto trata-se de lei mais benigna,de inegável caráter retroativo por tal qualidade"²²¹.

Na linha de tais conclusões, considera-se apropriado o pensamento de Ives Gandra da Silva Martins: "Ora, se o governo pretende receber mais rapidamente, ofertando a vantagem da redução da multa, não deveria criminalizar o fato" ²²².

Mas, se antes da abolição do critério temporal para aplicação do benefício da extinção da punibilidade nos crimes fiscais já havia dificuldade em encontrar critérios jurídico-penais alinhados aos fins de arrecadação do Fisco, o que dizer da permissão contida na Lei nº 10.684 de 30 de maio de 2 003²²³.

O art. 9º. , § 2º. da referida lei, exige tão somente o " pagamento integral dos débitos oriundos de tributos e contribuições sociais, inclusive acessórios". Desta forma, aboliu o critério temporal – "antes da denúncia" – permitindo a extinção da punibilidade somente com o pagamento dos débitos. Parece que contrariamente ao

longe de seu viés originário. Como foi afirmado, na verdade, aqui inexistiu uma fundamentação jurídica amparada na teoria da desistência e na reparação do dano. Assim, diante da consumação do crime fiscal, pode-se socorrer deste instituto, por meio do prévio pagamento integral, mesmo após o esgotamento da via administrativa e o encerramento do inquérito policial, até o oferecimento da denúncia.Cumpra-se destacar a ausência de qualquer indicação ao critério de voluntariedade pós-delitiva.(RÍOS, Rodrigo Sánchez. Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos, p.143.)

²²¹ FERREIRA, Roberto dos Santos. Obra citada, p.80. No mesmo sentido Rodrigo Sánchez Rios; "Pondera Braz Dorival Costa: "A suspensão da pretensão punitiva, portanto, no sentido empregado na Lei 9.964/2000, há de ser acolhida como suspensão da punibilidade,ou seja, provisória impossibilidade de aplicação da sanção penal .É, portanto, norma de direito material.Como tal, estando suspensa a punibilidade, os órgãos repressivos do Estado (Polícia Judiciária e Ministério Público) não podem agir". Mais adiante conclui: "Suspensa a punibilidade, o Estado não poderá atuar contra o contribuinte,suposto agente de crime contra o Fisco ou a Seguridade Social.Salvo exceções, a máquina judiciária e a policial restarão inertes."(RIOS, Rodrigo Sánchez, Obra citada, p.187 - 189).

²²² MARTINS, Ives Gandra da Silva. Crimes Contra a Ordem Tributária, 4ª edição. Pesquisas Tributárias, nova série -1. São Paulo: RT, 2002, p.51.

²²³ RÍOS, Rodrigo Sánchez. Obra citada, p.218.

previsto, esta legislação poderá desestimular a observação do pagamento das obrigações fiscais.

A

esse respeito é o magistério de Rodrigo Sánchez Ríos:

Mas a exclusão do limite temporal do recebimento da denúncia merece reflexão à parte. É sabido que no *iter* parlamentar da Lei 10.684/2003 houve divergência a respeito do alcance deste dispositivo. Prévios acertos partidários, respaldados no propósito de governabilidade, determinaram a exclusão do limite temporal do recebimento da denúncia. Essa decisão do legislador reafirma à feição instrumental da lei penal, altamente criticável, não apenas por secundar mecanismos arrecadatórios que ignoram os critérios jurídico-penais, mas também por degradar a confiança dos cidadãos na incriminação fiscal²²⁴.

As críticas às justificativas do Estado em criar causas de extinção da punibilidade baseadas em critérios nitidamente extrapenais encontram fortes defensores²²⁵. Não há como negar que, além de descaracterizar a função da norma repressora penal, utilizando-a como instrumento de cobrança do Fisco, no que tange à fase preliminar do processo penal, estaremos desperdiçando um grande contingente especializado que poderia ser utilizado em outros setores, inclusive da criminalidade clássica, com reflexos na área da Segurança Pública.

²²⁴ RÍOS, Rodrigo Sánchez. Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos, p.218.

²²⁵ No mesmo sentido do texto, veja-se, a propósito, a seguinte opinião: "A justificativa é que, satisfeito o Fisco pelo pagamento do tributo sonegado, não mais interessaria ao Estado prosseguir na persecução penal. Mais uma vez percebemos o Direito Penal Econômico a serviço do delinquente econômico, do detentor de poder econômico privado. Esse permissivo legal gera o sentimento de impunidade, corrompe o efeito de prevenção geral inerente ao Direito Penal". (PINHEIRO Jr., Gilberto José. Crimes Econômicos. Campinas: Edicamp, 2003, p.117). Nesse sentido também Rodrigo Sánchez Ríos. Obra citada, pp.196, 222 e Roberto dos Santos Ferreira, Obra citada, p.79.

5. A INVESTIGAÇÃO PRELIMINAR NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.

5.1. OS SUJEITOS DA INVESTIGAÇÃO E OS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.

E

mbora existam procedimentos investigatórios que se originam em instituições que não têm a função investigatória como tarefa principal, praticamente encerrando a fase preliminar do processo penal quando apuram crimes contra a ordem econômica, conforme já visto no capítulo três, devemos reconhecer que a função investigatória é precípua da polícia judiciária.

Outra questão se refere à atuação do Ministério Público durante a fase investigatória. É possível afirmar que o Ministério Público atualmente vem desenvolvendo a investigação criminal no Brasil, inclusive na área dos crimes contra a ordem econômica. Embora de forma não exclusiva, já que sua função primordial é de titular da ação penal, observa-se que é uma aspiração do *parquet* deter a titularidade das investigações preliminares no processo penal.

A

o nos referirmos aos sujeitos da investigação criminal queremos situar os agentes públicos que não só recebem a *notitia criminis*, mas também buscam o fato oculto através das mais variadas atuações investigatórias, bem como representam ou requerem medidas de caráter cautelar, inclusive provocando a maior intervenção do Estado na esfera individual, traduzida na segregação da liberdade do investigado. Por isso, neste título trataremos da atuação da polícia judiciária estadual e federal, bem como do Ministério Público estadual e federal, enquanto sujeitos da investigação criminal na busca do enfrentamento da criminalidade econômica.

5.1.1 A Polícia Judiciária Estadual.

N

os Estados da Federação, representada pelas polícias civis, a polícia judiciária estadual é encarregada de proceder à investigação criminal no âmbito de suas atribuições de forma residual, conforme já tratado no capítulo primeiro. Ao lado da polícia militar, completa o quadro da segurança pública nos Estados e Distrito Federal²²⁶.

I

ncluída no âmbito do Poder Executivo estadual sob a forma de Departamento, incluso na estrutura das Secretarias de Segurança Pública, encontra -se a instituição policial civil diretamente atrelada às diretrizes políticas estaduais de combate ao crime.

O primeiro problema que é verificado quando se analisa a polícia judiciária estadual no Brasil, situa-se na ausência de uniformidade, ou seja, cada Estado possui um departamento da polícia civil com estrutura diversa, em todos os aspectos, começando pelo quadro de funcionários, passando pela nomenclatura utilizada e terminando na divisão administrativa, prevalece a peculiaridade regional.

Embora o foco não sejam os problemas estruturais endêmicos de cada instituição, são necessárias algumas ressalvas para entender a heterogeneidade que impera neste setor. Admitidas tais premissas, sabemos que a polícia judiciária estadual atua através de autoridades policiais, delegados de polícia, distribuídos em unidades que obedecem a um critério administrativo meramente circunstancial. Logo, a criação de unidades não depende de fatores técnicos, senão meramente políticos. Levando em consideração que os crimes socioeconômicos repercutem significativamente na mídia, a criação de unidades para controle ou combate a tal espécie de crimes também é fortemente influenciada por fatores exógenos factuais.

F

eito este parêntese, da análise das estruturas das polícias civis nos Estados da

²²⁶ Ao se referir a polícia militar compreende-se o corpo de bombeiros e polícia rodoviária estadual, que na maioria dos Estados pertencem à estrutura da polícia militar.

federação chega-se à conclusão de que, com referência aos crimes ambientais e contra o consumidor, quase todas as polícias judiciárias estaduais possuem unidades especializadas criadas para a investigação destes delitos. Também com referência aos crimes contra a Fazenda pública estadual é comum encontrarmos unidades especializadas para tal mister, eventualmente com a nomenclatura contra a ordem tributária. Raramente encontramos unidades com a função de combate ao crime econômico *lato sensu*, salvo no Estado do Paraná e na Bahia.

N

ão é possível afirmar se a ausência de enfoque específico sobre a criminalidade econômica decorre de fatores científicos ou meramente aleatórios, sendo mais provável a segunda hipótese.

O fato é que a relevância oferecida ao crime econômico no âmbito estadual é deveras tímida. Dois motivos parecem colaborar para tal situação: primeiro, a atribuição residual da polícia judiciária estadual que fica à margem em diversas tipificações que tratam do crime econômico, por exemplo, nos casos de crimes contra o sistema financeiro nacional, segundo, a grande gama de atribuições que acaba sob sua responsabilidade, impossibilitando o atendimento da demanda face aos poucos recursos que tem à disposição.

N

o Paraná, seguindo as tendências dos demais Estados, encontramos uma delegacia exclusiva para apuração de delitos contra o meio ambiente, uma delegacia exclusiva para apuração de delitos contra o consumidor, e um núcleo para a apuração de crimes econômicos. O Núcleo de Combate a Crimes Econômicos, NURCE, foi criado através da Resolução nº 393/2003, da Secretaria de Segurança Pública do Paraná, em 29 de dezembro de 2004, e atua exclusivamente investigando a criminalidade econômica, carreando esforços no combate ao crime organizado e à lavagem de dinheiro ²²⁷.

I

sto não quer dizer que as demais unidades não atuem na apuração destes delitos,

²²⁷ Crimes Econômicos. Revista ASSESP. Curitiba: ASSESP nº.2, ano I, p.11, set/out. 2006,

já que as unidades especializadas ficam na capital do Estado e não conseguem atender à grande quantidade de crimes que proliferam nestas áreas. No interior do Estado do Paraná as delegacias de Polícia municipais são responsáveis pela apuração de todos os delitos que ocorram na área de sua circunscrição. Portanto, as infrações contra o meio ambiente e o consumidor, além das demais que possam ser incluídas na denominação socioeconômica, ficam sob a responsabilidade destas unidades genéricas.

P

Para se ter uma idéia da inviabilidade do sistema, somente as autuações realizadas pelo Instituto Ambiental do Paraná, (IAP), e que posteriormente são remetidas para a apuração da responsabilidade criminal via Ministério Público, já seriam suficientes para causar o esgotamento da capacidade investigatória da unidade.

D

Dentro desta óptica casuística, vemos como provável que continue a mesma lógica na investigação criminal estadual com relação à criminalidade econômica, qual seja, a criação de unidades especializadas quando a necessidade extrema requerer, originada por algum fator externo que provoque a iniciativa do Poder Executivo.

5.1.2 A Polícia Judiciária Federal.

C

Com sua origem na polícia do Distrito Federal, em 1944 surge o Departamento Federal de Segurança Pública, embora com a denominação federal, somente atuava na circunscrição do Distrito Federal, com exceção da polícia marítima, aérea e de fronteira. Em 1960, o DFSP foi transferido para Brasília, permanecendo no Estado da Guanabara grande parte de seu efetivo. Em 16 de novembro de 1964, através da Lei nº 4.483, o então DFSP passou a ter atribuição para atuar em todo território nacional, mas somente com a edição do Decreto - Lei nº 200 de 25 de fevereiro de 1967, foi criado o Departamento de Polícia Federal. A sua Direção-Geral situada em Brasília, possui órgãos técnicos e de apoio, incumbidos das tarefas de planejamento, coordenação e controle.

A

polícia federal representa no Brasil a polícia judiciária no âmbito federal, prevista no inciso I do artigo 144 da Constituição da República, tem suas atribuições definidas no parágrafo primeiro do mesmo artigo. Organizada sob a forma de departamento, no âmbito do Ministério da Justiça, tem entre outras atribuições, principalmente apurar infrações penais contra a ordem política e social ou em detrimento de bens, serviços e interesses da União, prevenir e reprimir o tráfico ilícito de entorpecentes, o contrabando e o descaminho, exercer as funções de polícia marítima, aeroportuária e de fronteiras, além de exercer com exclusividade as funções de polícia judiciária da União²²⁸.

A

Além das atribuições tradicionais da polícia federal, nos últimos anos, com a redação da Lei nº 10.446 de 2002, possibilitou a sua atuação para apurar outras infrações cuja prática tenha repercussão interestadual ou internacional e exija repressão uniforme. Desta forma, observa-se que na passagem do século houve uma intensificação significativa da atuação da polícia judiciária da União.

A

A polícia federal atua através de sete diretorias e vinte e sete superintendências Regionais, cinquenta e quatro delegacias de polícia federal, doze postos avançados, duas bases fluviais e duas bases terrestres, distribuídas no país, possibilitando a sua presença em todos os Estados da Federação. Para ter uma idéia do avanço das atividades realizadas, somente no ano de 2006 foram realizadas cento e sessenta e uma operações em todo o território nacional, contabilizando um total de 2529 (dois mil quinhentos e vinte e nove) presos. Destas operações, 64 (sessenta e quatro) envolviam investigações relacionadas a crimes socioeconômicos. Tais investigações apuraram crimes ambientais, contra o sistema financeiro nacional, fraudes fiscais, crimes de evasão de divisas, contra o INSS, e de lavagem de dinheiro cometidos por organizações criminosas²²⁹.

²²⁸ Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal, 2ª.ed.São Paulo:Saraiva, 2006. Constituição Federal, art.144, parágrafo primeiro,p.73.

²²⁹BRASIL..Departamento da Polícia Federal.Relatório das operações realizadas pela PF em 2006. Disponível em: < www.dpf.gov.br>. Acesso em: 02. jan. 2007.

A

o tomar conhecimento destes dados difícil não pensarmos em comparações, perguntando, por exemplo, porque a polícia judiciária federal trabalha com índices evidentemente mais eficazes que as polícias estaduais.

U

ma pergunta muito difícil de responder, primeiro, porque envolve uma diversidade imensurável de fatores que influenciam nos resultados; segundo porque não há estudos mais detidos sobre o tema. Podemos elencar dois fatores *a contrario sensu* das polícias civis, que poderiam ter influência nessa distância entre os resultados obtidos. Embora atuando em todo território nacional, a polícia federal é uma instituição única, permitindo uma organização padronizada e uniforme, situação que contribui de forma determinante no trabalho investigatório. Segundo, com suas atribuições determinadas e pontuais permite uma intensificação dos meios sobre cadeias delituosas específicas, com uma maior eficácia na repressão dos delitos econômicos.

S

em adentrarmos as discussões que evidenciam questões como ausência de investimentos, corrupção, baixos salários, ingerência política e etc., é fato que a polícia judiciária da União vem atuando de forma muito mais eficaz do que as polícias estaduais em uma grande gama de delitos que apura, desempenhando atualmente relevante papel no que se refere ao combate da criminalidade econômica.

5.1.3 O Ministério Público.

P

artindo de um posicionamento já alicerçado na Constituição da República de 1988, com a edição da Lei Complementar nº 75 de 1993 e da Lei nº 8.625 do mesmo ano, parte significativa dos promotores de justiça e procuradores da República, iniciaram um movimento de porte nacional, protestando pela legitimação do Ministério Público em realizar a investigação criminal.

Os argumentos justificando a condução da investigação preliminar pelo Ministério Público, segundo TUCCI, residiriam nos seguintes pontos:

- a) haveria “legitimação constitucional e base legal”, a alicerçar o “poder investigatório do Ministério Público”, - quais sejam as preceituações contidas nos arts.129,IX, da CF,art.5º.,VI, e §2º., e 8º.,V, da LC 75, de 20.05.1993;
- b) a investigação criminal realizada pelo Ministério Público seria, como logo acima salientado, compatível com a “finalidade constitucional que lhe é própria”, não somente ante a clareza do disposto no apontado art.8º.,V, da LC 75, de 1993, como em razão do disposto nos arts.129,I, da CF, e 26 da Lei 8.625, de 12.02.1993, c/c o inc.IX do aludido preceito constitucional; a saber:“(...) Resulta nítida a relação meio-fim exsurgente do cotejo dos dispositivos legais (art.8º.,V, da LC75/93, congruente à dicção do art.26 da Lei 8.625/1993) e constitucional (art.129, I, da CRFB), a dar acolhida, portanto, à terceira – e última - das condicionantes impostas pelo art.129, IX, da Constituição”; e,
- c) inexistiria “o monopólio da Polícia para a realização de diligências investigatórias ” até porque a Carta Magna de nossa República Federativa, no art.144, teve o escopo de “tão-somente, delimitar as atribuições entre as diversas polícias (federal, rodoviária ferroviária, civil e militar)”; e, ademais, como cediço, procedem a investigações, diuturnamente, órgãos da Administração Pública, como a receita Federal, no âmbito do Poder Executivo; e, assim também, dos Poderes Legislativo e Judiciário, em seus respectivos campos de atuação”²³⁰.

E

mbora uma parcela significativa da doutrina nacional se posicione no sentido contrário às aspirações do Ministério Público com relação à condução da

²³⁰ TUCCI,Rogério Lauria. Ministério Público e Investigação Criminal.São Paulo:RT,2004,p.15.

investigação criminal²³¹, não se pode negar o fato de que passaram a realizar procedimentos preliminares de natureza criminal, inclusive com base em Resoluções internas que regulamentam o seu procedimento investigatório²³².

S

endo assim, hodiernamente, através dos promotores de justiça nos Estados e dos procuradores da República no âmbito de atribuição da União, observa-se uma atuação bastante presente na fase preliminar do processo penal, trabalhando de forma muito próxima da polícia judiciária na busca do fato oculto. Esta tendência que não dá sinais de recuo, pelo contrário, é bem destacada por FELDENS, quando trata do crime econômico especificamente:

Incumbe ao Ministério Público, portanto, e em caráter prioritário, o combate às ações delituosas aniquilantes das objetividades jurídicas que sustentam o fio de esperança da ansiada sociedade brasileira de ver-se investida dos atributos de liberdade, justiça e solidariedade (art.3º, I, da CRFB). Compete-lhe especialmente, na defesa do interesse social, centrar seu foco de atuação nos crimes praticados em detrimento da ordem econômica, da ordem tributária e do sistema financeiro (art.127 da CRFB combinado com o art.6º, XIV, da LC nº.75/93), rompendo, de vez, com a tradição ortodoxa que só enxerga no Ministério Público um órgão burocratizado, guarda-noturno dos

²³¹ TUCCI, R.L. Obra citada, pp.31,41.Nesse sentido: Antonio Scarance Fernandes, Antônio Evaristo de Moraes Filho,Guilherme de Souza Nucci, Jacinto Néilson de Miranda Coutinho, José Carlos Fragoso, Luis Guilherme Vieira, Marco Antônio Rodrigues Nahum, Marta Cristina Cury Saad Gimenès e Orlando Miranda Ferreira.

²³² A propósito, sobre a inconstitucionalidade da Resolução nº.13 do Conselho Nacional do Ministério Público, veja-se a seguinte passagem:" Enfim, indiscutivelmente, a Resolução nº 13 ofende a Constituição Federal sob vários aspectos, sendo inevitável a declaração de sua inconstitucionalidade, em homenagem aos postulados do Estado Democrático de Direito.Reforça nossa conclusão, o magistério de Ada Pellegrini Grinover, *in verbis*: " sem a lei complementar acima referida, o MP não pode exercer funções investigativas penais.Por via de consequência, são flagrantemente inconstitucionais e desprovidos de eficácia os atos normativos editados no âmbito do MP, instituindo e regulando a investigação penal pelos membros do *Parquet*".(BITENCOURT, Cezar Roberto.A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº13 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. Boletim IBCCRIM. São Paulo;IBCCRIM, ano 14, boletim mensal n.170, janeiro, p.12, 2007.

interesses individuais, notadamente do patrimônio da elite sobressaltada²³³.

