



Universidade do Estado do Rio de Janeiro
Centro de Ciências Sociais
Faculdade de Direito

Felipe Machado Caldeira

Direito Penal Bancário: a tutela penal do banco e do crédito

Rio de Janeiro
2010

Livros Grátis

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

Milhares de livros grátis para download.

Felipe Machado Caldeira

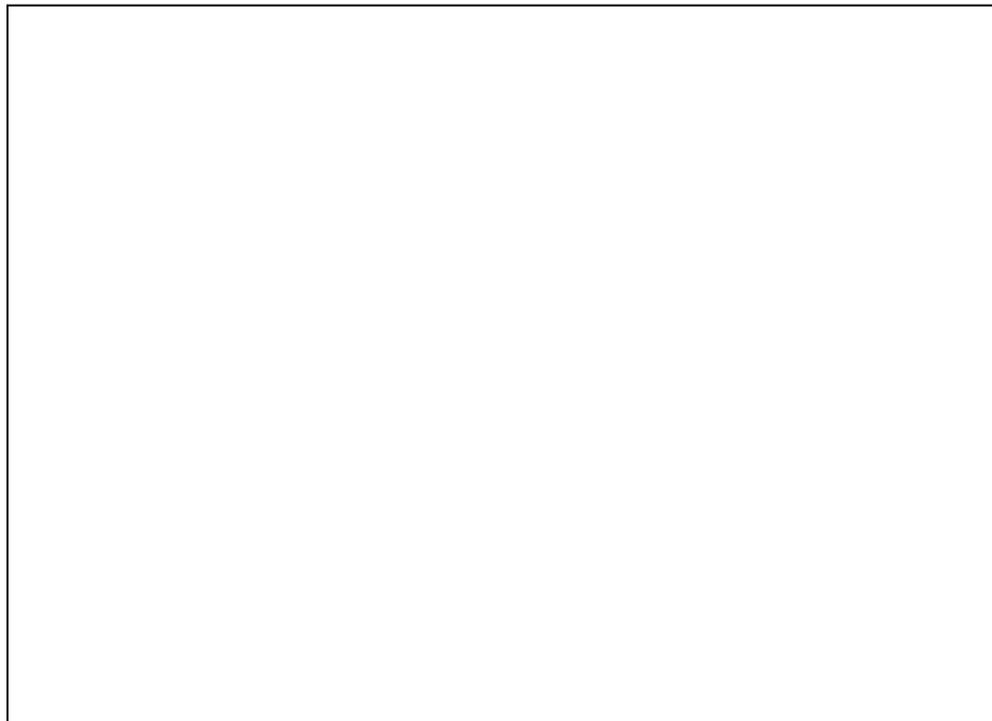
Direito Penal Bancário: a tutela penal do banco e do crédito

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Penal.

Orientador: Professor Doutor Artur de Brito Gueiros Souza

Rio de Janeiro
2010

CATALOGAÇÃO NA FONTE
UERJ / REDE SIRIUS / BIBLIOTECA CSS/C



Autorizo, apenas para fins acadêmicos e científicos, a reprodução total ou parcial desta dissertação.

Assinatura:

Data:

Felipe Machado Caldeira

Direito Penal Bancário: a tutela penal do banco e do crédito

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação da Faculdade de Direito, da Universidade do Estado do Rio de Janeiro, como requisito para a obtenção do título de Mestre em Direito Penal.

Orientador: Professor Doutor Artur de Brito Gueiros Souza

Aprovado em: _____

Banca examinadora:

Artur de Brito Gueiros Souza
Professor Doutor da Faculdade de Direito da UERJ

Carlos Eduardo Adriano Japiassú
Professor Doutor da Faculdade de Direito da UERJ

Luciana Boiteux de Figueiredo Rodrigues
Professora Doutora da Faculdade de Direito da UFRJ

Rio de Janeiro
2010

Aos Professores do departamento de Direito Penal
da Faculdade de Direito da Universidade do Estado
do Rio de Janeiro

AGRADECIMENTOS

Inicialmente, preciso agradecer a minha família pelo estímulo incondicionado à minha formação acadêmica, desenvolvimento pessoal e profissional: minha mãe e meu irmão pelo exemplo, meu pai pelo apoio, minha namorada pela compreensão e meus companheiros caninos por seu carinho.