D

entro desta visão que requer um Ministério Público menos burocratizado, verifica-se que no âmbito estadual as Procuradorias de Justiça passaram a constituir Centros de Apoio Operacional, onde criaram núcleos de trabalho específico nas áreas do consumidor, meio ambiente, patrimônio público e ordem tributária, entre outras, iniciando um modelo de estrutura organizacional voltado ao combate das ilegalidades nestes setores. Paralelamente, não especificamente criados para fazer frente à criminalidade econômica, surgiram às chamadas *promotorias de investigação criminal*, bem como os grupos de repressão ao crime organizado, praticamente nos moldes da polícia judiciária.

E

mbora as promotorias de investigação criminal não se ocupem prioritariamente de crimes empresariais, há uma preponderância muito acentuada na investigação destes delitos por parte dos promotores de justiça. Esta tendência pode ser fruto das informações que o Ministério Público recebe diretamente dos órgãos fazendários, facilitando investigações nestas áreas, bem como a ausência de responsabilidade em investigar outros setores, podendo atuar de forma seletiva nos casos que chegam ao seu conhecimento.

5.2 OS MEIOS DE PROVA NOS CRIMES CONTRA A ORDEM ECONÔMICA.

5.2.1 Interceptação Telefônica e Ambiental.

O Estado através dos protagonistas da investigação criminal seja qual for o sistema adotado: policial, do promotor investigador ou do juiz de instrução, tem na busca do fato oculto a sua primordial atribuição e não existe apenas para uma mera coleta de dados. Mormente no caso da atividade repressiva, no Brasil atribuída à

²³³ FELDENS, Luciano. Obra citada, p.256.

polícia judiciária, o procedimento investigatório destina-se de forma precípua à descoberta dos atos realizados para executar a atividade criminosa que em grande parte dos casos não estão aparentes e passíveis de coleta.

Observando que geralmente a conduta do criminoso é praticada de forma oculta e não chega aos órgãos oficiais espontaneamente, nos explica Aury Lopes Junior:

O ponto de partida da investigação criminal é a *notitia criminis* e, por consequência, o *fumus commissi delicti*. Essa conduta delitiva é, geralmente, praticada de forma dissimulada, oculta, de índole secreta, basicamente por dois motivos: para não frustrar os próprios fins do crime e para evitar a pena como efeito jurídico²³⁴.

Em vista do grau de dificuldade que esta atividade persecutória estatal encontra, necessita o Estado de instrumentos que possibilitem a demonstração do fato oculto, entre eles está o que conhecemos por interceptação telefônica e ambiental. Esta espécie probatória guarda contornos mais definidos a partir da década de oitenta, por dois motivos: primeiro o aspecto da popularização do acesso ao serviço de telefonia que exigia a aplicação de maiores recursos no setor, posteriormente alcançados através dos programas de privatização. Hoje uma parcela significativa da população possui acesso à telefonia fixa e móvel sem maiores dificuldades. Segundo que houve também um grande desenvolvimento tecnológico que passou a possibilitar a execução da interceptação telefônica em larga escala. Desde as gravações através de fitas cassete que evoluíram para os atuais cds, com capacidade infinitamente maior no armazenamento de informações, até a utilização de computadores que passaram a gerenciar o sistema de interceptação, permitindo centenas de operações ao mesmo tempo, atualmente não há mais empecilhos técnicos ao investigador para realizar fisicamente a intervenção na intimidade do indivíduo via telefonia, seja ela móvel ou fixa.

Outro aspecto relevante que levou ao desenvolvimento instrumental e jurídico deste meio de busca da prova foi o surgimento de novas espécies delitivas

²³⁴ LOPES Jr., Aury. Sistemas de Investigação Preliminar no Processo Penal, 3º ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005, p.46.

associadas ao fato do crescimento e especialização das cadeias criminosas. Dentre estas novas categorias criminosas podemos incluir os chamados delitos empresariais, os quais, em sua maior parte, são de difícil elucidação, guardando significativos obstáculos no que se refere à arrecadação da prova.

Desta forma, em vista da atualidade do tema e também da sua cada vez maior utilização durante a persecução criminal, pretende-se enfrentar o tema em todos os seus aspectos, referenciando a sua utilização no caso das investigações de crimes econômicos.

5.2.1.1 A interceptação telefônica.

Como já foi referido acima, parece que a possibilidade técnica da interceptação telefônica em larga escala e a sua conseqüente utilização no processo penal levaram ao desenvolvimento jurídico do Instituto. Aproximadamente na década de oitenta, quando havia a necessidade de realizar uma interceptação telefônica havia muitas dificuldades operacionais, como, por exemplo, a aquisição de gravadores individuais que somente registravam interceptações de um terminal telefônico por vez, sendo necessária à utilização de tantos gravadores quantas fossem as linhas telefônicas interceptadas. Os registros das gravações eram feitos em fitas tipo cassete, com duração de uma hora, sendo necessário a substituição constante, com o conseqüente acúmulo de fitas quando a interceptação se estendia. A própria companhia telefônica que era uma empresa estatal reclamava quanto à dificuldade técnica no caso do “grampeamento” de diversos terminais ao mesmo tempo, alegando falta de disponibilidade técnica. Estas dificuldades colaboravam para um reduzido número de interceptações telefônicas que somente eram realizadas quando extremamente necessárias.

Atualmente, existem computadores que gerenciam as interceptações, permitindo centenas de operações ao mesmo tempo de terminais fixos e móveis diferentes, com armazenamento do teor das interceptações em *compact disc*. Estas inovações não só permitiram a utilização em larga escala do procedimento, como tornaram também o conteúdo das gravações mais acessível e seguro.

Outro aspecto relevante foi o advento da telefonia celular; houve uma democratização sem precedentes, principalmente no setor móvel que hoje supera a telefonia fixa²³⁵. Com a sua popularização, impulsionada por uma política de baixo custo, foi compreensível que sua utilização aumentasse em proporções geométricas, multiplicando também a sua participação nas atividades criminosas.

Dentro deste quadro, em que, por um lado se teve a criação de novos tipos penais mais elaborados e por outro, a utilização estratosférica de meios de comunicação telefônica, é natural que houvesse também uma maior frequência na busca de provas através deste meio. Finalizando com o advento do crime organizado que vem cruzando as fronteiras dos Estados, chega-se aos principais motivos que fizeram deste método um importante aliado durante a investigação preliminar.

Porém, para podermos iniciar uma análise da questão da interceptação telefônica se faz mister primeiramente o entendimento do que entendemos por comunicação telefônica.

Nesse sentido, Gomes e Cervini nos explicam o que vem a ser comunicação telefônica:

Significa qualquer tipo de comunicação telefônica permitida na atualidade em razão do desenvolvimento tecnológico. Pouco importa se isso se concretiza por meio de fio, radioeletricidade (com o que é o caso do celular), meios ópticos ou qualquer outro processo eletromagnético. Com uso ou não da informática. É a hipótese do fax,

²³⁵ BRASIL. IBGE. A propósito do aumento nas vendas de telefones celulares no Brasil, veja-se a seguinte pesquisa. "No grupo de Material eletrônico e de comunicação, destacam-se os itens: telefones celulares; TV a cores, aparelhos de comutação para telefonia ou telegrafia; tubos de imagem para receptor de TV e outros tubos; e rádios para veículos automotores. A venda desses produtos representa 68,3% do total da atividade e 2,3% do total Brasil e é realizada, praticamente em toda sua totalidade, por Amazonas e São Paulo. O item telefones celulares já é o sétimo produto em volume de vendas, com R\$ 7,5 bilhões em 2002. Além da expansão da demanda interna, deve-se ressaltar a importância crescente desse item nas exportações, onde, em 2002, foi o 10º no ranking. Em 1998, os telefones celulares ocupavam o 138º lugar nas vendas internas e o 86º nas exportações".Disponível em:< <<http://www.ibge.gov.br>>>.Acesso em 13 de fev. de 2007.

por exemplo, em que se pode ou não utilizar o computador. Para efeito de interpretação da lei o que interessa é a constatação do envolvimento da telefonia, com os recursos técnicos comunicativos que atualmente ela permite²³⁶.

Bulos, ao definir comunicações, afirma que "Comunicação telefônica é a transmissão, emissão, recepção e decodificação de sinais lingüísticos, caracteres escritos, imagens, sons, símbolos de qualquer natureza veiculados pelo telefone estático ou móvel (celular)"²³⁷.

Sendo assim, vistas as definições sobre o alcance da expressão "comunicação telefônica", pretende-se agora tratar dos aspectos e condições legais da utilização deste meio de prova no direito brasileiro, a começar pelos dispositivos constitucionais:

O inciso XII da Constituição da República assim dispõe:

Art.5º.

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.

D

a leitura do inciso XII da Constituição, resta claro que, ao resguardar o direito à intimidade e à vida privada, o texto apenas permitiu a violação das comunicações telefônicas, mesmo assim nas hipóteses previstas em lei, que posteriormente veio estabelecer as hipóteses e o procedimento a ser adotado. Portanto parece claro que o legislador constituinte não permitiu a violação do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, bem como silenciou com referência à interceptação

²³⁶ Conforme citado por CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, legislação penal especial, v.4. São Paulo: Saraiva, 2006, p.498.

²³⁷ Conforme citado por CAPEZ, Fernando. Obra citada, p.498.

ambiental, carecendo esta última de anuência constitucional. Discorrendo sobre o assunto esclarece Eduardo Araújo da Silva²³⁸:

Entretanto, a tutela legal dessa espécie de interceptação ampliou demasiadamente o texto constitucional, que além de não admitir a violação do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, apenas admitiu excepcionalmente a violação das comunicações telefônicas por ordem judicial, na forma da lei, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (art.5º., inciso XII).Tal disciplina deixa claro a preocupação do legislador constituinte em relação à proteção do direito à intimidade e à vida privada das pessoas investigadas.Tratando-se de meio de obtenção de prova que pode vulnerar esses direitos, e considerando que a Constituição da República, em casos análogos, disciplinou restritivamente a matéria, é de rigor concluir que o art.2º., inciso IV, da Lei nº.9.034/95, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº.10.217/01, é inconstitucional, pois também a interceptação ambiental carece de prévia permissão constitucional.

Caso contrário, estaria o legislador infraconstitucional ampliando em demasia o entendimento do texto maior²³⁹.

A propósito, visitando o sistema de proteção à intimidade e à vida privada espanhol, encontra-se no artigo 579 da “Ley de Enjuiciamiento Criminal” a seguinte disposição: “*El juez podrá acordar, en resolución motivada, la intervención de las comunicaciones telefónicas del procesado, si hubiere indicios de obtener por estos medios el descubrimiento o la comprobación de algún hecho o circunstancia importante en la causa*”²⁴⁰.

²³⁸ SILVA, Eduardo Araújo da. Crime Organizado. São Paulo: Atlas, 2003, p.104 .

²³⁹ A propósito, em sentido contrário ao texto, veja-se a seguinte posição: “No caso de investigação de crime praticado por organizações criminosas (quadrilha ou bando, associação criminosa e organizações criminosas de qualquer tipo), desde que haja prévia, fundamentada e detalhada ordem escrita da autoridade judicial competente, toda e qualquer gravação e interceptação ambiental que estiver acobertada pela autorização constituirá prova válida, de acordo com a permissão legal contida no art.2º. , IV, da Lei nº.9.034/95.” (CAPEZ, Fernando. Obra citada, p.502).

²⁴⁰ MAÍLLO, Alfonso Serrano. VALOR DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS COMO PRUEBA EM EL SISTEMA ESPAÑOL. NULIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA ILEGALMENTE . **Revista Brasileira de Ciências Criminais**, nº.15, p.13. , jul / set 1996.

Importante observar que o sistema espanhol exige robustos indícios de autoria além de decisão motivada do juiz que autorizou a medida, sob pena de nulidade da prova. O aspecto garantista da legislação espanhola pode ser comprovado verificando algumas decisões do Tribunal Supremo. Considerou-se nula a prova obtida quando a ordem judicial que concedeu a autorização para interceptação não foi fundamentada. Outro exemplo citado refere-se a irregularidades durante a investigação policial quando a autoridade responsável não repassou as gravações originais e sim, as cópias dos registros do áudio captado. Finalmente, considerou-se ilícita prova obtida quando o juiz instrutor autorizou a interceptação de determinado terminal telefônico para apuração de crime específico, mas a investigação aproveitou o mesmo “grampo” para coletar provas referentes a delitos distintos dos mencionados pelo magistrado²⁴¹.

Tais aspectos demonstram de um lado a rigidez para admissão da prova decorrente de interceptação telefônica naquele país, mantendo um sistema que protege os direitos e garantias individuais, por outro lado merece crítica porque em não poucos casos, em vista da complexidade do sistema, impede a obtenção de provas por esse meio, impossibilitando a permissão de se condenar delinquentes e também evitar o cometimento de crimes.

Na América Latina, o Código de Processo Penal peruano, promulgado em 29 de julho de 2004, prevê em seu artigo 230 a intervenção nas comunicações telefônicas, exigindo autorização judicial a pedido do Ministério Público para realização da medida excepcional. Requer para seu deferimento que o crime tenha como pena prevista mais de quatro anos de privação de liberdade, bem como demonstração de fortes elementos de convicção sobre a prática criminosa e absoluta necessidade do meio para as investigações. A interceptação pode recair sobre o investigado ou outras pessoas de seu relacionamento, desde que

²⁴¹ A propósito, sobre o tema, veja-se o texto original: “La Sentencia del Tribunal Supremo de 12.12.1994 absolvió por un delito contra la salud pública a quien había sido condenado por el Tribunal inferior. La razón fue que el Auto del Juez se hizo mediante un impreso existente para estos casos sin fundamentación alguna..”(..) “Se consideran igualmente ilícitas y nulas las pruebas telefónicas obtenidas cuando la Policía entre copias de las cintas grabadas, y no los originales, o presente solo parte de las conversaciones..”(..) “Son nulas las pruebas que se consiguen cuando durante las conversaciones se desprende la comisión de um delito distinto” (MAÍLLO, Alfonso Serrado. Obra citada, pp.18 e 19).

comprovada através de dados objetivos que estas pessoas transmitam comunicações sob responsabilidade do investigado. Com referência à duração, estabelece-se inicialmente o prazo de trinta dias, podendo prorrogar-se sucessivamente em caráter excepcional e por decisão motivada do juiz da investigação preparatória²⁴².

Vistos alguns exemplos do tratamento dado ao tema no direito alienígena oportuno passarmos à disciplina da matéria no direito pátrio. Foi através da Lei nº 9.296, de 24 de julho de 1996, que se regulamentou a interceptação telefônica no Brasil, descrevendo em seu artigo 1º. o exato alcance da legislação:

Art.1º. A interceptação de comunicações telefônicas, de qualquer natureza, para prova em investigação criminal e em instrução processual penal, observará o disposto nesta Lei e dependerá de ordem do juiz competente da ação principal, sob segredo de justiça.

Parágrafo único. O disposto nesta Lei aplica-se à interceptação do fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Muito clara a especificação do legislador indicando que a interceptação poderá abranger toda a persecução criminal e será autorizado pelo juiz competente, observado o segredo de justiça. O parágrafo único traz alguma dificuldade quando menciona também o fluxo de comunicações em sistemas de informática e telemática.

Tratando-se a telemática²⁴³ de gênero do qual a comunicação de dados é espécie, sendo feita por via telefônica, não se vê qualquer empecilho a sua interceptação. A própria comunicação telefônica que inclui a transmissão da voz, de imagem, de dados e de sinais, permite a sua captação desde que autorizada judicialmente. Nesse sentido Capez:

²⁴² Nuevo Código Procesal Penal, Decreto Legislativo nº.957, 4º. edição.Lima: Jurista editores, 2006, p.530.

²⁴³ Segundo o dicionário eletrônico Houaiss, telemática é a ciência que trata da transmissão, a longa distância, de informação computadorizada. (HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Manaus: Instituto Antônio Houaiss, Editora Objetiva, set. 2004. 1 CD -ROM.)

Com efeito, se a transmissão dos dados se der por telefone, não haverá nenhuma inconstitucionalidade, uma vez que comunicação telefônica é gênero que comporta as seguintes espécies: transmissão telefônica de voz, de imagem, de dados e de sinais. Se os dados forem transmitidos por telefone, nada impede sejam interceptados. A comunicação telemática insere-se nesse contexto, pois é a transmissão de dados de informática por meio do telefone²⁴⁴.

A

lguns autores referem-se à interceptação em sentido estrito e à escuta telefônica, diferenciando-as, como é o caso de CAPEZ e AVOLIO:

Combinando os elementos apontados pela doutrina, chegamos à noção, em sentido amplo, da interceptação – a captação da comunicação entre duas pessoas, executada por terceiro -, a partir da qual cumpre estabelecer algumas distinções tendo em vista as diversas modalidades de captação eletrônica das provas: a) interceptação telefônica *stricto sensu*; b) interceptação telefônica conhecida por um dos interlocutores, ou escuta telefônica...²⁴⁵.

Em vista da natureza do trabalho, a referência será feita à interceptação em sentido estrito, ou seja, é a captação da conversa por um terceiro, sem o consentimento de qualquer dos interlocutores²⁴⁶.

Questão que suscita dúvidas na *praxis* refere-se à possibilidade de obtenção de acesso ao registro das ligações telefônicas, arquivadas atra vés das respectivas operadoras, independentemente de autorização judicial. Não há dúvida de que muitas vezes a ciência das chamadas efetuadas e recebidas pode ter maior importância que o próprio teor das conversas para o desenvolvimento da investigação criminal, demonstrando toda a malha criminoso através das análises

²⁴⁴ CAPEZ, Fernando, Obra citada, p.500.

²⁴⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. PROVAS ILÍCITAS. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3º ed. São Paulo: RT, 2003, p.94.

²⁴⁶ CAPEZ, F. Idem, p.501.

das chamadas telefônicas. Com esta finalidade, pretendeu -se defender a possibilidade do acesso a estes registros pela polícia e pelo Ministério Público sem autorização judicial. Obviamente tal pretensão restou fracassada, a legislação é clara e, fornecendo o registro, estaria a operadora ferindo gravemente o direito à intimidade e à privacidade garantidas pela Constituição da República ²⁴⁷.

Alguns autores mencionam que os dados cadastrais estariam descobertos, sendo possível o acesso por parte do investigador ²⁴⁸. No caso do Estado do Paraná, tal possibilidade é vedada ²⁴⁹. As operadoras para fornecer qualquer dado cadastral, como o endereço, nome do titular da conta telefônica e outros dados exigem autorização judicial, sem a qual sequer o endereço de um assinante não divulgado no sistema de informações é fornecido, independentemente da gravidade do crime investigado.

Para a concessão da autorização para interceptação telefônica requer a legislação ordem do juiz competente para o julgamento da ação principal e indícios razoáveis de autoria. Exige também que a infração penal seja punida com reclusão e que não exista outro meio de produzir a prova, devendo ter por finalidade instruir a investigação policial ou processo criminal.

Com referência ao juiz competente, importante ressaltar que se trata do juízo competente para a persecução criminal, já que existem comarcas onde há juízos que atuam somente na fase do inquérito policial, como, por exemplo, a Vara de

²⁴⁷ BRASIL. Tribunal Regional Federal da 4ª Região. Ementa. MAS processo 2005.72.00.013027 - 1/SC, julgado em 11/10/2006, relator Elcio Pinheiro de Castro. Tem legitimidade para impetrar o mandamus a companhia telefônica que, ao reputar ilegal a ordem emanada pela Polícia Federal, para que forneça dados cadastrais de seus clientes, pretende ver reconhecido perante o Poder Judiciário seu direito líquido e certo de não prestar as informações solicitadas. O sigilo telefônico incide não apenas sobre as comunicações telefônicas propriamente ditas (regulamentada pela Lei nº 9.296/96) mas também sobre os respectivos dados e registros, constituindo projeção específica do direito à privacidade garantido na Lei Maior. Referido direito fundamental não pode ser tido como absoluto, tendo em vista a natural restrição resultante do princípio da convivência das liberdades. Para evitar possíveis abusos por parte dos órgãos estatais, a quebra de sigilo deve ser feita com observância do procedimento legalmente estabelecido, ou seja, mediante autorização judicial devidamente fundamentada, sendo demonstrada a efetiva necessidade da medida restritiva. Disponível em: < <http://www.trf4.gov.br> >. Acesso em 15 de fev. 2007.

²⁴⁸ CAPEZ, F. Idem, p.504.