No desenvolvimento do estudo devo especial agradecimento ao Professor Artur de Brito Gueiros Souza quem, a partir do primeiro semestre de 2008 na disciplina “Direito penal econômico”, passou a me fornecer todos os elementos necessários ao tema e, após a formalização de sua orientação, só veio a consolidar o seu apoio, notadamente pela liberdade para criação e reflexão. Também devo agradecer as valiosas contribuições dos Professores Carlos Eduardo Adriano Japiassú e Jorge Luís Fortes Pinheiro da Câmara durante a minha qualificação, e da Professora Patrícia Mothé Glioche Bezé em razão da disciplina “Direito penal e Constituição”, fundamental para o desenvolvimento de diversas passagens deste estudo. Agradeço, ainda, a Professora Neli Luiza Cavalieri Fetzner quem, sempre de forma atenciosa e paciente, colaborou na revisão metodológica do estudo. Por fim, não poderia deixar de agradecer ao colega de mestrado Eduardo Viana Portela Neves pelos valiosos debates. Muito obrigado, meu amigo!

No campo profissional, devo agradecer ao meu sócio Edson de Siqueira Ribeiro Filho também pela liberdade para criação e reflexão, sobretudo pela oportunidade de desenvolver e vivenciar na prática todo o conteúdo acumulado na área do Direito penal econômico pelo exercício de uma advocacia honesta, ousada e inovadora.

RESUMO

CALDEIRA, Felipe Machado. *Direito Penal Bancário: a tutela penal do banco e do crédito*, Brasil, 2010, 109f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade do Estado do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2010.

O Direito penal contemporâneo se apresenta como uma área ampla ao desenvolvimento, notadamente pelo fenômeno da globalização econômica e integração regional os quais impulsionaram o desenvolvimento das novas tecnologias e, conseqüentemente, os ilícitos penais. Por outro lado, nos Estados contemporâneos, a economia ganhou contornos constitucionais, fundamentando a sua tutela penal. É neste binômio internacionalização-constitucionalização do Direito penal que os crimes econômicos se desenvolveram. No âmbito desta criminalidade, o banco passa a funcionar como um importante instrumento, também podendo figurar como vítima, e o crédito como objeto material do ilícito penal-econômico, revelando os contornos necessários ao estudo do Direito penal bancário. Assentada a legitimidade e o limite desta nova área do Direito penal, surge a necessidade de seu estudo.

Palavras-chave: Direito Penal Econômico. Constituição. Banco. Crédito.

ABSTRACT

The contemporary criminal law presents itself as a large area to development, notably the phenomenon of economic globalization and regional integration which has fueled the development of new technologies and, consequently, the criminal offenses. Moreover, the contemporary economy gained constitutional contours and justify its criminal custody. This is the binomial internacionalization-constitutionalization of criminal law that economic crimes were developed. As part of this crime, the bank starts to operate as an important instrument, also may appear as a victim, and the credit as the material object of the economic crime, revealing the contours necessary for the study of banking criminal law. Settled the legitimacy and limits of this new area in the criminal law, arises the need for its study.