²⁴⁹ A propósito, afirmando que os registros das ligações estariam acobertados pelo sigilo, mas dados cadastrais como: nome, qualificação e endereço do titular da linha telefônica não, veja-se o entendimento de: SILVA, Eduardo Araújo da. CRIME ORGANIZADO. Atlas: São Paulo: 2003, p.97.

Inquéritos da Comarca de Curitiba e Região Metropolitana. Sobre o assunto nos informa Luiz Francisco Torquato Avolio:

Sob o ponto de vista funcional, a competência para conhecer da medida cautelar é, em regra, do juiz competente para processar e julgar o processo principal. A respeito existe regra expressa no processo civil (art. 800), que não encontra supedâneo no Código de Processo Penal. A disposição ora introduzida quer enfatizar que a interceptação, particularmente, somente pode ser autorizada pelo juiz da causa. A questão assume importância nas Comarcas de maior movimento, onde atuam juízos especializados para processamento dos inquéritos e seus incidentes, como, em São Paulo, o Dipo – Departamento de Inquéritos Policiais, criado por provimentos do Conselho Superior da Magistratura, ou os juízes de plantão. Entende Luiz Flávio Gomes, invocando a posição de Damásio de Jesus, que falta a esses órgãos competência jurisdicional, já que deveriam ter sido criados por lei, ressentindo-se, pois da garantia da inamovibilidade, o que comprometeria sua independência. Para Ada Pellegrini Grinover esses juízes simplesmente substituem o juiz da causa, cabendo-lhes, pois, a autorização da medida cautelar²⁵⁰.

No que tange aos indícios, cabe ao delegado de polícia, promotor de justiça ou procurador da República estabelecer no seu pedido uma linha de raciocínio que demonstre a provável autoria ou participação na infração penal ²⁵¹.

Necessário se faz que se trate de crime apenado com reclusão, embora reste claro que a intenção do legislador foi estabelecer certa rigidez na concessão da medida. Na *praxis* ocorre prejuízo para o aparelho persecutório já que muitos delitos apenados com detenção poderiam dar ensejo a uma posterior investigação envolvendo crimes graves. Finalmente se requer a demonstração da necessidade

²⁵⁰ AVOLIO. Luiz Francisco Torquato. PROVAS ILÍCITAS. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3º ed. São Paulo: RT, 2003, p.169.

²⁵¹ GRECO Filho. Vicente. Interceptação telefônica. 2º.ed. São Paulo:Saraiva, 2006, p.27.

da obtenção da prova através deste meio, explicitando -se a dificuldade em obtê-la por outros meios, bem como é possível a utilização da medida exclusivamente na seara criminal.

Dentro de todo o ritual descrito para a obtenção e realização da medida excepcional, revelam-se de crucial interesse para a sociedade dois aspectos: o segredo de justiça da medida cautelar e o prazo estabelecido para a execução da medida.

Com referência ao primeiro aspecto, embora se discuta muito a não notificação das partes e a possibilidade da ciência aos defensores, somente após a realização da diligência, sob pena de frustrar -se a iniciativa, denota-se uma maior gravidade na divulgação por parte dos investigadores do teor das gravações através dos órgãos de imprensa. Pronunciando -se sobre o assunto, veja-se o seguinte trecho do editorial do IBCCRIM:

Decorrida uma década da vigência da Lei nº.9.296, de 1996, que cuida das interceptações de comunicação telefônica, informática e telemática, tornou-se consenso a sua insuficiência para regular a matéria e, sobretudo, coibir os abusos e ilícitos verificados, quer pela banalização da utilização da interceptação telefônica como meio de prova, quer pela falta de tratamento adequado da comunicação informática e telemática, ou ainda pela disseminação de interceptações ilícitas e divulgações, pela imprensa especialmente, de material interceptado ilicitamente ou mesmo licitamente, mas acobertado por segredo de justiça²⁵².

Tal procedimento depõe gravemente contra as Instituições democráticas, deixando uma dúvida na opinião pública quanto à seriedade dessas medidas já que expõe o investigado em troca de projeção na mídia. Estes procedimentos que vêm se tornando costumeiros na imprensa nacional provocam cada vez mais a dúvida

²⁵² A propósito, sobre a preservação das informações obtidas durante as interceptações telefônicas, veja-se o editorial: PROJETO DE LEI DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E LIBERDADE DE IMPRENSA. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 13, boletim mensal n.159, fevereiro /2006.)

quanto à eficácia e seriedade da investigação preliminar, fatores que desfavorecem em muito o trabalho realizado durante a investigação preliminar de crimes de toda espécie, mas especialmente a investigação criminal dos crimes econômicos que, em sua maioria, necessitam deste meio de busca probatória.

Derradeiro ponto reveste de dúvida o prazo permitido para duração da medida excepcional, já que a lei em seu artigo quinto fala em quinze dias, prazo prorrogável, desde que comprovada sua indispensabilidade. Embora exista ainda discussão se esta prorrogação poderia ser feita somente uma vez ou mais, persistindo por tempo bem mais longo, parece claro que a jurisprudência firmou -se pela possibilidade de renovação do prazo tantas vezes quantas forem necessárias, bastando demonstração da necessidade de continuação da medida²⁵³. Tal posicionamento demonstra-se acertado, já que, principalmente no caso da delinquência econômica, a eficácia da medida dependerá de um prazo mais longo no uso da interceptação²⁵⁴.

5.2.1.2 Interceptação ambiental.

A interceptação ambiental é um outro meio de busca probatória. Um terceiro capta o conteúdo da conversa entre dois ou mais interlocutores, ocorrida em um mesmo local ou ambiente, registrando o teor através de sistemas de gravação. Em vista da natureza deste trabalho que pretende discutir os aspectos da investigação criminal, serão analisados os requisitos da captação ou interceptação de conversa sigilosa, com autorização judicial, já que as demais modalidades referem-se à prova de plano ilícita ou realizada pelo próprio interlocutor.

No caso deste meio de obtenção de prova o ponto de discussão surge com a edição da Lei nº 10.217/01 que acrescentou o inciso IV ao art.2º. da Lei nº 9.034 de

²⁵³ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. O entendimento firmado no STF é no sentido da possibilidade da prorrogação do prazo caso necessário para as investigações, desde que devidamente fundamentado. Nesse sentido ver as seguintes decisões: RHC 88371/SP, Min. Gilmar Mendes, julgado em 14/11/2006; HC 83515/RS, Min. Nelson Jobim, julgado em 04/03/2005 e HC 84301/SP, Min. Joaquim Barbosa, julgado em 24/03/2006. Disponível em <<<http://www.stf.gov.br>>>. Acesso em 14 de fev. de 2007.

²⁵⁴ CAPEZ, Fernando. Obra citada. p. 513.

1995, que dispõe sobre a utilização de meios operacionais para a prevenção e repressão de ações praticadas por organizações criminosas, que assim dispôs:

Art.2º. Em qualquer fase de persecução criminal são permitidos, sem prejuízo dos já previstos em lei, os seguintes procedimentos de investigação e formação de provas:

...

IV – a captação e a interceptação ambiental de sinais eletromagnéticos, óticos ou acústicos, e o seu registro e análise, mediante circunstanciada autorização judicial;

Ocorre que a Constituição da República quando excepcionou o direito à intimidade e à vida privada o fez somente com referência à interceptação telefônica, não mencionando a captação ambiental, logo não há previsão constitucional para tal regulamentação infraconstitucional. Desta forma, encontram-se autores que consideram a obtenção de prova por este meio lícita, desde que com autorização judicial²⁵⁵. Outros entendem que, mesmo com autorização do magistrado, estaríamos diante de uma prova ilícita já que o próprio inciso quarto da lei nº 10.217/01 carece de permissivo constitucional²⁵⁶.

Esta modalidade de coleta probatória, na maioria dos casos, permite o fortalecimento do conjunto indiciário, mormente quando reside na captação de imagens. Desta forma, é deveras preocupante prescindir-se dela, principalmente quando se trata de investigações que visam à repressão de ações praticadas por organizações criminosas. Frise-se que tal recurso é muito utilizado nas investigações que apuram delitos socioeconômicos, principalmente nos casos conexos envolvendo crimes ambientais e de corrupção passiva.

Entretanto, mesmo admitindo a necessidade por parte do aparelho estatal ocupado da persecução penal da utilização deste meio probatório, comunga-se do entendimento que vê neste permissivo legal uma ampliação demasiada do texto constitucional, avançando de maneira abrupta sobre a questão da proteção dos

²⁵⁵ AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. Obra citada, p.207.

²⁵⁶ SILVA, Eduardo Araújo da. CRIME ORGANIZADO. São Paulo: Atlas,2003, p.104.

direitos à intimidade, ultrapassando os limites da atividade legiferante. Neste caso, parece que, dentro do binômio razão da sociedade *versus* direitos e garantias individuais, fica-se com os últimos²⁵⁷.

Tocando nesta questão que pode ser considerada um dos principais problemas, quando surgem por parte do Estado iniciativas visando uma maior eficácia da investigação preliminar no processo penal, dever-se-ia ter o fiel da balança apontando para um ponto de equilíbrio. Deixando de lado as medidas que, de pronto, demonstram a natureza eminentemente demagógica da legislação, restam propostas que traduzem a preocupação do legislador em atender aos reclamos da sociedade e principalmente dos operadores do direito. Dentro desta óptica que busca um ponto de equilíbrio entre as razões de Estado de um lado e a preservação dos direitos e garantias individuais do outro é que deveria ser conduzido o espírito que rege a persecução criminal, mormente a investigação criminal²⁵⁸.

Face à importância deste recurso probatório no desenvolvimento das investigações preliminares no processo penal, para qualquer dos entes autorizados que a esteja conduzindo, pareceria acertado que a legislação brasileira demonstrasse um maior interesse no tema, começando por disciplinar de uma forma mais específica os meios que excepcionam o direito à vida privada e à intimidade prevista na Constituição da República.

No moderno Código de Processo Penal Peruano, encontramos em seu artigo 207 os pressupostos e a forma de execução de medidas que impliquem registros de

²⁵⁷.A propósito, demonstrando preocupação com o tema, veja-se o seguinte trecho doutrinário: "Ressalte-se que o presente trabalho poderia vir a lume tomando como objeto simplesmente a função judicial e as características cautelares das medidas em espécie. Inobstante tal não deixe de ser feito, mostrou-se, com o desenvolvimento do estudo, ser inarredável a abordagem acerca do papel desempenhado pelo legislador em relação aos direitos do acusado, não se olvidando, também, de buscar demonstrar os limites da atividade legiferante em tema de direitos fundamentais, pois a potestade legislativa manifesta-se multifacetada: pode, num dado momento, mostrar-se a serviço da defesa dos direitos e garantias fundamentais e, n um outro, imediatamente posterior, negá-los peremptoriamente". (Câmara, Luiz Antonio. *Prisão e Liberdade Provisória*. Curitiba: Juruá, 1997, p.19).

²⁵⁸Tratando do assunto prisão provisória nos alerta Câmara: "A compatibilização mostra-se imprescindível em razão de que, atualmente, inexistente equilíbrio: a balança pende para as pretensas razões da sociedade, ganhando vulto o aparelho repressivo do Estado. É fundamental encontrar o *juste-milieu* entre tais extremos." (Câmara, Luiz Antonio. *Prisão e Liberdade Provisória*, Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar. Curitiba: Juruá, 1997, p.22).

imagens, fotografias e outros meios técnicos com finalidade de investigação, especificando de forma exaustiva a concessão e o desenvolvimento da medida²⁵⁹.

Também nos informa Araújo da Silva sobre a interceptação ambiental na Alemanha e nos Estados Unidos da América:

Na Alemanha, onde a medida somente pode ser decretada para a apuração de crimes graves (tráfico de drogas, tomada de reféns, seqüestro, terrorismo, assassinio com agravantes e infrações suspeitas de ligação com o crime organizado), um colégio de três juízes autoriza a instalação dos equipamentos, com duração limitada a quatro semanas, sem prejuízo de eventual renovação. Nos Estados Unidos da América, em razão da freqüente utilização dessa estratégia de investigação e para afastar a desconfiança geral da população, foi criado o *Wire Tape Report*, que determina a publicação trimestral pela Justiça Federal de um relatório pormenorizado sobre todos os casos de vigilância eletrônica, os motivos para sua implantação, duração, número de pessoas vigiadas, detenções e de condenações obtidas por esse meio de vigilância²⁶⁰.

Portanto, tendo em vista a utilização cada vez maior dos meios de captação de som e imagens durante o procedimento investigatório, por conta do desenvolvimento tecnológico que diariamente lança novos equipamentos no mercado que possibilitam tais ações a custo mais acessíveis, é de se esperar que a sua tímida regulamentação ganhe maior atenção nos próximos anos.

Um dos maiores problemas quando tratamos do crime socioeconômico refere-se à dificuldade da obtenção da prova, tanto é que Tiedemann propõe inclusive a renúncia ao elemento resultado dentro do tipo penal, mencionando a proposta do Congresso do Cairo que recomenda a substituição dos delitos de resultado, ou dano, pelos de perigo²⁶¹. Nesta esteira deve-se refletir se não seria melhor procurar resolver o problema da prova no caso dos delitos socioeconômicos

²⁵⁹ Nuevo Código Procesal Penal. Obra citada, p. 521. Ver também elogio ao Código Penal peruano, por João Marcello de Araújo Junior, Dos Crimes Contra a Ordem Econômica, p.38.

²⁶⁰ SILVA, Eduardo Araújo da. Obra citada, p.103.

²⁶¹ Araújo Jr., João Marcello de. Obra citada, p.20

pela óptica processual penal, melhorando as disposições legais que regem a matéria referente aos instrumentos de busca probatória, assegurando um ponto de equilíbrio baseado no princípio da proporcionalidade²⁶².

5.2.2 O Sigilo Bancário e Fiscal.

Embora existam antecedentes históricos alicerçados no ordenamento jurídico brasileiro desde 1850, com referência à questão do sigilo bancário e fiscal, parece que, ao incluir no artigo quinto da Constituição da República os incisos X e XII, deixou claro o legislador constituinte a manutenção do direito à intimidade e ao sigilo de dados, o que fez nos seguintes termos²⁶³:

X – são invioláveis a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas, assegurado o direito a indenização pelo dano material ou moral decorrente de sua violação;

...

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 penal²⁶⁴.

²⁶² Veja-se, a propósito, o seguinte trecho doutrinário: "Para a solução do conflito interesses estatais – direitos individuais na apuração da criminalidade organizada, deve-se buscar um ponto de equilíbrio a ser norteado pelo princípio da proporcionalidade, quer no campo da produção legal, quer pelos operadores do direito. Outrossim, cuidando-se de restrição de direitos fundamentais (intervenção restritiva mínima), bem como deverá ter como limite absoluto o respeito à dignidade humana" (SILVA, E.A., *Idem*, p.160).

²⁶³ CHIAPPINI, Carolina e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Sigilo Bancário e Fiscal no Direito Brasileiro. Sigilo Fiscal e Bancário*, Coordenadores Reinaldo Pizolio e Jayr Viégas Gavalhão Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2005.p.397.

²⁶⁴ Demonstrando a discussão em torno do tema, veja-se a seguinte posição: "A falta de rigor técnico do legislador constituinte ao optar pela expressão geral "sigilo de dados", suscitou dúvidas e acirradas discussões doutrinárias acerca do tipo de informação tutelada pelo Legislador Constituinte através do inciso XII da CF/88. A doutrina, buscando a melhor exegese do mencionado dispositivo constitucional, se dividiu em basicamente duas correntes majoritárias, uma manifestando o entendimento de que o legislador constituinte utilizou-se apropriadamente da expressão "sigilo de dados" como (gênero), com a finalidade de resguardar as espécies sigilo bancário e fiscal; e a outra, considerando que o sigilo bancário e fiscal estaria amparado apenas pelos princípios consagrados pelo inciso X da CF, defendendo a idéia de que o inciso XII visa

Em uma primeira análise, é possível concluir inclusive a impossibilidade da quebra do sigilo bancário ou fiscal, mesmo com autorização judicial, já que o texto excepciona somente o último caso, especificamente “comunicações telefônicas”. Entretanto não se pode levar ao extremo a interpretação literal do texto, havendo entendimento majoritário que, no caso de necessidade extrema e comprovada, obedecendo aos princípios da proporcionalidade e da vinculação²⁶⁵ estaria tal restrição permitida, desde que submetida ao crivo do Poder Judiciário enquanto responsável pela segurança jurídica do sistema, ressalvada a prerrogativa das CPIs²⁶⁶.

Esta era a disposição da Lei nº. 4.595/1964 que disciplinava a matéria referente às informações prestadas por instituições financeiras, prevendo que somente poderiam ser reveladas através de ordem judicial ou solicitação do Poder Legislativo.

Apesar de posicionamentos críticos, a edição da Lei nº. 105, de 10 de janeiro de 2001, revogou a Lei de 1964 e estabeleceu a possibilidade de acesso às informações sigilosas por autoridades administrativas independentemente de ordem judicial. Levando em consideração também a importância deste recurso para o desenvolvimento da investigação preliminar de crimes econômicos, surge, no cenário jurídico nacional, acirrada discussão sobre a quebra do sigilo bancário e fiscal, mormente em vista da relevância do tema para as ações dos órgãos de arrecadação do Estado.

tutelar a comunicação de dados e não os dados em si”. (CHIAPPINI, C e PEIXOTO, M.M. Obra citada, p.404).

²⁶⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa, HC 86094/ PE. Relator Ministro Marco Aurélio, julgamento 20/09/05 -DJ 11-11-2005. A regra, constante do rol constitucional de garantias do cidadão, é a manutenção de privacidade, cujo afastamento corre à conta da exceção. O princípio da vinculação resulta na necessidade imperiosa de os pronunciamentos judiciais serem fundamentados. Implicando o afastamento de garantia constitucional - intangibilidade de dados relativos à pessoa -, indispensável é a análise dos parâmetros do caso concreto, fundamentando o Estado-Juiz a decisão. STF Disponível em: <http://www.stf.gov.br/Acesso> em 19 de dez. 2006.

²⁶⁶ A propósito, veja-se a seguinte passagem doutrinária: “A quebra do sigilo telefônico sim, esta só por ordem judicial, nos casos de investigação criminal ou instrução de processo penal. Se a lei comum atropelasse esta drástica disposição, então sim, sobreviria a antevista inconstitucionalidade. Mas o que se desenha, com nitidez, é que esta disposição, no tocante aos dados, não foi atingida pela ressalva da parte final do texto do inciso XII.” (RIBEIRO, Luiz Antonio de Oliveira. Sigilo Fiscal e Bancário. Sigilo Fiscal e Bancário, Coordenadores Reinaldo Pizolio e Jayr Viégas Gavalhão Jr. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.312).

Sendo assim, sem migrar para questões alheias à investigação criminal, pretende-se tratar de assuntos pertinentes a este meio de busca probatória, por um lado de significância incisiva no desenvolvimento de investigações criminais que buscam esclarecer crimes econômicos, por outro lado, que interferem de forma aguda na atividade empresarial.

5.2.2.1 A investigação criminal e o sigilo bancário.

Quando o Estado, através de seus agentes, desenvolve atividade de investigação criminal envolvendo delitos socioeconômicos, logo de início acaba se defrontando com a questão do sigilo bancário. Tal fato decorre da natureza das ações praticadas que não raramente se materializam na forma de transações financeiras através de Instituições bancárias.

Com exceção das CPIs que, neste aspecto, levam vantagem enquanto dotadas de prerrogativa para solicitar informações bancárias independentemente de autorização judicial, tanto o Ministério Público como a Polícia Judiciária enfrentam o árduo mas necessário direito à privacidade dos dados bancários, sendo necessárias justificativa, especificação e motivação da solicitação de tal medida para quebra desta espécie de sigilo²⁶⁷.

Mas quando falamos em sigilo bancário precisamos ter uma noção segura de sua dimensão, para isso lançamos mão da definição proposta por Covello, segundo a qual, “o sigilo bancário é obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a obter em virtude de sua atividade profissional”²⁶⁸.

A questão no patamar investigatório é deveras relevante, pois em alguns casos é necessário ao órgão encarregado da investigação obter dados de pessoas físicas ou jurídicas que não estão na posição de investigados, mas sim, na categoria de lesados, sendo necessária a verificação de informações bancárias até para dimensionar o grau de lesão ao bem jurídico tutelado. Neste aspecto causa

²⁶⁷ RIBEIRO, Luiz Antonio de Oliveira. Obra citada, p.312.

²⁶⁸ Conforme descreve Melissa Folmann. Sigilo Bancário e Fiscal, 2º.ed.Curitiba:Juruá, 2006,p.92.

perplexidade que a própria vítima, necessitando da apuração da infração penal, deva sujeitar-se a uma eventual quebra de sigilo bancário, tamanho é o rigor da proteção ao sigilo.

No entanto, enquanto imperativo constitucional, independentemente da posição que o detentor dos dados guarde no contexto da investigação preliminar, faz-se mister a autorização judicial para obter as informações necessárias.

5.2.2.2 As prerrogativas dos órgãos investigativos.

Conforme já foi mencionado no início deste trabalho, embora não exista legislação específica atribuindo tal função ao Ministério Público, é fato que já há muito tempo vêm os membros do *parquet* realizando investigação criminal, inclusive com respaldo dos Tribunais Superiores. Por isso, é lúcido e viável concluir que atualmente no Brasil três Instituições protagonizam a investigação preliminar no processo penal. São elas: a Polícia Judiciária, as Comissões Parlamentares de Inquérito e o Ministério Público. Logo, pretende-se aqui analisar as suas especificidades no que tange à obtenção de dados bancários.

Importante ressaltar que a natureza da prova obtida através de dados bancários tem um caráter peculiar. Do ponto de vista investigatório, trata-se de um meio que, apesar de não requerer estrutura logística para sua obtenção, quando deferida, carrega aos responsáveis pela diligência uma gama de informações de grande importância. Além de possibilitar um acesso de natureza quantitativa, vias de regra, agregam um grau qualitativo, já que são argumentos de difícil contestação quando fornecidos pelas Instituições bancárias. Tratando de investigação preliminar relacionada à delinquência clássica tais questões devem ser consideradas, mas no que se refere a crimes econômicos, associados à criminalidade organizada e à lavagem de dinheiro, não restam dúvidas de que a possibilidade de quebra do sigilo bancário torna-se a principal prova. E esta necessidade de dispor de dados bancários para compor o mosaico da persecução criminal vem sendo permitida inclusive em países que tradicionalmente não cediam no que se refere ao sigilo bancário, conforme leciona RIBEIRO: Eis que até mesmo a Suíça foi levada, em

1990, a introduzir o crime de lavagem de dinheiro no seu Código Penal e a subscrever as convenções bilaterais que prevêem a derrogação do sigilo bancário para combater a reciclagem de dinheiro ilícito ²⁶⁹.

Esta característica provoca duas conseqüências notórias: primeiro, não só a Polícia Judiciária solicita esta medida, mas principalmente o Ministério Público e as CPIs, já que estes últimos não detêm o aparato logístico que é próprio dos órgãos policiais. Segundo, a frequência com que se recorre a tal instrumento cresceu vertiginosamente, já que se trata de um meio indiscutivelmente eficaz no que se refere à busca probatória.

Deste modo, cada instituição passou a realizar suas investigações criminais invariavelmente lançando mão da quebra do sigilo bancário dos investigados, havendo diferenciação quanto às prerrogativas que cada Instituição entende deter, como, por exemplo, no caso do *parquet*, que pretende informações bancárias independentemente de autorização judicial. Neste aspecto, será tarefa dos Tribunais limitarem as aspirações dos sujeitos da investigação de forma individualizada ²⁷⁰.

Uma das principais discussões referiu-se à possibilidade de as CPIs obterem informações bancárias sigilosas diretamente das instituições financeiras, ausente a manifestação do Judiciário. Por força do artigo 58, § 3º. da Constituição da República foram conferidos aos parlamentares “poderes de investigação próprios das autoridades judiciais”, motivo pelo qual, logo após a promulgação do texto legal, as primeiras Comissões entenderam deter a prerrogativa de decretar todas as espécies de medidas cautelares durante as suas investigações preliminares.

²⁶⁹ RIBEIRO, L. A. de O. Obra citada, p.308.

²⁷⁰ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. A propósito das prerrogativas do MP veja-se a seguinte ementa proferida no RE-AgR 318136, relator Min. Cezar Peluso, julgado em 12/09/2006: RECURSO. Extraordinário. Inadmissibilidade. Instituições Financeiras. Sigilo bancário. Quebra. Requisição. Ilegitimidade do Ministério Público. Necessidade de autorização judicial. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar a agravante a pagar multa ao agravado. Disponível em << <http://www.stf.gov.br> >>. Acesso em 14 de fev. 2007.

Houve a necessidade de intervenção do Judiciário para deixar claro que, embora com poderes próprios das autoridades judiciais, não poderia haver o afastamento da análise do Juiz, até por uma questão de ofensa ao princípio da separação dos poderes. Por intermédio de reiteradas decisões, os Tribunais fixaram entendimento no sentido de que as prisões somente poderiam ocorrer em virtude de ordem judicial, bem como as interceptações telefônicas e diligências de busca e apreensão também seriam realizadas nos moldes de quaisquer outras investigações preliminares, ou seja, por ordem judicial. Apenas no que se refere à quebra do sigilo das informações telefônicas (acesso aos registros telefônicos) e bancárias estaria o ato da CPI isento do crivo jurisdicional²⁷¹.

Estas nefastas interpretações não teriam ocorrido se o legislador constituinte houvesse utilizado a denominação mais apropriada de “autoridades investigatórias” e não inserisse no texto constitucional a expressão “autoridades judiciais”. Parece claro que o legislador quis referir-se aos atos de condução da investigação preliminar, mas em momento algum deferiu ao parlamentar a possibilidade de decisão aos moldes da judicatura. Ao acatar o entendimento que as CPI's professavam, adotar-se-ia um sistema inquisitório no ordenamento processual penal, possibilitando o abandono de diversos direitos e garantias fundamentais previstos no mesmo texto.

Com referência à impropriedade deste parágrafo no que se refere ao termo utilizado para definir a posição do parlamentar na investigação, ela já foi manifestada no primeiro capítulo desta dissertação, sendo claro que se amolda à

²⁷¹ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa, MS 23455/DF, Rel. Min. Néri da Silveira, julgamento 24/11/99, DJ 07-12-2000. Mandado de segurança. Ato do Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito do Senado Federal e do Presidente do Banco Central do Brasil. 2. Desbloqueio de proventos do impetrante depositados em sua conta corrente no Banco do Brasil S.A. 3. Liminar deferida para suspender, até o final julgamento do mandado de segurança, a indisponibilidade dos valores relativos aos proventos de aposentadoria. 4. Relevantes os fundamentos do pedido e *periculum in mora*. Caráter alimentar dos proventos de aposentadoria. 5. Parecer da Procuradoria-Geral da República pelo deferimento do *writ*. 6. Afastada preliminar de incompetência do S.T.F. 7. Entendimento do STF segundo o qual as CPIS não podem decretar bloqueios de bens, prisões preventivas e buscas e apreensões de documentos de pessoas físicas ou jurídicas, sem ordem judicial. Precedentes. 8. Mandado de segurança deferido, de acordo com a jurisprudência do STF, para anular o ato da CPI, que decretou a indisponibilidade dos bens do impetrante, explicitando-se, porém, que os bens do requerente continuarão sujeitos à indisponibilidade antes decretada pelo Juiz Federal da 12ª Vara da Seção Judiciária de São Paulo, em ação civil pública, sobre a matéria. Disponível em <<http://www.stf.gov.br>>. Acesso em 26/10/2006.

figura do investigador, sujeito, portanto, a controle por parte do Judiciário de acordo com o sistema acusatório.

O único aspecto que acabou sendo confirmado pela Lei Complementar nº 105, de 10 de janeiro de 2001 foi a possibilidade da obtenção de dados bancários sigilosos independentemente de autorização judicial, nos seguintes termos:

Art.4º. O Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários, nas áreas de suas atribuições, e as instituições financeiras fornecerão ao Poder Legislativo Federal as informações e os documentos sigilosos que, fundamentadamente, se fizerem necessários ao exercício de suas respectivas competências constitucionais e legais.

§ 1º. As comissões parlamentares de inquérito, no exercício de sua competência constitucional e legal de ampla investigação, obterão as informações e documentos sigilosos de que necessitarem, diretamente das instituições financeiras, ou por intermédio do Banco Central do Brasil ou da Comissão de Valores Mobiliários ²⁷².

Tal dispositivo infraconstitucional, embora a lei venha sendo objeto de Ações Diretas de Inconstitucionalidade (ADIn)²⁷³, tem possibilitado às CPI's obterem informações direta e independentemente do crivo jurisdicional, sendo improvável a reversão de tal entendimento. A propósito decidiu o Supremo Tribunal Federal:

A quebra do sigilo fiscal, bancário e telefônico de qualquer pessoa sujeita a investigação legislativa pode ser legitimamente decretada pela Comissão Parlamentar de Inquérito, desde que esse órgão estatal o faça mediante deliberação adequadamente fundamentada e na qual indique a necessidade objetiva da adoção dessa medida

²⁷² Códigos Penal, Processo Penal e Constituição Federal. 2º.ed.São Paulo:Saraiva, 2006, pg.831.

²⁷³ “Como exemplos, ADIn 2386, proposta em 12.01.2001 pela Confederação Nacional do Comércio; ADIn 2390, proposta em 15.01.2001, pelo Partido Social Liberal; ADIn 2397, proposta em 30.01.2001 pela Confederação Nacional da Indústria”.(MINATEL, José Antonio.Sigilo Bancário x Sigilo Fiscal: Impossibilidade de Aplicação Retroativa da Lei 10.174/01 para Exigência de Imposto de Renda com Base nas Informações da CPMF.In:Reinaldo Pizolio e Jayr Viégas Gavalhão Jr.(Coordenadores): Sigilo Fiscal e Bancário.São Paulo:Quartier Latin, 2005,p. 248-270.

extraordinária. O princípio constitucional da reserva de jurisdição - que incide sobre as hipóteses de busca domiciliar (CF, art. 5º, XI), de interceptação telefônica (CF, art. 5º, XII) e de decretação da prisão, ressalvada a situação de flagrância penal (CF, art. 5º, LXI) - não se estende ao tema da quebra de sigilo, pois, em tal matéria, e por efeito de expressa autorização dada pela própria Constituição da República (CF, art. 58, § 3º), assiste competência à Comissão Parlamentar de Inquérito, para decretar, sempre e em ato necessariamente motivado, a excepcional ruptura dessa esfera de privacidade das pessoas. O inquérito parlamentar, realizado por qualquer CPI, qualifica-se como procedimento jurídico-constitucional revestido de autonomia e dotado de finalidade própria, circunstância esta que permite à Comissão legislativa - sempre respeitados os limites inerentes à competência material do Poder Legislativo e observados os fatos determinados que ditaram a sua constituição - promover a pertinente investigação, ainda que os atos investigatórios possam incidir, eventualmente, sobre aspectos referentes a acontecimentos sujeito a inquéritos policiais ou a processos judiciais que guardem conexão com o evento principal objeto da apuração congressional ²⁷⁴ .

Com tal disposição, o legislador dotou as CPIs de poderoso instrumento probatório, atribuindo maior celeridade e liberdade à investigação promovida pelo Legislativo. Por outro lado, deixou a desejar na parte que toca ao ordenamento jurídico nacional que já havia sedimentado a questão do sigilo bancário como direito fundamental à privacidade e à intimidade, somente excepcionado por medida judicial.

Tal aspiração também acometeu o Ministério Público no que se refere à busca probatória através da quebra do sigilo bancário. Logo e em seguida às disposições constitucionais que concederam ao *parquet* o controle externo da

²⁷⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa, MS 23639/DF, Min. Celso de Mello, julgamento 16/11/2000, DJ16-02-2001. Disponível em: <<http://stf.www.stf.gov.br>>. Acesso em : 26 out. 2006.

atividade policial, e às edições das Leis nºs 75/93 e 8.625/93, passou o promotor de justiça a conduzir investigações criminais no âmbito federal e estadual.

Não só porque a quebra do sigilo traz uma eficácia considerável ao procedimento, mas também em vista da ausência de outros recursos operacionais na estrutura do Ministério Público, seria previsível que haveria utilização deste meio em abundância nas suas investigações. Desta forma, protestou também o promotor pela obtenção de informações sigilosas independentemente de autorização judicial, pretendendo atropelar o direito fundamental à intimidade e à privacidade prevista na Constituição da República.

Em face de imediata intervenção do Judiciário, de plano restou clara a impossibilidade do Ministério Público em obter informações diretamente das instituições financeiras. Embora reconhecida a sua prerrogativa investigatória, a nos moldes da Polícia Judiciária deveria trilhar os mesmos caminhos na obtenção de tais provas, qual seja, o crivo jurisdicional²⁷⁵.

Hoje, decorridas quase duas décadas da promulgação da Constituição da República, embora grande parte do Judiciário reconheça a possibilidade de o promotor de justiça conduzir investigações preliminares, suas prerrogativas quanto à obtenção de medidas cautelares são semelhantes às concedidas à Polícia Judiciária. Nesse sentido o magistério de REALE e MARTINS:

Assim, exceção às CPIs, para as quais são inerentes poderes próprios de investigação judicial por outorga constitucional, não podem outros órgãos, poderes ou entidades não autorizados pela Lei Maior, quebrar o sigilo bancário e, pois, afastar o direito à privacidade independente de autorização judicial, a pretexto de

²⁷⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Ementa do Re-AgR n. 318136/RJ,relator Min.Cezar Peluso,julgamento 12/09/2006,Inadmissibilidade. Instituições Financeiras. Sigilo bancário . Quebra. Requisição. Ilegitimidade do Ministério Público. Necessidade de autorização judicial. Jurisprudência assentada. Ausência de razões novas. Decisão mantida. Agravo regimental improvido. Nega-se provimento a agravo regimental tendente a impugnar, sem razões novas, decisão fundada em jurisprudência assente na Corte. 2. RECURSO. Agravo. Regimental. Jurisprudência assentada sobre a matéria. Caráter meramente abusivo. Litigância de má-fé. Imposição de multa. Aplicação do art. 557, § 2º, cc. arts. 14, II e III, e 17, VII, do CPC. Quando abusiva a interposição de agravo, manifestamente inadmissível ou infundado, deve o Tribunal condenar a agravante a pagar multa ao agravado. Disponível em: < <http://www.stf.gov.br>>. Acesso em: 26 out.2006.

fazer prevalecer o interesse público, *maxime* quando não têm o dever de imparcialidade por serem PARTE na relação mantida com o particular²⁷⁶.

Finalmente, com referência à atuação da Polícia Judiciária, não houve modificações no que se refere à obtenção de informações bancárias sigilosas, pois, de acordo com o artigo 1º.º4º. da Lei nº 105/01,

A quebra de sigilo poderá ser decretada, quando necessária para apuração de ocorrência de qualquer ilícito, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial, e especialmente nos seguintes crimes:

- I- terrorismo;
- II- de tráfico ilícito de substâncias entorpecentes ou drogas afins;
- III- de contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção;
- IV- de extorsão mediante seqüestro;
- V- contra o sistema financeiro nacional;
- VI- contra a Administração Pública;
- VII- contra a ordem tributária e a previdência social;
- VIII- lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores;
- IX- praticado por organização criminosa²⁷⁷.

Existe entendimento pacífico sobre a necessidade da indicação de elementos mínimos demonstrando a prática delituosa. Além disso, deve o requerente estar atendendo ao interesse público e demonstrar que não há outro meio para obter aquele conjunto probatório imprescindível ao descobrimento da verdade. Existe, no entanto, uma lacuna procedimental, já que o legislador deixou de estabelecer procedimento próprio para solicitação da quebra do sigilo bancário.

²⁷⁶ REALE, Miguel e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário. Sigilo Fiscal e Bancário. Pizolio, R. e Gavalhão Jr., J.V. Obra citada, p.55.

²⁷⁷ Código Penal, CPP e Leis Especiais criminais. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.1068.

Desta forma, o entendimento é de que se deva recorrer por analogia ao disposto no art.2º. , inciso II, da Lei nº 9.296/96 que regula as questões referentes a interceptações telefônicas²⁷⁸.

5.2.2.3 O Sigilo bancário da pessoa jurídica.

Quando se fala em investigação criminal dentro da órbita do Direito Penal clássico, em sua maioria os atos têm como objeto a pessoa física, até em decorrência da natureza do injusto. Não se quer dizer com tal afirmação que eventualmente não se defronte o seu protagonista com a necessidade de medidas no âmbito da pessoa jurídica, como, por exemplo, nos crimes de estelionato e outras fraudes.

No entanto, quando se trata de crimes econômicos, em sua maioria, encontra-se o ente jurídico — a empresa — o qual, quando não está diretamente ligado ao pólo passivo da relação investigatória, é utilizado exhaustivamente para a prática criminosa. Existem inclusive empresas criadas para tal finalidade, no caso específico da lavagem de dinheiro.

Em vista deste panorama, é de relevante importância estabelecer os critérios do sigilo bancário perante a pessoa jurídica, já que, no caso da investigação preliminar de crimes socioeconômicos, esta ferramenta certamente será utilizada .

Analizando esta questão, observa-se na doutrina pátria um posicionamento nada pacífico. A pretexto de entender que a pessoa jurídica seria desprovida de “intimidade” e de “vida privada”, parte da doutrina professa que não há que se falar no sigilo bancário do ente abstrato, já que a decorrência natural do inciso X do artigo 5º. da Carta Magna não teria aplicação à pessoa jurídica. Portanto, em vista da impossibilidade natural do reconhecimento da “intimidade” e da “vida privada” não seria possível admitir o sigilo das suas operações bancárias, já que decorrente daqueles atributos fundamentais. Este é o posicionamento de Marco Aurélio Greco:

²⁷⁸ SILVA, da. E.A. Obra citada, p.108.

Diante destas duas alternativas, entendo que a primeira é mais consentânea com o dispositivo constitucional que resguarda a intimidade e a vida privada, pois estes são conceitos atinentes à dimensão interna da entidade (pessoa) e denotam valores que são típicos da pessoa humana. Por isso, não se aplicam às pessoas jurídicas pois estas são criações abstratas do Direito e, na sua dimensão interna não possuem intimidade (a não ser que se utilize esta palavra num sentido figurado) ²⁷⁹.

Já a corrente contrária admite a manifestação dos atributos do inciso X, artigo 5º. da Constituição da República perante o ente abstrato, portanto possível a oposição do sigilo bancário por parte da empresa, nos mesmos termos da pessoa física, excepcionando tal direito fundamental somente nos casos especificados na legislação infraconstitucional ²⁸⁰.

Em que pese a alegação de parte da doutrina no sentido de negar ao ente abstrato direito ao sigilo, nas palavras de Greco, “Por isso, entende -se que, posicionando-se a questão do sigilo no inciso X do artigo 5º. Da CF/88 (e não no seu inciso XII), a proteção constitucional não alcança as pessoas jurídicas”, vê-se como inconcebível negar tal prerrogativa constitucional. Admitindo a possibilidade da oposição do sigilo de dados posiciona -se Melissa Folmann, entendendo que os Direitos e Garantias Fundamentais estendem -se às pessoas jurídicas ²⁸¹.

5.2.2.4 O Sigilo fiscal.

No presente estudo parte-se do pressuposto de que existe diferença de natureza entre o sigilo bancário e fiscal. Enquanto aquele se refere “à obrigação que têm os bancos de não revelar, salvo justa causa, as informações que venham a

²⁷⁹ GRECO, Marco Aurélio. Sigilo do Fisco e perante o Fisco. PIZOLIO, R. e GEVALDÃO JR., J.V., coordenadores, Obra citada, p. 81).

²⁸⁰ A propósito, veja-se a seguinte passagem doutrinária: “Conclusivamente, tem -se que os Direitos Fundamentais se compõem de direitos propriamente ditos e garantias, os quais têm como destinatárias as pessoas físicas e as pessoas jurídicas, estas no que for compatível com sua natureza”. (FOLMANN, Melissa. Sigilo Bancário e Fiscal. 2º.ed. Curitiba: Juruá, 2006, p.43).