Keywords: Economic Criminal Law. Constitution. Bank. Credit.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	11
1. CONSTITUIÇÃO, BEM JURÍDICO-PENAL E ECONOMIA	15
1.1. A constitucionalização do Direito penal e os direitos fundamentais	15
1.2. O direito fundamental ao desenvolvimento, a Constituição e a tutela da ordem econômica	18
1.3. Direito econômico e Sistema Financeiro Nacional	20
1.3.1. Direito econômico e sua delimitação	20
1.3.2. Sistema Financeiro Nacional: a organização dos bancos e a gestão do crédito	20
1.3.2.1. As instituições financeiras públicas	24
1.3.2.2. As instituições financeiras privadas	26
1.3.2.2.1. Os bancos	26
1.3.2.2.2. As cooperativas de crédito	29
1.4. Bem jurídico como objeto de tutela penal e a Constituição	30
1.5. A economia como bem jurídico-penal: o Direito penal econômico	34
2. NOÇÕES DE DIREITO BANCÁRIO E DIREITO PENAL ECONÔMICO	37
2.1. Direito bancário	37
2.1.1. Noções iniciais e definição	37
2.1.2. Origem, desenvolvimento e relevância	39
2.1.3. Operações bancárias	40
2.1.4. Atividades de crédito	42
2.2. Direito penal econômico	43
2.2.1. Noções iniciais e definição	43
2.2.2. Origem, desenvolvimento e relevância	44
2.2.3. Posição dentro das ciências penais	48
2.2.4. Princípios	52
3. O CRÉDITO COMO BEM JURÍDICO-PENAL	56
3.1. Noções iniciais	56
3.2. Diferentes manifestações do direito de crédito como objeto da tutela penal	60
3.3. A aproximação ao conceito de crédito para fins de tutela penal	63
3.4. A função constitucional do crédito	64
3.4.1. A liberdade de empresa	65
3.4.2. O desenvolvimento da personalidade	65
4. RESPONSABILIDADE PENAL DOS BANCOS	68
4.1. Noções iniciais	68
4.2. Origem, desenvolvimento e relevância	71
4.3. Premissas e fundamentos da responsabilidade penal da pessoa jurídica: possibilidades dogmáticas	71
5. DELINEAMENTOS DO DIREITO PENAL BANCÁRIO	76
5.1. Noções iniciais	76
5.2. Origem, desenvolvimento e relevância	76
5.3. Definição, bem jurídico-penal tutelado e sujeitos do crime	77
5.4. Crimes bancários	78
5.4.1. Novas tecnologias e criminalidade bancária	78
5.4.2. Estudo comparado da legislação penal bancária	80
5.4.2.1. O bancário-autor	81

5.4.2.1.1. Crimes de exercício da atividade de crédito sem autorização, do exercício abusivo da intermediação do crédito e da assunção abusiva da qualificação de banco	81
5.4.2.2. O banco-vítima	86
5.4.2.1.1. Crime de furto-saque de caixa eletrônico	87
5.4.2.1.2. Crime de assunção abusiva de crédito	87
5.4.2.1.3. Crime de fraude no pedido de crédito	88
5.4.2.3. O banco-instrumento	89
5.4.2.3.1. Crime de abuso de cheque	89
5.4.2.3.2. Crime de abuso de cartão magnético	93
CONCLUSÃO	95
REFERÊNCIAS	99

INTRODUÇÃO

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

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

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

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

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

tanto para os indivíduos como para os Estados. Esta relação exige do Estado e dos organismos internacionais esforços de monitoramento e tutela do setor (abrindo campo operacional à concorrência, flutuando os valores dos depósitos compulsórios, taxas de juros, subministrando os subsídios da política financeira macroeconômica, etc.), a fim de evitar experiências tais como das duas últimas décadas, nas quais muitos países, especialmente aqueles considerados emergentes, têm vivenciado crises bancárias e ciclos de crédito. A maior parte dos estudos sobre o tema é dedicada à investigação destas crises em economias emergentes as quais, por outro lado, têm afetado economias estáveis e desenvolvidas. A década de 1990 foi caracterizada por uma sucessão de crises bancárias como a do Sistema Monetário Europeu, em 1992; a do México, em 1994; a asiática, em 1997, a russa, em 1998; a brasileira, em 1999; e mais recentemente, a Argentina.