²⁸¹ FOLMANN, Melissa. SIGILO Bancário e Fiscal. Curitiba: Juruá, 2006, pp.42, 108.

obter em virtude de sua atividade profissional”²⁸², no que se refere ao sigilo fiscal, adota-se o pensamento de CHIAPPINI e PEIXOTO:

Sigilo fiscal, por seu turno, está disciplinado nos artigos 198 e 199 do Código Tributário Nacional e direciona-se aos agentes públicos, às autoridades e funcionários das administrações públicas. Consubstancia-se no dever de sigilo das informações de natureza fiscal do contribuinte, no exercício da atividade profissional da Fazenda Pública ou de seus servidores, excetuando o dever de sigilo, em face de regular requisição da autoridade administrativa, desde que comprovada a pendência de processo administrativo²⁸³.

Dentro desta perspectiva, com a entrada em vigor da Lei Complementar nº 105 de 10 de janeiro de 2001, permitiu o legislador a obtenção de informações por parte da autoridade administrativa fiscal nos termos do artigo 2º., §§ 1º. e 2º.

Passou o Estado a conferir a prerrogativa à autoridade administrativa em obter informações fiscais e bancárias diretamente das instituições financeiras independentemente de autorização judicial.

Embora os dois atuais encarregados da investigação criminal, leia-se delegado de polícia e promotor de justiça, necessitem da intervenção judicial, tal inovação permite, além das CPIs, que determinadas autoridades fiscais administrativas obtenham as informações ausente o crivo jurisdicional.

Não há dúvida de que, no afã de combater a evasão fiscal, incorreu o legislador em nítido favorecimento do Estado em comparação à posição do contribuinte, deixando-o alijado de suas garantias fundamentais no que se refere ao sigilo.

Desta forma, conclui-se com CHIAPPINI E PEIXOTO, no sentido da impropriedade da Lei nº. 105 de 2001:

²⁸² SILVA, Eduardo Araújo da. Obra citada, p.106.

²⁸³ CHIAPPINI, Carolina e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. Obra citada, p.402.

É indiscutível que a Lei Complementar gerou um desequilíbrio entre o direito ao sigilo bancário e os interesses do Estado, evidenciando claramente que os interesses em jogo não são os do Estado como ente público que tem como objetivo a concretização de uma sociedade justa e igualitária, mas, sim a voracidade do ente tributante ao utilizar todos os subterfúgios disponíveis para eliminar os obstáculos constitucionais, para aumentar a arrecadação ²⁸⁴.

5.2.3 A Delação Premiada.

A origem moderna do instituto do réu colaborador parece estar ligada ao direito anglo-saxão. Na Inglaterra e também no direito estadunidense encontra-se relato de diversos casos em que houve a barganha entre o réu e o promotor público, permitindo, por um lado, solução de casos penais e, por outro, isenção do delator da persecução penal. Tais relatos demonstram como surgiu a aceitação deste tipo de prova, procedimento que se tornou muito comum nos países da *common law*²⁸⁵.

Outro ponto de derivação mais próximo da nossa realidade teria sido o direito italiano, em que surgiu o fenômeno dos *pentiti* inicialmente utilizado para combater o terrorismo praticado pelas Brigadas Vermelhas e posteriormente pela Máfia. Não só em virtude do sistema jurídico nacional derivado do sistema romano-germânico, mas também em função da ligação mais estreita com aquele país, é provável que o legislador brasileiro tenha ido buscar no ordenamento italiano as idéias que propiciaram a inserção do instituto da delação premiada no Brasil. Assim nos ensina COUTINHO:

Tome-se um exemplo italiano: o artigo 348 *bis* do CPPI de 30 veio com a *Legge 8 agosto* de 1977, nº.534 (sobre os *Provvedimenti*

²⁸⁴ CHIAPPINI, C e PEIXOTO, M.M. Idem, 425.

²⁸⁵ SILVA, Eduardo Araújo da. Obra citada, p.78.

Urgenti), mas ganhou aplicação integral após a morte de Aldo Moro, em 1978. O dito *bis* tratava do *Interrogatório libero di persona imputata di reati connessi*. Os italianos, como se sabe, não queriam abrir mão da estrutura democrática de forma alguma (na época havia uma luta pela plena constitucionalização do processo penal), mas chegaram a um ponto em que não teve solução. Era necessário ver se o desencadeamento de uma modificação daquelas – que acabou reunindo esquerda e direita – solucionaria o problema e chegaram à conclusão de que o arranção menor que se poderia ter no sistema era criar um *bis* para o art.348 e, no interrogatório livre, abrir a possibilidade de arrançarem quem se arrependesse e fosse delatar os outros²⁸⁶.

Na definição do instituto encontram-se algumas diferenciações, dependendo da amplitude da colaboração do réu na persecução penal, por isso para conceituar delação premiada, fica-se com GOMES:

Dentro de um enfoque meramente aproximativo, podemos dizer que ocorre a chamada “delação premiada” quando o acusado não só confessa sua participação no delito imputado (isto é, admite sua responsabilidade), senão também delata (incrimina) outro ou outros participantes do mesmo fato, contribuindo para o esclarecimento de outro ou outros crimes e sua autoria²⁸⁷.

Embora de forma tímida, a figura do réu colaborador foi incluída pela primeira vez no Brasil na legislação que trata dos crimes hediondos (Lei nº 8.072/90), permitindo a redução da pena de um a dois terços, nos seguintes termos:

Art. 8º, parágrafo único. O participante e o associado que denunciar à autoridade o bando ou quadrilha, possibilitando seu

²⁸⁶ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Fundamentos à Inconstitucionalidade da Delação Premiada. Boletim IBCCRIM: São Paulo, ano 13, nº.159, p.7, fev/2006. Transcrição de parte da intervenção do autor no colóquio promovido pelo IBCCRIM em São Paulo em 24.11.05.

²⁸⁷ CERVINI, Raúl e GOMES, Luiz Flávio. CRIME ORGANIZADO, 2º.ed..São Paulo:RT,1997, p.164.

desmantelamento, terá a pena reduzida de 1 (um) a 2/3 (dois terços)²⁸⁸.

Com tal disposição, ingressava no país o instituto da delação premiada, com pouca incidência prática já que não dispensava qualquer preocupação com a proteção do réu colaborador, além de ter nascido com uma legislação extravagante muito criticada²⁸⁹.

Também na legislação que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, permitindo redução de pena, Lei nº 7.492/1986, foi inserido o instituto através da Lei nº 9.080/95:

Art.25, §2º. Nos crimes previstos nesta Lei, cometidos em qua drilha ou co-autoria, o co-autor ou partícipe que através de confissão espontânea revelar à autoridade policial ou judicial toda a trama delituosa terá a sua pena reduzida de um a dois terços²⁹⁰.

Além da inserção do instituto nas legislações acima citadas, vamos encontrá-lo também nas seguintes legislações: Lei nº 8.137/1990, artigo 16, parágrafo único (crimes contra a ordem tributária); Lei nº 9.034/1995, art.6º. (crime organizado); Lei nº 9.269/1996, determinando a redação do §4º, art.159, do Código Penal; Lei nº 9.613/1998, art.1º.,§5º. (lavagem de dinheiro); Lei nº 9.807/1999, art.13 e 14(proteção a testemunhas) e a Lei nº 10.409/2002, art.32, §§ 2ºe 3º(tóxicos)²⁹¹.

Interessante observar a inserção do tema da delação premiada no que se refere ao crime econômico, com exceção do art.159, §4º do Código Penal, da Lei de Crimes Hediondos e da Lei de Tóxicos, as demais disposições direta ou indiretamente referem-se à delinquência socioeconômica.

²⁸⁸ LIMA, Marcellus Polastri e GLIOCHE, Angélica. Código Penal, Código de Processo Penal e Leis Especiais Criminais, 3º.edição.Rio de Janeiro:Lumen Juris,2006,p.766.

²⁸⁹ CERVINI, R. e GOMES,L.F. Obra citada,p.164

²⁹⁰ LIMA, M.P. e GLIOCHE, Leis Especiais Criminais, p.702.

²⁹¹ NUCCI, Guilherme de Souza. Obra citada, p.419.

Importante observar que somente na legislação de 2002, alterando a Lei de Tóxicos, encontra-se a inserção plena do instituto, permitindo ao Ministério Público um amplo controle dos seus limites²⁹².

Entretanto, a questão de maior celeuma dentro da proposta da delação premiada reside no seu aspecto ético e moral. Dentre os seus pontos negativos é forçoso reconhecer que o Estado passa a admitir e premiar a traição, fortalecendo a idéia de que os fins justificam os meios. Estimula-se também o falso testemunho, estabelecendo um sistema de barganha, no qual o objeto é o crime, havendo também clara ofensa ao princípio da proporcionalidade da aplicação da pena²⁹³.

Por outro lado, reforçam alguns autores pontos positivos do instituto, tais como: o fato de o Estado possibilitar tal posicionamento do delator poderia fazer com que houvesse um arrependimento sincero, contribuindo para os fundamentos da própria aplicação da pena; o princípio da proporcionalidade não restaria abalado em vista da sua medida pela culpabilidade do autor; com a proteção efetiva do réu colaborador seria um meio eficaz para a diminuição da criminalidade e finalmente que não se poderia falar em ética e valores moralmente elevados no universo do crime²⁹⁴.

Colocados os argumentos favoráveis e contrários à admissão da delação premiada, em que pese a gama de autores posicionando-se de uma ou outra forma, deve-se reconhecer que a razão está com COUTINHO: “Esse é o problema e a forma de o tratar é que pode – ou não – demonstrar seriedade ao responder se, aqui (no confronto delação premiada – princípio da confiança), vale a pena ceder”²⁹⁵.

Ora, a imoralidade da admissão por parte do Estado da idéia da traição oficializada é incontestável, não é possível que o ente governamental se equipare

²⁹² “A nova legislação conferiu discricionariedade ao órgão ministerial, atribuindo-lhe poder para estabelecer a estratégia de atuação repressiva, mitigando o princípio da obrigatoriedade, em prol de maior eficácia no combate ao narcotráfico organizado.” (CAPEZ, Fernando. Curso de Direito Penal, legislação especial, v.4. São Paulo: Saraiva, 2006, p.734).

²⁹³ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda; CARVALHO, Edward Rocha de. ACORDOS DE DELAÇÃO PREMIADA E O CONTEÚDO ÉTICO MÍNIMO DO ESTADO. In: Andrei Zenkner Schmidt. Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.303 - 311.

²⁹⁴ NUCCI, G.S. Obra citada, p.417.

²⁹⁵ COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. Boletim IBCCRIM nº.159, obra citada, p.9.

ao criminoso e utilize os seus métodos escusos para poder suprir uma deficiência endógena própria que decorre da sua incapacidade geral de investigação. Dentro do sistema jurídico adotado pelos países que utilizam o sistema codificado, levando em consideração todos os princípios que o sustentam, não há o que discutir quanto ao seu aspecto ético moral inaceitável.

Vale sim, como nos ensina COUTINHO, saber: “O essencial, então, é ter presente até onde se pode ceder; se é que se pode”²⁹⁶.

Outro ponto, além do aspecto moral, reside na efetividade do instituto do réu colaborador, enquanto fator eficaz no enfrentamento da criminalidade organizada. Neste aspecto vamos encontrar divergência na doutrina, já que SILVA informa sobre o sucesso deste procedimento na Itália, conforme se observa no seguinte trecho:

O denominado *pentitismo* do tipo mafioso permitiu às autoridades uma visão concreta sobre a capacidade operativa das Máfias, determinando a ampliação de sua previsão legislativa e a criação de uma estrutura administrativa para sua gestão operativa e logística (Setor de Colaboradores da Justiça).O sucesso do instituto ensejou, até mesmo, uma inflação de arrependidos buscando os efeitos legais, gerando o perigo de sua concessão a indivíduos que não gozavam do papel apregoado perante as organizações perigosas²⁹⁷.

Discordando dos efeitos benéficos deste instituto protesta COUTINHO:

Sabe-se, por ser um dado histórico, sobre os resultados: com maciços investimentos, conseguiu-se um resultado alentador contra a chamada “criminalidade romântica”, isto é, aquela de índole terrorista. Foi assim que se debelou as conhecidas *Brigate Rosse*. Em relação à Máfia, contudo, não só não se conseguiu um resultado satisfatório (sabe-se que nunca ela foi tão forte como agora, mesmo porque tais atividades a levaram para mais próximo

²⁹⁶ COUTINHO, J.N.M. Obra citada, p.8.

²⁹⁷ SILVA, Eduardo Araújo da. CRIME ORGANIZADO. São Paulo: Atlas, 2003, p.79.

da política e dos políticos), como levou a o sacrifício das vidas de dezenas de parentes-totalmente inocentes- dos chamados *pentiti*. Há em qualquer hipótese um preço a pagar; e nele se deve pensar, com seriedade²⁹⁸.

No que se refere à eficácia da delação premiada parece mais provável em países de cultura jurídica anglo-saxônica, já que o próprio sistema jurídico tende a facilitar a inserção da premiação pela delação. Na América do Norte, por exemplo, com os acordos entre a acusação e o acusador (*plea bargaining*) existe toda uma cultura jurídica que admite tal procedimento. Ao tentarmos um transplante deste instituto para o sistema jurídico pátrio, mesmo admitindo que se trata de mais um meio excepcional de obtenção da prova, é provável nos depararmos com os problemas decorrentes surgidos na Itália, já que a natureza do ordenamento é totalmente diversa daquela²⁹⁹.

Além da questão teórica que cerca a adoção do instituto, no caso de países como o Brasil, onde a escassez de recursos é notória, mormente quando se trata de investimentos na área da Justiça Criminal, não se vê como assegurar a incolumidade de testemunhas que colaborem nos moldes da delação premiada³⁰⁰.

²⁹⁸ COUTINHO, J.N.M. Idem, p.7.

²⁹⁹ Criticando o instituto: "Colocar em lei que o traidor merece prêmio é difundir uma cultura antivalorativa. É um equívoco pedagógico enorme. Ainda que o valor perseguido seja o de combater o crime, ainda assim, constitui um preço muito alto tentar alcançar esse fim com um meio tão questionado. O fim, em última instância, está justificando os meios". Em sentido contrário, Guilherme de Souza Nucci, obra citada, p.418. "Em suma, pensamos ser a delação premiada um instrumento útil, aliás, como tantos outros já utilizados, legalmente, pelo Estado, como a interceptação telefônica, que fere a intimidade, em nome do combate ao crime". (CERVINI, R. e GOMES, L.F. Obra citada.p.165).

³⁰⁰ Comentando os reflexos da adoção de novas medidas contra o crime organizado na Itália, veja - se o seguinte parágrafo: " Mas uma coisa é certa e pode extrair -se do conjunto de medidas adotadas na Itália: criou-se com elas um sistema completo contra o crime organizado, cuidando -se de aspectos penais, processuais e administrativos, passando pelo ordenamento penitenciário e chegando-se à proteção dos " colaboradores da justiça" e das vítimas. O sistema italiano não se limitou à reforma das leis penais e processuais (estas, por vezes, criticáveis), mas se preocupou em dotar os órgãos de investigação e de persecução dos instrumentos necessários a enfrentar a criminalidade organizada, reequipando-os, modernizando-os e coordenando as atividades conjuntas do Ministério Público e da polícia".(GRINOVER .Ada Pellegrini.O CRIME ORGANIZADO NO SISTEMA ITALIANO.In: Jaques de Camargo Penteado (Coord.). JUSTIÇA PENAL 3.São Paulo: RT,1995, p.13-29.

Outro ponto que chega próximo do absurdo é a grande procura pela colaboração com a justiça, fornecendo dados estéreis, pretendendo receber as prerrogativas que a proteção de testemunhas concede³⁰¹, como ocorreu na Itália.

De qualquer forma, embora muito contestada por parte da doutrina que alega inclusive a sua inconstitucionalidade, encontra-se a colaboração processual inserida no ordenamento jurídico pátrio, devendo a manifestação da testemunha ser espontânea e efetiva ao desenvolvimento da investigação criminal ou do processo criminal, justamente para impedir a figura do *professionisti del pentitismo*, fenômeno que já ocorria informalmente durante a investigação policial, antes da absorção legal deste instituto no Brasil³⁰².

5.3 AS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NOS CRIMES DE EMPRESA .

5.3.1 Delimitação do Tema.

Julga-se necessária a ressalva de que serão levadas em conta para o presente estudo as classificações de CÂMARA no que tange à prisão provisória, de forma distinta da grande maioria de doutrinadores que conferem caráter cautelar a todas as prisões provisórias³⁰³. Segundo o autor, no ordenamento jurídico brasileiro a única espécie autêntica de prisão cautelar seria a preventiva, reservando à prisão decorrente de flagrante a categorização de medida subcautelar.

Com referência às prisões decorrentes de pronúncia e de sentença condenatória não transitada em julgado, o autor categoriza como subespécies da prisão preventiva. Finalmente, tratando da prisão temporária, demonstra o seu caráter subcautelar.

Portanto, tendo em vista o tema deste trabalho que leva em consideração primordialmente o papel da investigação preliminar no processo penal, pretende -se ater-se ao estudo apenas da prisão preventiva e da prisão temporária. É forçoso

³⁰¹ GRINOVER, Ada Pellegrini. Obra citada, p.27.

³⁰² SILVA, E.A. Obra citada, p.83.

³⁰³ CÂMARA, Luiz Antonio. Prisão e Liberdade Provisória, Lineamentos e princípios do Processo Penal Cautelar. Curitiba: Juruá, 1997, p.107.

reconhecer que uma das funções extraprocessuais da utilização da prisão provisória durante a fase investigatória reside na busca de provas, transformando o investigado em um autêntico objeto de prova.

No caso da prisão decorrente de flagrante delito, não se vêem maiores problemas na sua utilização, já que especificamente em decorrência das características peculiares do estado de flagrância, a questão de prova, na maioria dos casos, resta suficiente. A questão que exige maior atenção reside nas prisões preventiva e temporária em que não há qualquer substrato concreto antes do cerceamento da liberdade do indigitado, agindo o Estado investigador no sentido precípua da busca probatória na fase preliminar, sendo atualmente muito comum não só o delegado de polícia lançar mão deste instrumento, mas também o promotor de justiça e os integrantes de CPIs. Por isso, a preocupação em analisar estas espécies de prisão provisória, mormente quando direcionadas aos crimes econômicos, já que nesta fase existe uma maior probabilidade de afronta aos direitos e garantias fundamentais³⁰⁴.

5.3.2. A Utilização da Prisão Preventiva nos Crimes Econômicos .

O Código de Processo Penal brasileiro prevê a hipótese da decretação da prisão preventiva no seu artigo 311, descrevendo nos artigos subsequentes as suas peculiaridades. Caracterizada como única medida autêntica de caráter cautelar no ordenamento nacional ao lado da liberdade provisória representa esta espécie de

³⁰⁴ “Sobre a preocupação da ausência de controle da polícia judiciária na fase investigatória veja-se a análise seguinte: “A afirmação talvez soe exagerada mas é necessário que, relativamente à restrição da liberdade pessoal, se imponha o contraditório para que se exerça um controle efetivo sobre o atuar da autoridade policial. Hoje, os poderes a esta conferidos são de tamanha envergadura e a inexistência de controle de sua atividade chega a um ponto tal que se mostra razoavelmente penosa a tarefa de reparar possíveis erros ou abusos praticados no curso das investigações”. (CÂMARA, L.A. Obra citada, p. 56).

prisão um pesado instrumento de repressão do Estado, no sentido de levar a perseguição criminal até o seu término³⁰⁵.

Inicialmente refletindo as perversas influências do Código Rocco, face à proximidade na época com o regime fascista italiano, dispôs o legislador de 1941 da seguinte forma:

Art.312. A prisão preventiva será decretada nos crimes a que for cominada pena de reclusão por tempo, no máximo, igual ou superior a dez anos.

Somente com o advento da Lei nº 5.349 de 3 de novembro de 1967 é que foi colocada a possibilidade da decretação da prisão preventiva de forma não obrigatória³⁰⁶.

Como bem observou CÂMARA, curiosamente nos anos de regime ditatorial é que vamos verificar um abrandamento na incidência das medidas prisionais, a exemplo da medida preventiva:

O Código ultrapassou um quarto de século sem registrar nenhuma alteração no sistema cautelar. No curso de uma dezena de anos, densas mudanças ocorreram em relação às prisões provisórias. Tais cambiamenti, todos tendentes à limitação da incidência das medidas prisionais, ironicamente, encontraram seu apogeu justamente nos anos de chumbo do governo ditatorial implantado em 1964. Assim, em 1967 foi revogada a prisão preventiva compulsória e, em 1977, verificou-se a transformação radical, possibilitando-se concessão de liberdade provisória sem fiança a acusados por qualquer categoria infracional. Oportunizou-se, antes, que o imputado

³⁰⁵ A propósito, explicando o assunto, veja-se o seguinte trecho doutrinário: "As medidas cautelares propriamente ditas com contornos próprios no processo penal brasileiro são somente duas: a prisão preventiva e a liberdade provisória." (CÂMARA, Luiz Antonio. Obra citada, p.163).

³⁰⁶ LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal, v.II, 2ª ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.317.

por crime doloso contra a vida pudesse ir a julgamento em liberdade³⁰⁷.

No sistema brasileiro, requer a decretação da medida coercitiva em análise a presença do *fumus commisi delicti*, ou seja, a prova de existência do crime e indícios suficientes de autoria, conforme prevê o artigo 312 do CPP.

O primeiro requisito não guarda maiores dificuldades no que se refere a sua demonstração, já que seria ilógico que ao menos o legislador não exigisse que houvesse ocorrido um crime para possibilitar o encarceramento provisório. Desta forma, basta carrear aos autos a prova da existência do delito, o que poderá ser feito, via de regra com documentos comprobatórios como laudos, boletim de ocorrência, certidão de óbito etc.³⁰⁸.

O segundo requisito nos leva a um questionamento deveras preocupante em face de sua subjetividade. Até que ponto os indícios apresentados são suficientes para a demonstração da autoria?

Difícil responder, embora os autores nos recomendem que seria a suspeita fundada de que o indiciado ou réu é o autor da infração penal, é necessário reconhecer que se trata de um critério eminentemente subjetivo. Até por conta do chamado por CORDERO e citado por COUTINHO de “primado das hipóteses sobre os fatos”, transmutado para a fase investigatória, faz com que primeiro o investigador se convença de que determinada pessoa é autora do crime e posteriormente saia à procura de elementos para comprovar sua autoria. Ou seja, não há busca da verdade, mas sim produção de substrato para a responsabilização penal, não raro causando sérias injustiças³⁰⁹.

³⁰⁷ CÂMARA, Luiz Antonio. Reflexões a Cerca das Medidas Cautelares Pessoais nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. In DIREITO EMPRESARIAL & CIDADANIA, Coordenadores: Jair Gevaerd e Marta Marília Tonin. Curitiba, Juruá, 2006, p.233.

³⁰⁸ NUCCI, Guilherme de Souza. Manual de Processo Penal e Execução Penal, 2º.ed.São Paulo:RT, 2006, p.563.

³⁰⁹ Veja-se, a propósito, explicando o assunto a lição de COUTINHO: “Afim numa estrutura inquisitória, o grande problema está na lógica deformada que a rege. Cordero a chama de *primado das hipóteses sobre os fatos* e demonstra que ela gera um *quadro mental paranóico*, ou seja, que pelo modo de pensar se tem a possibilidade de acreditar nas imagens e quem toma a imagem como real é paranóico, como se sabe da Psicanálise e outros campos. Pode-se, então, acreditar nas imagens em processo penal porque se tem um sistema em que o juiz, não raro, decide antes e

Como se sabe, cria-se um quadro mental paranóico, levando o investigador a provocar dentro da sua visão préconcebida a decretação de uma prisão provisória que por sua vez acabará servindo apenas como instrumento de pressão na busca da confissão.

Apesar de servir como critério legal na decretação do encarceramento provisório, mesmo que a autoridade investigante procure carrear aos autos do pedido o máximo de dados que permita concluir pela presença de indícios suficientes de autoria, a verdade é que na maioria dos casos alicerçam-se em meros silogismos e suposições.

Vencida a questão dos requisitos, passa-se à fase da análise do *periculum libertatis*, através dos pressupostos cautelares autorizativos da prisão ³¹⁰, previstos na primeira parte do artigo 312 do CPP.

A propósito, sobre o assunto nos ensina Barros:

Sendo essencialmente provisória, a medida cautelar nasce preordenada a um sucessivo provimento definitivo, e tem por finalidade prevenir um perigo, isto é, evitar um dano jurídico que se apresenta como provável com base nas circunstâncias do fato. A urgência no caso é um dos característicos imprescindíveis, justamente porque, tardando a medida definitiva, poderia tornar-se infrutífera a tutela do direito. Daí por que não se exige o exame pleno desse direito cautelado, bastando seja superficial. No que se refere a sua existência, tornando-se necessária a certeza do *periculum in mora*. A este correspondem o perigo de insatisfação e o perigo de satisfação tardia ³¹¹.

Descreve o CPP os seguintes pressupostos cautelares para a decretação da prisão preventiva: garantia da ordem pública, conveniência da instrução criminal, assecuramento da aplicação da lei penal e finalmente a garantia da ordem

, depois, sai à cata de elementos para provar aquilo que já decidiu.” (COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. In Boletim IBCCRIM, ano 13,nº.159,fev/ 2006,p.8)

³¹⁰ CAMARA, Luiz Antonio. Prisão e Liberdade Provisória. Curitiba: Juruá, 1997, p.116

³¹¹ Conforme citado por Marcellus Polastri Lima, Obra citada, p.321.

econômica. Esta última acrescentada através da Lei nº 8.884 de 11 de junho de 1994, incluindo um pressuposto diretamente relacionado à criminalidade econômica.

Embora a doutrina concorde que se trata de um pressuposto de definição eminentemente subjetiva, quando se analisa a garantia da ordem pública, procura-se defini-lo como a necessidade de salvaguardar o regular desenvolvimento da vida em sociedade, não permitindo que fatos evidentemente danosos interrompam o curso das atividades rotineiras. Trata-se de conceito com ampla margem interpretativa e que acaba conferindo ao juiz um amplo espectro de justificativas. Dentro desta óptica, a autoridade que conduz a investigação preliminar também acaba justificando o pedido de decretação da medida sem maiores dificuldades ³¹².

Exige também a Lei que se demonstre a necessidade da medida para a conveniência da instrução criminal. Segundo NUCCI, este pressuposto deve ser interpretado da seguinte forma:

A conveniência de todo processo é que a instrução criminal seja realizada de maneira lisa, equilibrada e imparcial, na busca da verdade real, interesse maior não somente da acusação, mas, sobretudo do réu. Diante disso, abalos provocados pela atuação do acusado, visando à perturbação do desenvolvimento da instrução criminal, que compreende a colheita de provas de um modo geral, é motivo a ensejar a prisão preventiva ³¹³.

O terceiro pressuposto refere-se à necessidade da tutela cautelar para assegurar a aplicação da lei penal, ou seja, quando se pretende evitar que o indiciado ou réu se ausente do distrito da culpa, demonstrando a possibilidade de

³¹²“Nesse sentido nos alerta Câmara: “A formulação do pressuposto, como inserta no art.312 do Código de Processo Penal, é assaz perigosa para a liberdade dos indivíduos. Formulado em termos tão genéricos, deixa ao juiz uma margem exagerada de apreciação. Assim, é extremamente fácil retirar a liberdade dos cidadãos, sob o pretexto de que se o faz para “garantir a ordem pública”. A experiência mostra que o perigo não é puramente teórico.” (CÂMARA, Luiz Antonio.Obra citada.p.117)

³¹³ NUCCI, Guilherme de Souza. Obra citada, p.566.

furtar-se ao cumprimento da pena. Conforme CÂMARA, este pressuposto pode ser justificado da seguinte forma:

Este pressuposto cautelar autoriza a denominada prisão como cautela final: decreta-se a custódia para assegurar o cumprimento da lei penal quando busca a Justiça deixar à sua disposição, acessível, no distrito da culpa, o indiciado ou acusado responsável pela prática de uma infração penal, com o fito de que, proferida ao final decisão condenatória, não venha ela a ser executada, evitando-se que, entregue a prestação jurisdicional, não se encontre meios para efetivá-la em face da não presença do condenado³¹⁴.

Finalmente o quarto e último pressuposto, acrescentado dentro de uma ideologia que pretende voltar-se a infrações penais de ordem não convencional³¹⁵, analisar-se-á o que pode ser interpretado como “garantia da ordem econômica”, reconhecidamente inserida no contexto já citado da garantia da ordem pública. Trata-se de inserção redundante, com caráter nitidamente populista, demonstrando o casuísmo adotado pelo legislador no afã de deixar clara a punição do delinquente do colarinho branco³¹⁶.

A questão torna-se clara. Fica demonstrada a preocupação do aparelho persecutório estatal no sentido de que, além das hipóteses já previstas, deve-se atentar para um quarto pressuposto, agora sim de caráter nitidamente econômico,

³¹⁴ CÂMARA, L.A. Obra citada, p. 119.

³¹⁵ Trazendo notícia de posição doutrinária estrangeira sobre o assunto, ver a seguinte passagem: “Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, em situação similar -referenciada ao processo de interpretação -, identificam fenômeno que nominam prejudiciais político-ideológicas da atividade interpretativa, voltado especialmente para infrações penais que visam a tutela de interesses coletivos de grande importância, como, por exemplo, o sistema financeiro nacional, o meio ambiente, a ordem econômica, a ordem tributária e etc.” (Câmara, Luiz Antonio. Reflexões Acerca das Medidas Cautelares Pessoais nos Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional. Obra citada, p.236).

³¹⁶ “A isonomia constitucional, como é primário, não permite que se pense assim. Tem-se uma cadeia lotada de pobres, é verdade; e isso é uma vergonha e está errado. Mas em vinte anos ela pode estar lotada de ricos, o que também vai ser vergonhoso e não menos errado. Ora, não se pode fazer a política do coitadinho para o pobre; e nem a da vingança para o rico. Precisa-se é estruturar as regras do jogo, de modo a servirem para todo mundo. Enfim, não se tem efetivado a estrutura constitucional-democrática porque se não incorporou a mentalidade de que cadeia não feita para pobre ou rico mas para culpado, seja rico ou pobre.” (COUTINHO. J.N.de M. In IBCCRIM, ano 13, nº.159, fevereiro de 2006).

estabelecendo um vetor que passa a ser observado até hoje, provocando uma análise específica para os casos que envolvam delitos de empresa.

Sendo assim, em vista da subjetividade da expressão incluída pelo legislador através da Lei Antitruste, resta-nos concluir com CÂMARA, a necessidade de critérios um pouco mais objetivos para permitir tal medida por parte do Estado:

É inegável a dificuldade de conceituar a expressão, sendo de frisar a conveniência de que venha, também, a ser extirpada do texto legal e substituída por outra de cunho mais objetivo³¹⁷.

Até aqui foram tratadas as hipóteses que ensejam a decretação da prisão preventiva previstas no CPP, inclusive com a alteração provocada pela Lei Antitruste que acrescentou o pressuposto da garantia da ordem econômica ao artigo 312.

Importante ressaltar que, com o advento da Constituição da República, em 1988, estabelecendo o Estado Democrático de Direito, foi inserida no artigo quinto uma série de Direitos e Garantias Fundamentais que passaram a colidir frontalmente com o diploma repressivo processual. Um dos mais importantes mandamentos previstos na Constituição refere-se ao princípio da presunção de inocência, o qual, levado às últimas consequências, impediria a possibilidade da decretação de prisão provisória.

E nesse ponto a argumentação é bastante óbvia, “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”, por força do inciso LVII, então não é possível encarcerar antes, principalmente, na mera fase investigatória quando sequer há certeza se existirá processo.

A polêmica de tais posicionamentos colocou o sistema jurídico em xeque, optando grande parte da doutrina em considerar válidos, leia-se constitucionais, os termos do artigo 312 e seguintes do CPP, passando a entender que o encarceramento provisório deveria ser analisado sempre em consonância com os

³¹⁷ CÂMARA, Luiz Antonio. Prisão e Liberdade Provisória. Obra citada, p.120.

princípios garantidores previstos na Constituição da República, aliás, que não poderia ser diferente.

Este questionamento foi incluído entre os temas debatidos no XX Simpósio Nacional de Direito Tributário, especificamente com referência aos crimes contra a ordem tributária. O referido tema, posteriormente sintetizado na obra “Crimes Contra a Ordem Tributária”, ficou assim resumido: “O poder de cautela do Judiciário em decretar prisão preventiva nestes crimes fere os incisos LIV, LV e LVII do art.5º. da Constituição Federal”³¹⁸?

Embora a grande maioria dos autores tenha se posicionado de forma negativa, entendendo que há a possibilidade de admitir a prisão preventiva mesmo em face de tais mandamentos, sem ferir a Constituição, todos reconheceram que há a necessidade de extrema cautela na decretação de tal medida quando se trata de crimes não convencionais. Deve o magistrado que decretar a medida fundamentar a decisão de acordo com os requisitos e pressupostos do artigo 312 do CPP.

Entendeu que é impossível a aplicação do poder de cautela do Judiciário em relação aos crimes tributários, somente Ives Gandra da Silva Martins. José Eduardo Soares de Melo afirmou que os incisos do artigo quinto são incompatíveis com o poder de cautela do Judiciário em decretar a prisão preventiva. Anthero Lopérgolo, Rubens Approbato Machado, Luiz Antonio Caldeira Miretti e Márcia Regina Machado Melaré responderam a questão de forma positiva³¹⁹.

Vale registrar o posicionamento de Mello, Mestieri, Troianelli e Medina sobre o assunto:

É lastimável, contudo, o vezo que, a pouco e pouco se vem insinuando em nossa prática forense diária, de magistrados decretarem prisões preventivas em crimes de colarinho branco pela simples qualidade da pessoa, de ter ela capacidade econômica expressiva, poder ou influência política.

³¹⁸ MARTINS, Ives Gandra da Silva, Coordenador. CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA, 4ª edição. São Paulo: RT, 2002, p.7.

³¹⁹ MARTINS, I.G. da S. Obra citada, p.35, 201 e 236.

A prisão preventiva é, antes de tudo, uma excepcionalidade, uma exceção; a regra é permitir-se que o acusado responda ao processo em liberdade. A presunção, hoje regra constitucional, é de inocência. Materializada a prisão preventiva, antecipam-se os efeitos da sentença condenatória criminal, futura e apenas possível. Sendo medida atingindo o direito de liberdade, antes mesmo do momento processual de decisão da causa, é natural exigir-se extremo rigor no exame dos pressupostos para a sua concessão³²⁰.

Cabe ressaltar que a decretação da medida cautelar de privação da liberdade na modalidade preventiva deverá atender sempre aos princípios da necessidade, adequação, proporcionalidade e subsidiariedade³²¹.

Outro aspecto fundamental nas discussões acerca da medida preventiva nos crimes de empresa reside no pressuposto contido na Lei nº 7.492 de 1986 que, no seu artigo 30, refere-se a um pressuposto específico:

Art.30. Sem prejuízo do disposto no art.312 do Código de Processo Penal, aprovado pelo Decreto-lei nº.3.689, de 3 de outubro de 1941, a prisão preventiva do acusado da prática de crime previsto nesta lei poderá ser decretada em razão da magnitude da lesão causada.

A lei que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, impropriamente chamada Lei dos Crimes de Colarinho Branco, mesmo antes da

³²⁰ MARTINS, I.G.da S. Idem, p.107.

³²¹ O princípio da necessidade traduz-se na restrição da liberdade, *somente nos casos concretos em que se revelar estritamente necessária, mais que necessária, imprescindível é que deve ser usada.* O princípio da adequação *que se verifica quando a medida a ser eleita mostrar-se capaz e suficiente para obviar o perigo que em concreto determinou a necessidade de imposição de medida de coação.* O princípio da proporcionalidade *que se traduz na permanência no cárcere se houver previsão razoável de que será condenado. E mais: somente se justifica a permanência na prisão se a projeção demonstra que, prolatada contra ele decisão condenatória, será obrigado a sujeitar-se preso à execução da pena.* Finalmente, o princípio da subsidiariedade, aplicado à prisão preventiva, a partir do qual, tal espécie cautelar somente se mostra viável quando demonstrado que todas as outras modalidades cautelares não satisfazem os fins cautelares. (Câmara.Luiz Antonio.Lineamentos e Princípios do Processo Penal Cautelar.Curitiba:Juruá,1997, pp.91,93,97e103).

Constituição da República, veio reforçar o elenco de justificativas a possibilitar a atuação já deveras hipertrofiada do Estado³²².

O dispositivo foi inserido no texto da referida lei embora já houvesse análise relacionada com a expressão do resultado, visto que o magistrado que examinava a medida sempre levava em consideração a gravidade da lesão, não só nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, mas também em qualquer outro delito em que houvesse uma aferição econômica do ataque ao bem jurídico. Tanto é que o pressuposto da magnitude da lesão sempre foi compreendido dentro dos parâmetros do artigo 312 do CPP. Nesse sentido nos alertam MELLO, MESTIERI, TROIANELLI e MEDINA:

Mesmo a autorização contida na Lei do Colarinho branco, Lei 7.492/86, art. 30, de o juiz decretar a prisão preventiva tendo em vista a magnitude da lesão, deve ser compreendida dentro desses parâmetros do art. 312 do CPP e entendida de conformidade com a finalidade de condução do processo penal, ou seja, apenas se pode recorrer lícita e validamente à prisão preventiva quando esta se mostrar indispensável ao bom termo do processo penal. Demais disso, não deve ser a magnitude da lesão entendida como novo pressuposto para a prisão preventiva, pois, repita-se, ainda aqui valem os termos do art. 312 do CPP e o princípio da prevalência da liberdade individual no curso do processo³²³.

Portanto, inclusive por força dos princípios que foram assentados na Constituição da República de 1988, conclui-se que o dispositivo em análise não pode de forma autônoma e isolada justificar a decretação da medida extrema de provação da liberdade do acusado. Primeiro, porque é atentatória ao princípio da presunção de inocência e segundo, em face do caráter restritivo que deve guardar a sua interpretação já que a medida preventiva é de cunho excepcional e cautelar. Sobre o assunto posiciona-se Tigre Maia:

³²³ MARTINS, I.G.da.S. Obra citada, p.107.

O art.30 determinou a inclusão, dentre as hipóteses da prisão preventiva, dos casos em que a grandeza dos prejuízos causados a justificassem. Como quer o próprio dispositivo, ele deve ser interpretado sem prejuízo do estatuído no art. 312 do CPP. Do que se depreende, de plano, ser indispensável a presença dos pressupostos referentes a materialidade e autoria do ilícito (*fumus boni iuris*). Cabe discutir, apenas, se a magnitude da lesão constituiria um fundamento autônomo à decretação da custódia cautelar, ao lado dos outros três fundamentos constantes do ordenamento processual (*periculum in mora*) ou se, ao contrário, deveria ser tal situação reconhecida como hábil a justificar a prisão provisória apenas quando associada a um dos outros fundamentos tradicionais. Tendo em vista a excepcionalidade que deve revestir a prisão cautelar estamos que a exegese deste artigo deverá ser restritiva, sendo o prejuízo causado, por maior que seja, insuficiente por si mesmo de ensejar a decretação da prisão preventiva, o que parece ter sido a *mens legis* ao não alterar a redação do citado art.312 e, sim, determinar que este fosse considerado quando do sopesamento da magnitude da lesão³²⁴.

Mesmo sendo a prisão que antecede a condenação definitiva admitida em diversos países que preservam o Estado Democrático de Direito, a exemplo da França, Portugal, Itália e outros, prevalecendo o entendimento que é um mal necessário ao sistema persecutório penal, deve-se reconhecer que se trata de uma antecipação da pena, permitindo a possibilidade de graves reflexos na vida do investigado ou acusado.

Por isso, deveria a medida excepcional receber uma análise criteriosa e efetiva partindo do momento de sua solicitação por parte dos protagonistas da investigação criminal, seguindo pelo crivo do Ministério Público enquanto parte

³²⁴ MAIA, Rodolfo Tigre. DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. São Paulo: Malheiros, 1999, p.168.

processual e ao final recebendo a severíssima verificação do juiz quanto à necessidade da sua decretação.

Forçoso reconhecer que esta não é a *práxis*: a polícia judiciária, o promotor de justiça e também atualmente os componentes das CPIs utilizam a prisão preventiva, ora para intimidar os investigados ora para coagi-los a colaborarem com a investigação. Além de servir também ao desígnio da promoção popular através da mídia, neste aspecto, os crimes econômicos ganham lugar especial nas solicitações repressivas, já que o destaque será maior quanto mais economicamente abastado for o encarcerado.

Sabemos que não se alicerçou este trabalho em bases criminológicas, mas é necessário um adendo: o problema não é só a legalidade da decretação ou não, de uma medida preventiva, é também o grau da lesão provocada em um indivíduo que é colocado em um cárcere de condições subumanas como no Brasil e posteriormente não se iniciar sequer um processo criminal.

Especificamente sobre o problema da criminalidade de empresa, resta que em sua maioria a questão do acesso à Justiça é minorada em face do poder aquisitivo dos investigados. Desta forma, os Tribunais corrigem prontamente os abusos ocorridos em seara de primeiro grau. A questão é agravada no caso de indivíduos que não possuem defesa real e acabam permanecendo à mercê de um sistema persecutório nitidamente fascista.

Um aspecto positivo reside na sistematização do instituto no CPP, permitindo um controle razoável da medida. Padece ainda de um limite temporal objetivo, exigindo um posicionamento definitivo por parte do Estado. Finalmente parece que se deveria postular por um julgamento mais célere no processo penal brasileiro, ao invés de admitir a utilização da prisão provisória, porque, por ser prisão antes da condenação definitiva, é e sempre será injusta, ferindo diversos incisos da Constituição da República³²⁵.

³²⁵Veja-se, a propósito, sobre o prazo máximo de duração da prisão preventiva, o seguinte trecho: "A questão da dilação indevida do processo penal nasce tendo como núcleo a excessiva duração da prisão preventiva e assim permanece até hoje, na imensa maioria dos casos em discussão (inclusive no TEDH). No Brasil a história não é diferente. Trava-se uma histórica discussão em torno dos já lendários 81 dias, construídos a partir da soma dos diversos prazos que compõem o procedimento ordinário quando o imputado encontra-se submetido à prisão preventiva." (LOPES

O tema prisão cautelar guarda importância precípua na discussão sobre as tendências da investigação preliminar no processo penal brasileiro, principalmente porque incide diretamente sobre um dos maiores bens do indivíduo, que é a liberdade de locomoção. Portanto, mesmo com pontos interessantíssimos a tratar, como a questão da jurisdicionalização do processo cautelar ou mesmo a validade da medida preventiva no ordenamento processual penal pós 1988, passa-se ao item seguinte, analisando a criticada prisão temporária.

5.3.3 A Prisão Temporária nos Delitos Econômicos.

Logo após a entrada em vigor da Constituição cidadã, como fruto de notória reação por parte dos defensores da doutrina da lei e da ordem, foi aprovada a Lei nº 7.960 de 21 de dezembro de 1989 estabelecendo os parâmetros da modalidade que passou a ser conhecida como prisão temporária, medida de natureza subcautelar³²⁶.

Não há dúvida de que o legislador pretendeu legalizar a chamada “prisão para averiguação”, durante muito tempo praticada à margem da lei, somente explicada por um sistema policial completamente desestruturado e ausente de qualificação, em que a única hipótese de obter êxito na apuração de delitos centra-se na utilização do investigado como objeto de prova, através da confissão³²⁷.

Refletindo sobre o tema sintetizou CÂMARA de forma muito clara:

A prisão temporária, medida marcada por intenso pragmatismo, tem finalidade bastante específica: colocar o suspeito da prática infracional à mercê da autoridade investigante. Nesse sentido tem vigoroso suporte funcional: oportunizar, na fase pré-processual que se

Jr., Aury. O Tempo como Pena Processual: Em Busca do Direito de Ser Julgado em Um Prazo Razoável. In Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo, Coordenador Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.207).

³²⁶ “A prisão temporária é, também, espécie de subcautela e para ter sobrevida deve ser substituída pela prisão preventiva”. (Câmara, Luiz Antonio. Obra citada, p.166).

³²⁷ “Vê-se aqui o epíteto conferido à medida de cautela anteriormente chamada prisão para averiguações. Criada pela Lei 7.960/89, deu início à volúpia legiferante que se instalou de molde a restringir os direitos individuais à revelia da progressista Constituição promulgada em 1988.” (CÂMARA, L. A. Idem, p.158.).

produza prova tendo como fonte o próprio investigado. Assim, a partir da restrição da liberdade pessoal do suspeito ou indiciado, o investigador, no regime processual penal brasileiro, pode submetê-lo a interrogatório (não há dúvida de que este é essencialmente meio de prova), reconhecimento pessoal e, mesmo, à reconstituição do crime³²⁸.

Este método, completamente inquisitorial, remonta ao período das Ordenações do Reino e mais recentemente ao regime ditatorial imposto na década de sessenta. Curioso é que, ao invés de banir definitivamente do sistema persecutório penal qualquer possibilidade de prisão injustificada, preferiu o legislador trilhar o caminho oposto, deixando praticamente ao arbítrio do protagonista da investigação preliminar a opção pela utilização da medida.

Um aspecto agravou significativamente o quadro aumentando a utilização em larga escala da medida coercitiva provisória. Dentro da tendência que vem se estabelecendo a partir da década de noventa, em que o inquérito policial é somente mais um instrumento da investigação criminal ao lado de outros,³²⁹ não só a autoridade policial, mas também o promotor de justiça e os integrantes de CPIs passaram a solicitar a medida privativa temporária multiplicando a sua incidência³³⁰.

Destaca-se primeiramente a ausência de requisitos ou pressupostos para sua decretação, basta para sua imposição que se entenda necessária ao desenvolvimento da investigação durante o inquérito policial, bem como conste do rol dos crimes estabelecidos na Lei, quando o indiciado não tiver residência fixa ou não fornecer elementos necessários ao esclarecimento de sua identidade. O único ponto favorável reside na fixação de um prazo determinado para a duração da medida, ou seja, cinco dias, prorrogável por igual período no caso de necessidade

³²⁸ CÂMARA, Luiz Antonio. In: DIREITO EMPRESARIAL & CIDADANIA: questões contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2006, p.238.

³²⁹ Ver capítulo II e III deste trabalho.

³³⁰ LIMA, Marcellus Polastri. Curso de Processo Penal, v. II. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.310, no mesmo sentido.

justificada. Tais requisitos elencados na Lei demonstram o caráter eminentemente utilitarista da medida proposta³³¹.

De forma a justificar a reação no sentido oposto aos Direitos e Garantias Fundamentais alicerçados na Constituição de 1988, através da legislação que estabeleceu a ignominiosa Lei dos crimes Hediondos, estabelece-se um prazo inicial de trinta dias para a duração da medida temporária, prorrogável por igual período no caso de crimes considerados hediondos. Desta forma, para uma prisão temporária decretada sem a observação dos princípios inerentes à medida cautelar, pode chegar ao período máximo de sessenta dias de duração do encarceramento do investigado.

Importante ressaltar que ainda existe a possibilidade da decretação da prisão preventiva após o esgotamento da medida temporária se assim entender o magistrado.

A banalização da prisão temporária nos últimos anos tornou-se clara, já que os operadores da fase preliminar da persecução penal, cientes do poderoso instrumento repressivo que tinham em mãos não se intimidaram em utilizá-lo.

Um aspecto curioso da custódia temporária inicial em crimes não hediondos é que na *praxis* acaba sendo preferível cumprir o período inicial de cinco dias do que recorrer ao Judiciário pela revogação da medida, já que o prazo para obtenção da análise do pedido praticamente coincidiria com o término do período da prisão. Caso não exista a previsibilidade da prorrogação ou a conversão da medida em preventiva, resta ao indigitado aguardar expirar o prazo de clausura.

Outra questão de difícil controle por parte do Judiciário é a utilização da possibilidade do aumento do prazo da prisão como instrumento de coerção sobre o investigado. O protagonista da fase preliminar fatalmente barganha com o prazo,

³³¹ A propósito, sobre a duração das prisões provisórias, veja-se a seguinte passagem doutrinária: "No processo penal brasileiro campeia a absoluta indeterminação acerca da duração da prisão cautelar, pois em momento algum foi disciplinada essa questão. Excetuando-se a prisão temporária, cujo prazo máximo de duração está previsto em lei, as demais prisões cautelares (preventiva, decorrente de pronúncia ou de sentença penal condenatória recorrível) são absolutamente indeterminadas." (LOPES Jr.,Aury.Obra citada,p.208).

facilmente prorrogado a seu pedido, condicionando a não solicitação da prorrogação da prisão à colaboração do indiciado ³³².

Dentro da realidade brasileira na qual encontramos um quadro caótico no sistema carcerário ³³³, convém lembrar que a afronta aos Direitos e Garantias Fundamentais vai mais além, já que é de duvidoso cumprimento o disposto no artigo terceiro da referida lei que determina a separação dos presos provisórios ³³⁴.

Há que se observar a discussão em torno da necessidade da presença de todos os requisitos contidos nos incisos I a III da Lei nº 7.960/89 ou somente um deles para embasar um decreto provisório. De forma já pacífica uma grande parte dos doutrinadores que aceita a prisão provisória entende a necessidade de, no mínimo dois, o I e o III ³³⁵.

Entretanto, levando em consideração os fins deste trabalho, interessa-nos a análise da alínea “o” do inciso III:

“Art.1º. Caberá prisão temporária:

...

III- quando houver fundadas razões, de acordo com qualquer prova admitida na legislação penal, de autoria ou participação do indiciado nos seguintes crimes:

...

o) crimes contra o sistema financeiro ³³⁶.

³³² “A *praxis* demonstrou ao longo de quase uma quinzena de anos que tal espécie de prisão provisória se revelou compensatória do não exercício de direitos e garantias fundamentais, no sentido de possibilitar à autoridade investigante que a maneje para fins de ampliação do prazo de sua duração. Assim, não raro, insatisfeito o titular investigador com a recusa do indiciado em confessar, ameaça-o com a ampliação do prazo, com a classificação provisória da conduta como crime hediondo(o que propicia a absurda duração de 60 dias para uma medida subcautelar) etc.(...)”. (CÂMARA, L.A. Obra citada, p.239).

³³³ O 12º. Distrito Policial da Capital, que abrange a área circunscricional do bairro Santa Felicidade em Curitiba-PR, encontrava-se em 20 de novembro de 2006 com a população carcerária de 101(cento e um) presos em uma cadeia pública com capacidade para trinta presos. Fonte: informações prestadas pelo delegado titular daquela unidade.

³³⁴ LIMA, Marcellus Polastri e GLIOCHE, Angélica. Leis Especiais Criminais, p.723. Art.3º. Os presos temporários deverão permanecer, obrigatoriamente, separados dos de mais detentos.

³³⁵ “Assim, entendemos que, para a decretação da temporária sempre devem estar presentes os incs. I e III da Lei especial, sendo a aferição do inciso II complementar, mas não essencial”. (MARCELLUS, P. de L. Obra citada, p.313).

³³⁶ MARCELLUS, P.L.; GLIOCHE, A.Obra citada,p.722.

Ao inserir no elenco do inciso terceiro do artigo primeiro da Lei que instituiu a prisão temporária a possibilidade da decretação da medida quando se tratar de crimes contra o sistema financeiro, parece claro ter o legislador infraconstitucional afrontado o princípio da proporcionalidade.

Segundo Yacobucci, o conceito jurídico de proporcionalidade no campo penal traz o seguinte direcionamento:

No campo penal, este princípio representa um modo de racionalidade política, mais precisamente de racionalidade político criminal, já que regula prudentemente o nível de impacto da potencialidade punitiva no convívio social. Destes critérios de proporcionalidade penal surgem incluso os princípios de *ultima ratio*, subsidiariedade, intervenção mínima, tolerância, insignificância e ofensividade, já que estes recebem daquele sua consistência explicativa. Disse a esse respeito Prittwitz que o princípio da proporcionalidade requer os critérios de subsidiariedade e de *ultima ratio* para poder influir realmente na formulação da política criminal, pois do contrário seria a proporcionalidade um simples critério formal de relação entre meio e fim³³⁷.

Colocando o tema sob análise estritamente legal, encontram-se autores como Tigre Maia, que consideram a norma manifestamente inconstitucional, alicerçando sua opinião nas lições de Alberto Silva Franco.

³³⁷“En el campo penal, este principio representa un modo de racionalidad política, más precisamente de racionalidad político criminal, por cuanto regula prudencialmente el nivel de impacto de la potestad punitiva en la existencia social. De esos criterios de proporcionalidad penal surgen incluso los principios de *ultima ratio*, subsidiariedad, mínima intervención, tolerancia, insignificancia y ofensividad, por cuanto estos reciben de aquel su consistencia explicativa. Dice a ese respecto Prittwitz que el principio de proporcionalidad requiere criterios de subsidiariedad y de *ultima ratio* para poder influir realmente en la formulación de la política criminal, pues de lo contrario sería la proporcionalidad un simple criterio formal de relación entre medio y fin”. (YACOBUCCI, Guillermo Jorge. El Principio de Proporcionalidad como Regla Fundamental de La Política Criminal. In Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo, livro em homenagem ao Prof. Dr. Cezar Roberto Bitencourt, Coordenador Andrei Zenkner Schmidt. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.91).

A Lei federal 7.960/89, em seu art.1º, inciso III, alínea “o”, incluiu os crimes da Lei de Regência dentre os susceptíveis de decretação da prisão temporária. A malsinada norma legal, que instituiu um tipo de “prisão para averiguações”, é manifestamente inconstitucional. Ainda que longa, é indispensável transcrever a candente e lúcida análise de Alberto Silva Franco, que desnudou com perfeição a invalidade desta norma³³⁸.

Assim deveria ser, mas em vista das razões pragmáticas, forçoso reconhecer a aplicação da referida norma, possibilitando a incidência da medida no caso da prática daqueles crimes.

Contudo, parece clara a afronta ao princípio da proporcionalidade, já que deveria permanecer recluso o indigitado, mesmo provisoriamente, somente no caso de uma provável possibilidade de condenação ao final do processo. Da forma como ocorre a decretação da prisão temporária no Brasil, não há sequer a hipótese de previsão sobre um posterior processo penal, muito menos, de uma condenação que possa levar o réu a sujeitar-se à execução da pena.

Portanto, resta concluir com CÂMARA no seguinte sentido: “A prisão temporária, nos crimes contra o sistema financeiro nacional, raramente pode ter incidência em razão da aplicação do princípio da proporcionalidade, emanação do princípio constitucional da presunção de inocência”³³⁹.

6. CONCLUSÃO.

³³⁸ MAIA, Rodolfo Tigre. DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL. São Paulo: Malheiros, p.169.

³³⁹ CÂMARA, L.A. Obra citada, p.247.

Embora o inquérito policial subsista como principal representante da fase preliminar do processo penal no Brasil, o fato é que o sistema se encontra em crise. Persistindo a manutenção do sistema policial de investigação criminal, necessárias se fazem mudanças estruturais no modelo adotado, sob pena da completa falência do sistema.

O chamado Termo Circunstanciado de Infração Penal, modelo criado para apurar os fatos caracterizados como de menor potencial ofensivo, apesar de recente no cenário nacional demonstra ser possível realizar o fim para o qual foi criado. Do ponto de vista doutrinário, parece próximo se chegar a um padrão razoável de resolução dos casos penais, sem atropelar os direitos e garantias fundamentais, principalmente no que se refere à criminalidade econômica, tornando-se relevante ferramenta aos operadores do direito.

A atuação investigatória dos parlamentares, realizada através das CPIs apresenta-se como indispensável no Estado Democrático de Direito. Estas Instituições se encontram em posição mais confortável para investigações de grande porte, mormente das que tratam da criminalidade econômica organizada. Como ponto negativo, pode-se apontar a utilização das CPIs para fins eleitoreiros, questão que pode ser vencida através de mudanças legislativas.

O Ministério Público continua realizando a investigação criminal baseado nas razões que foram expostas no presente trabalho, principalmente no campo dos delitos não convencionais. Indiscutivelmente, o *parquet* possui incomparável independência para promover investigações preliminares, fator preponderante quando se trata de crime econômico organizado e lavagem de dinheiro.

Levando em consideração a posição de país emergente que ocupa o Brasil hoje, indispensável a atuação de Instituições como o Banco Central, CVM, Secretaria da Receita Federal e COAF no combate ao crime econômico organizado e à lavagem de dinheiro.

A sociedade atual é indiscutivelmente do risco, o grau de desenvolvimento que alcançamos continua a requerer a intervenção do Direito penal econômico como instrumento de conscientização social e não mais apenas de controle da sociedade. Não se vislumbra a possibilidade da adoção de um direito penal

mínimo, em vista das novas tendências de proteção aos bens jurídicos supra-individuais.

A admissão da criminalidade socioeconômica enquanto categoria à parte, requer a utilização em maior escala de tipos de perigo e de imprudência. O conceito de criminalidade econômica ainda traz discussões doutrinárias acirradas, caminhando inclusive para sua negação enquanto ramo autônomo. O bem jurídico tutelado é de caráter geral e difuso, de natureza supra-individual. A pessoa que pratica o crime não convencional possui peculiaridades e motivações distintas do criminoso comum. A admissão da responsabilidade criminal da pessoa jurídica ainda é assunto que suscita acirrada discussão no campo acadêmico e jurisprudencial, havendo uma tendência mundial em reconhecê-la, principalmente em vista da criminalidade socioeconômica.

A aceitação de um segmento autônomo que tutele os bens jurídicos supra-individuais, admitindo-se a existência de um ramo científico independente denominado Direito Penal Econômico ainda não é reconhecido no Brasil. A regulamentação brasileira sobre o tema assesta-se sobre legislação esparsa, e a denominação é utilizada principalmente para fins didáticos, motivo pelo qual a investigação criminal nos crimes contra a ordem econômica é dotada de grande complexidade.

Os Crimes Contra a Ordem Tributária estão definidos na Lei nº. 8.137 de 27/12/1990, já que houve a derrogação da lei anterior. A questão da extinção da punibilidade através do pagamento do tributo antes ou depois do recebimento da denúncia, embora constitua relevante instrumento de arrecadação do Fisco, contraria a lógica da persecução criminal baseada em fins diversos propostos pela Justiça Criminal, além de desestimular o trabalho realizado pelos órgãos investigatórios.

Levando em conta a atividade - fim do órgão enquanto responsável pelo enfrentamento da criminalidade socioeconômica, bem como responsável pelo posterior desenvolvimento de um processo penal eficaz e ausente de nulidades, aponta-se quatro Instituições atuantes no Brasil: a Polícia Civil, a Polícia Federal, o Ministério Público Estadual e o Ministério Público Federal. A polícia judiciária

estadual não está suficientemente preparada para investigar o crime econômico organizado, situação diversa encontra-se na polícia judiciária federal que caminha no sentido da especialização do combate a delitos econômicos. O Ministério Público Estadual vem atuando de forma organizada, através de promotorias especializadas, na investigação preliminar de crimes econômicos. O Ministério Público Federal até por uma questão de competência destaca-se de forma mais concentrada com referência a investigações criminais de delitos econômicos.

Em vista do grau de dificuldade na fase pré-processual, tem se verificado uma tendência crescente de flexibilização de direitos e garantias fundamentais. A coleta de provas na fase preliminar do processo penal vem utilizando cada vez mais a tecnologia, fator que implica a supressão do direito à intimidade e à vida privada, com a conseqüente quebra do sigilo das comunicações. Paralelamente, a apuração de ilícitos econômicos traz como principal instrumento comprobatório a necessidade de informações bancárias e fiscais dos investigados, a requerer a quebra dos sigilos bancário e fiscal dos envolvidos. Tais instrumentos podem ser utilizados sob a indispensável autorização judicial específica.

Uma inovação severamente criticada no ordenamento pátrio refere-se ao delator, produto do conceito de crime organizado, apesar dos pontos negativos aportou no Brasil e acomodou-se, devendo a *praxis* demonstrar a sua receptividade no auxílio da persecução criminal de crimes econômicos.

Em vista do tema tratado neste esboço, ao atacar a questão das medidas cautelares de caráter pessoal, restringimos a análise à prisão preventiva e temporária. Com referência à primeira espécie, observados os pressupostos e requisitos dispostos no Código de Processo Penal, trata-se de um expediente legítimo a ser utilizado durante a investigação criminal de delitos econômicos. Ao contrário, a prisão temporária veio legitimar a chamada “prisão para averiguações”, constituindo uma forma de restrição antecipada da liberdade do indivíduo, que afronta a Constituição Federal, justificada sua utilização na investigação de delitos empresariais somente pelo seu caráter intimidatório. Nos crimes contra o sistema financeiro nacional a prisão temporária é atentatória ao princípio da proporcionalidade.

7. Referências Bibliográficas.

AGUADO, Paz M. de *La Cuesta. Sociedad del riesgo y Derecho penal*. In: Luis Miguel Reyna Alfaro (Coord.). NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA. Lima: ARA Editor es, 2005.

ALFARO, Luis Miguel Reyna, Coordinador. *Nuevas Tendências del Derecho Penal Económico y de La Empresa*. Lima: ARA Editores E.I.R.L., 2005.

AMBOS, Kai; CHOUKR, Fauzi Hassan (coordenação). *Processo Penal e Estado de Direito*. Campinas: Edicamp, 2002.

AMBOS, Kai. *Domínio del hecho por dominio de voluntad en virtud de aparatos organizados de poder*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1998.

ARAGÃO, Paulo Cezar. A CVM EM JUÍZO: LIMITES E POSSIBILIDADES. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Coordenador Arnaldo Wald: Editora RT. São Paulo: RT, ano 9, n. 34, p.38 -49, 2006

ARAUJO Jr., João Marcello de. *Dos Crimes Contra a Ordem Econômica*. São Paulo: RT 1995.

AVOLIO, Luiz Francisco Torquato. *PROVAS ILÍCITAS*. Interceptações telefônicas, ambientais e gravações clandestinas. 3º ed. São Paulo: RT, 2003.

BARATTA, Alessandro. *Criminologia Crítica e Crítica do Direito Penal*. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

BATISTA, Nilo. *Introdução Crítica ao Direito Penal Brasileiro*. Rio de Janeiro: Revan, 1996.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo*. Hacia uma nueva modernidad. Barcelona, Espanha: Paidós Ibérica S. A., 2002.

BITENCOURT, Cezar Roberto. A INCONSTITUCIONALIDADE DA RESOLUÇÃO Nº13 DO CONSELHO NACIONAL DO MINISTÉRIO PÚBLICO. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 14, boletim mensal n.170, janeiro, pp. 11 -12, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto e SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito Penal Econômico Aplicado*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

_____, *Tratado de Direito Penal*, v.1, 8.ed.São Paulo: Saraiva, 2003.

BONATO, Gilson, Organizador. *Direito Penal e Processual Penal, Uma Visão Garantista*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

BONATO, Gilson. *Devido Processo Legal e Garantias Processuais Penais*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2003.

CÂMARA, Luiz Antonio. *Prisão e Liberdade Provisória*. Curitiba: Juruá, 1997.

_____, *REFLEXÕES ACERCA DAS MEDIDAS CAUTELARES PESSOAIS NOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL*. In: GEVAERD, Jair e TONIN, Marta Marília, coordenadores. *DIREITO EMPRESARIAL & CIDADANIA*, questões contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2006. p.231 -247.

CAPEZ, Fernando. *Curso de Direito Penal*, v.4. São Paulo: Saraiva, 2006.

CALLEGARI, André Luís. *Direito Penal Econômico e Lavagem de Dinheiro*. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2003.

CERVINI, Raúl e Tavares, Juarez. *Princípios de Cooperação Judicial Penal Internacional no Protocolo do Mercosul*. São Paulo: RT, 2000.

CERVINI, Raúl. *Os Processos de Descriminalização*, 2º. ed. São Paulo: RT, 2002.

CHIAPPINI, Carolina e PEIXOTO, Marcelo Magalhães. *Sigilo Bancário e Fiscal no Direito Brasileiro*. In: Reinaldo Pizolio e Jayr Viégas Gavalhão Jr. (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, 393 -424.

CORREIA, Eduardo. *NOTAS CRÍTICAS À PENALIZAÇÃO DE ACTIVIDADES ECONÓMICAS*. In: *Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico*. Coimbra: 1985.

COSTA JUNIOR, Paulo; QUEIJO, Maria Elizabeth e MACHADO, Charles Marcildes. *Crimes do Colarinho Branco*. São Paulo: Saraiva, 2000.

COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda. *O Ato administrativo de Instauração do Inquérito Policial*, in estudos Jurídicos em Homenagem a Manoel Pedro Pimentel, São Paulo, RT.

_____, *A Lide e o Conteúdo do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1998.

_____, *FUNDAMENTOS À INCONSTITUCIONALIDADE DA DELAÇÃO PREMIADA*. Boletim IBCCRIM. São Paulo: IBCCRIM, ano 13, boletim mensal n.159, p.1. fevereiro /2006.

_____, e CARVALHO, Edward Rocha de. *Acordos de Delação Premiada e o Conteúdo Ético Mínimo do Estado*. In: Andrei Zenkner Schmidt (Coord.). *Novos*

Rumos do DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO. Rio de Janeiro: Lum en Juris, 2006, p.303-312.

CRUZ, Paulo Márcio. *Fundamentos do Direito Constitucional*. Curitiba, Juruá, 2002.

DEODATO, Felipe Augusto Forte de Negreiros. *Direito Penal Econômico*. Curitiba: Juruá, 2003.

DIAS, Jorge Figueiredo. *Direito Penal Econômico*. Ciclo de Estudos- Coimbra- CEJ, 1985.

____ e ANDRADE, Manuel da Costa. *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2001.

____, *O direito penal entre a “sociedade industrial” e a “sociedade do risco”*. In: Luis Miguel Reyna Alfaro (Coord.). *NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA*. Lima: ARA Editores, 2005.

DUARTE, Maria C.A. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

EISELE, Andreas. *Crimes Contra o Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo: Malheiros, 1999.

EISELE, Andréas. *Crimes Contra a Ordem Tributária*, 2º.ed..São Paulo: Dialética, 2002.

EIZIRIK, Nelson. O Colegiado da CVM e o CRSFN como Juízes Administrativos: Reflexões e Revisão. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**, Coordenador Arnaldo Wald: Editora RT. São Paulo: RT, ano 9, n. 34, p. 32 - 37, 2006.

FELDENS, Luciano. *Tutela Penal de Interesses Difusos e Crimes do Colarinho Branco*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERNANDES, Antonio Scarance. *Processo Penal Constitucional*. São Paulo: RT, 2000.

FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. *La delincuencia económica desde el punto de vista criminológico*. In: Luis Miguel Reyna Alfaro (Coord.). *NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA*. Lima: ARA Editores, 2005.

- _____, *La delincuencia económica. Un enfoque criminológico y político criminal*. In: ESTUDIOS PENALES, Libro Homenaje al Prof. J. Anton Oneca. Salamanca: Ediciones Universidad de Salamanca, 1982, p.587
- FERREIRA, Roberto dos Santos. *Crimes Contra a Ordem Tributária*, 2º. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FILHO, Eduardo Espínola. *Código de Processo Penal Anotado*. Campinas: Bookseller, 2000.
- FOLMANN, Melissa. *Sigilo Bancário e Fiscal*, 2º.ed. Curitiba: Juruá, 2006.
- FONSECA, Antonio Cezar Lima da. *Direito Penal do Consumidor*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999.
- FREITAS, Alexandre Diniz de Oliveira. A CVM E O COMBATE À “LAVAGEM” DE DINHEIRO NO MERCADO DE CAPITAIS. **Revista de Direito Bancário e do Mercado de Capitais**. Coordenação Arnaldo Wald. São Paulo: RT. Ano 9, n.34, p. 59-68, 2006.
- FREYRE, Raúl A. Pena Cabrera. CÓDIGO PENAL. Lima: Jurista Editores, 2006.
- GEBRAN NETO, João Pedro. *Inquérito Policial*. Curitiba: Juruá, 1996.
- GEVAERD, Jair. *Direito Societário, teoria e prática da função*, v.1. Curitiba: Gênese, 2001.
- GEVAERD, Jair e TONIN, Marta Marília, coordenadores. *DIREITO EMPRESARIAL & CIDADANIA*, questões contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2006.
- GOMES, Luiz Flávio e Antonio Garcia – Pablos de Molina. *Criminologia*. 3º. ed. São Paulo: RT, 2000.
- GRECO, Marco Aurélio. *Sigilo do fisco e perante o Fisco*. In: Reinaldo Pizolio e Jayr Viégas Gavalhão Jr. (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.75-90.
- GRECO Filho. Vicente. *Interceptação telefônica*. 2º. ed. São Paulo: Saraiva, 2006.
- GRINOVER, Ada Pellegrini. *A REFORMA DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL*. Revista Brasileira de Ciências Criminais: São Paulo: IBCCRIM, RT, n.31, p.65-74, 2000.
- GUARAGNI, Fábio André. *A Revelia e a Suspensão do Processo Penal*. Curitiba: Juruá, 1997.

_____. *PRESCRIÇÃO PENAL E IMPUNIDADE*. Crítica ao Sistema Prescricional Penal Brasileiro. Curitiba: Juruá, 2000.

_____, *O NOVO TRATAMENTO DOS CRIMES CONTRA A PROPRIEDADE INTELECTUAL À LUZ DO DIREITO PENAL ECONÔMICO*. In: GEVAERD, Jair e TONIN, Marta Marília, coordenadores. *DIREITO EMPRESARIAL & CIDADANIA*, questões contemporâneas. Curitiba: Juruá, 2006, p.97 -111.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira. *Direito Penal Econômico*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

HESSE, Konrad. *A Força Normativa da Constituição*. Porto Alegre: Fabris, 1991.

JARDIM, Afrânio Silva. *Direito Processual Penal: estudos e pareceres*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.

HOUAISS, Antônio. *Dicionário Eletrônico Houaiss da língua portuguesa*. Manaus: Instituto Antônio Houaiss, Editora Objetiva, set. 2004. 1 CD-ROM.

KERN, Alexandre. *O Controle Penal Administrativo nos crimes contra a ordem tributária*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

LASSALLE, Ferdinand. *A Essência da Constituição*, 6º. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

LEITE, Eduardo de Oliveira. *Monografia Jurídica*. 7.ed. São Paulo: RT, 2006.

LOPES Jr., Aury. *Sistemas de investigação Preliminar no Processo Penal*, 3º. Ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2005.

_____, *O Tempo como Pena Processual: em Busca do Direito de ser Julgado em um Prazo Razoável*. In: Andrei Zenkner Schmidt (Coord.). *Novos Rumos do DIREITO PENAL CONTEMPORÂNEO*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.195 - 220.

LOVATTO, Alécio Adão. *Crimes Tributários*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2003.

MACEDO, Carlos Márcio Rissi. *Lavagem de Dinheiro*. Curitiba: Juruá, 2006.

MACHADO, Marta Rodriguez Assis. *SOCIEDADE DO RISCO e DIREITO PENAL*. Uma avaliação de novas tendências político criminais. São Paulo: IBCCRIM, 2005 (Monografias / IBCCRIM; 34).

MAIA, Rodolfo Tigre. *Lavagem de Dinheiro*. São Paulo: Malheiros, 1999.

_____, *DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL* .1.ed. 2. tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

MAIER, Julio B. J. Compilador. *DELITOS NO CONVENCIONALES*. Buenos Aires: Editores del Puerto s.r.l., 1994.

MAÍLLO, Alfonso Serrano. *El Papel de los Delitos de Cuello Blanco en los Paradigmas Antiempíricos*. In: Luis Miguel Reyna Alfaro (Coord.). *NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO PENAL ECONÓMICO Y DE LA EMPRESA*. Lima: ARA Editores, 2005.

_____, *VALOR DE LAS ESCUCHAS TELEFÓNICAS COMO PRUEBA EN EL SISTEMA ESPAÑOL. NULIDAD DE LA PRUEBA OBTENIDA ILEGALMENTE*. **Revista Brasileira de Ciências Criminais** : São Paulo, n.15,p.13-21, jul. /set. 1996.

MARCELLUS, Polastri Lima. *Curso de Processo Penal*, v.II.3 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris 2006.

MARQUES, José Frederico. *Elementos de Direito Processual Penal*. V.1, Campinas: Bookseller, 1997.

MARTINS, Ives Gandra da Silva. *CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA*. 4. ed. In: Coordenador Ives Gandra da Silva Martins. *CRIMES CONTRA A ORDEM TRIBUTÁRIA*. São Paulo: RT e Centro de Extensão Universitária, 2002.

MINATEL, José Antonio. *Sigilo Bancário x Sigilo Fiscal*. In: Reinaldo Pizolio e Jayr Viégas Gavalhão Jr. (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005,p.249-268.

MIRABETE, Julio Fabrini. *Processo Penal*. São Paulo: Atlas, 2001.

MORAES, Alexandre de. *Direito Constitucional*. 13º ed. São Paulo. Atlas, 2003.

MORAES, Rodriigo Iennaco de. *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica*. Curitiba: Juruá, 2006.

NUCCI, Guilherme de Souza. *Manual de Processo Penal e Execução Penal*. 2º.Ed. São Paulo: RT, 2006.

PENTEADO, Jaques de Camargo, Coordenador. *JUSTIÇA PENAL 3. O CRIME ORGANIZADO (ITÁLIA E BRASIL)A MODERNIZAÇÃO DA LEI PENAL*. São Paulo:RT,1995.

PEREZ, Carlos Martinez-Buján. *DERECHO PENAL ECONÓMICO PARTE GENERAL*. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998.

PIERANGELI, José Henrique. *PROCESSO PENAL, Evolução Histórica e Fontes Legislativas*. Bauru: Editora Jalovi, 1983.

_____, *ESCRITOS JURÍDICO-PENALIS*. 2º ed. rev. e amp. São Paulo: RT, 1999.

_____, *O CONSENTIMENTO DO OFENDIDO*. Na Teoria do Delito. 3º. ed. São Paulo: RT, 2001.

PINHEIRO Jr. Gilberto José. *Crimes Econômicos*. Campinas: Edicamp, 2003.

PINHO, Ana Cláudia B. de. Em Busca de Um Direito Penal Mínimo e de Uma Redefinição de Papel Para o Ministério Público. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 8, boletim mensal n.95, outubro, p.13, 2000.

PITOMBO, Antônio Sérgio A. de Moraes. *Lavagem de dinheiro*. A tipicidade do crime antecedente. São Paulo: RT, 2003.

PIZOLIO, Reinaldo; GAVALDÃO Jr., Jayr Viégas, coordenadores. *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005.

PODVAL, Roberto (organizador). *Temas de Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT 2001.

PRADO, Geraldo. *Limite às Interceptações Telefônicas e a Jurisprudência do STJ*, 2º. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

PRADO, Luiz Regis. *Direito Penal Econômico*. São Paulo: RT, 2004.

PROJETO DE LEI DAS INTERCEPTAÇÕES TELEFÔNICAS E LIBERDADE DE IMPRENSA. **Boletim IBCCRIM**. São Paulo: IBCCRIM, ano 13, boletim mensal n.159, p.1. fevereiro /2006.

RAMOS, Saulo. CPI: testemunha e indiciado. **Folha de São Paulo**, São Paulo, 28 de abril de 1999, pp.1-3.

REALE, Miguel e MARTINS, Ives Gandra da Silva. Sigilo Bancário. Inconstitucionalidade do Decreto n. 4489 de 28/11/2002. In: Reinaldo Pizolio e Jayr Viégas Gavalvão Jr. (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, p.43-74.

RIBEIRO, Luiz Antonio de Oliveira. *Sigilo Fiscal e Bancário*. In: Reinaldo Pizolio e Jayr Viégas Gavalhão Jr. (coord.). *Sigilo Fiscal e Bancário*. São Paulo: Quartier Latin, 2005, 297-316.

RÍOS, Rodrigo Sánchez. *Das Causas de Extinção da Punibilidade nos Delitos Econômicos*. São Paulo: RT, 2004.

_____, *PRISÃO E TRABALHO*. Coleção Ponto de Partida dois. Curitiba: editora Universitária Champagnat, 1994.

ROCHA, Manuel Antonio Lopes. *A Responsabilidade das Pessoas Coletivas*. In: Ciclo de Estudos de Direito Penal Económico. Coimbra: Centro de Estudos Judiciários, 1985, p 107-188.

_____, *O CRIME FISCAL*. Porto Algere: Sergio Antonio Fabris Editor, 1998.

ROTHENBURG, Walter Claudius. *A Pessoa Jurídica Criminosa*. Curitiba: Juruá, 2005.

SAGGESE, Silvina Bacigalupo. *LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS EN EL CÓDIGO PENAL DE 1995*. In: CURSO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO, Dirección: Enrique Bacigalupo. Madrid: Marcial Pons, 1998. p -65-86.

SÁNCHEZ, Jesús-Mariá Silva. *A EXPANSÃO DO DIREITO PENAL*. Trad. Luiz Otavio de Oliveira Rocha. São Paulo: RT, 2002.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Teoria da Pena*. Curitiba: ICPC; Lumen Juris, 2005.

_____, *A Moderna Teoria do Fato Punível*. 3 ed. rev. e amp. Curitiba: Editora Fórum, 2004.

SCHMIDT, Andrei Zenkner, Coordenador. *Novos Rumos do Direito Penal Contemporâneo*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

_____, e FELDENS, Luciano. *O Crime De Evasão de Divisas. A Tutela Penal do Sistema Financeiro Nacional na Perspectiva da Política Cambial Brasileira*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

SILVA, Eduardo Araujo da. *CRIME ORGANIZADO*. São Paulo: Atlas, 2003.

SILVA, José Afonso da. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 18º.ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. *Direito Penal Supra-individual, Interesses Difusos*. São Paulo: RT, 2003.

SIQUEIRA FILHO, Elio Vanderley. *REPRESSÃO AO CRIME ORGANIZADO*, 2º. ed. Curitiba: Juruá, 2003.

SIRVINSKAS, Luis Paulo. *TUTELA PENAL DO MEIO AMBIENTE*, 2º. ed., São Paulo: 2002.

SMANIO, Gianpaolo Poggio. *Tutela Penal dos Interesses Difusos*. São Paulo, Atlas, 2000.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *PRIMEIRAS LINHAS DE DIREITO ECONÔMICO*. 5º. ed., São Paulo: LTR, 2003.

THUMS, Gilberto. *Sistemas Processuais Penais e a Questão do Tempo*. In: Andrei Zenkner Schmidt (Coord.). *Novos Rumos do DIREITO PENAL CONTENPORÂNEO*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.275-302.

TORNAGHI, Hélio. *Curso de Processo Penal*. v.1, São Paulo : Saraiva, 1995.

TÓRTIMA, José Carlos e TÓRTIMA, Fernanda Lara. *Evasão de Divisas*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. *Processo Penal*. V. 1, 11ª. Edição, São Paulo: Saraiva, 1989.

TUCCI, Rogério Lauria. *Ministério Público e Investigação Criminal*. São Paulo: RT, 2004.

VALLE. Carlos Perez del. *INTRODUCCIÓN AL DERECHO PENAL ECONÓMICO*. In: *CURSO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO*. Madrid: Marcial Pons ediciones jurídicas y sociales S.A, 1998, p.19-38.

VALLEJO, Beatriz de la Gándara. *El Sujeto del Derecho Penal Económico Y La Responsabilidad Penal y Sancionatoria de Las Personas Jurídicas*. In: Enrique Bacigalupo (dirección). *CURSO DE DERECHO PENAL ECONÓMICO*. Madrid: Marcial Pons, 1998, p.61

YACOBUCCI, Guillermo Jorge. *El Principio de Proporcionalidad como Regla Fundamental de la Política Criminal*. In: Andrei Zenkner Schmidt (Coord.). *Novos Rumos do DIREITO PENAL CONTENPORÂNEO*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006, p.85-102.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl e PIERANGELI, José Henrique. *Manual de DIREITO PENAL BRASILEIRO. Parte Geral*. 3.ed. rev.e amp. São Paulo: RT,2001.

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](#)