A crise mais recente (2008/2009) é um desdobramento da crise financeira internacional, precipitada pela falência do banco de investimento Lehman Brothers, fundado em 1850. Como efeito dominó, outras grandes instituições financeiras faliram, no processo também conhecido como crise dos “subprimes”. Alguns economistas, no entanto, consideram que a crise dos “subprimes” tem sua causa primeira no estouro da bolha da internete (“dot-com bubble”), em 2001, quando o índice Nasdaq despencou. De todo modo, a falência do Lehman Brothers foi seguida, no espaço de poucos dias, pelo abalo econômico da maior empresa seguradora dos Estados Unidos da América, a American International Group. O governo norte-americano, que se recusara a oferecer garantias para que o banco inglês Barclays adquirisse o controle do Lehman Brothers, alarmado com o efeito sistêmico que a falência desta instituição financeira provocou nos mercados financeiros mundiais, resolveu, em vinte e quatro horas, injetar 85 bilhões de dólares de dinheiro público na “American International Group” para preservar suas operações. Em poucas semanas, a crise norte-americana já chegava a Europa: a Islândia estatizou o segundo maior banco do país, que passava por sérias dificuldades financeiras.

As mais importantes instituições financeiras do mundo, Citigroup e Merrill Lynch, nos Estados Unidos; Northern Rock, no Reino Unido; Swiss Re e UBS, na Suíça; Société Générale, na França declararam ter tido grandes perdas em seus balanços, o que agravou ainda mais o clima de desconfiança, que se generalizou. No Brasil, as empresas Sadia, Aracruz Celulose e Votorantim anunciaram perdas bilionárias. Para evitar colapso, o governo norte-americano reestatizou as agências de crédito imobiliário Fannie Mae e Freddie Mac, privatizadas em 1968, que agora ficarão sob o controle do governo por tempo indeterminado. Em outubro de 2008, a Alemanha, a França, a Áustria, os Países Baixos e a Itália anunciaram

pacotes que somam 1,17 trilhão de euros em ajuda ao seus sistemas financeiros. O produto interno bruto da Zona do Euro teve uma queda de 1,5% no quarto trimestre de 2008, em relação ao trimestre anterior, a maior contração da história da economia da zona.

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

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

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

Feito isso, desenvolve-se um capítulo específico objetivando compreender o crédito como bem jurídico-penal pela identificação de sua valoração constitucional, em especial a partir da idéia de liberdade de empresa o do desenvolvimento da personalidade. Ademais, pesquisa-se a crise de 2008/2009 a fim de verificar suas origens e conseqüências, e afirmar a importância do crédito nas sociedades contemporâneas. Após tais considerações, será possível afirmar ou não a legitimidade constitucional da tutela penal do crédito.

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

Em seguida, pretende-se, no último capítulo, delinear o que se poderia considerar como Direito penal bancário por intermédio do estudo da doutrina estrangeira (alemã,

espanhola, francesa e portuguesa), com a identificação de seu de sua origem e desenvolvimento, de seu objeto material e sujeitos, bem como identificação dos principais crimes bancários.

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

1. CONSTITUIÇÃO, BEM JURÍDICO-PENAL E ECONOMIA¹

1.1. A constitucionalização do Direito penal e os direitos fundamentais

A importância da constitucionalização do Direito já foi observada em diversas áreas, “Con todo, dicho fenómeno há sido aún escasamente estudiado y su cabal comprensión seguramente requerirá todavía algunos años.”², notadamente com o Direito penal.³

São duas as fases do constitucionalismo⁴: a fase pré-jurídica e a fase jurídica. A pré-jurídica se desenvolveu nas Idades antiga (antiguidade), média e moderna e compreendeu o período do legicentrismo (influência filosófica do jusnaturalismo), no qual a idéia de Constituição revelava apenas um conteúdo político e sem qualquer força normativa. As revoluções liberais (francesa e americana) marcam o início da Idade contemporânea (pós-modernidade) a qual guarda identidade com a fase jurídica do constitucionalismo⁵, e se divide em dois períodos: o período do constitucionalismo clássico (influência filosófica do positivismo) e o período do constitucionalismo contemporâneo ou neoconstitucionalismo (influência filosófica do pós-positivismo).

Nesta ordem de idéias, contemporaneamente, o constitucionalismo pode ser compreendido como o movimento histórico, filosófico e jurídico que desenvolveu a idéia de

¹ O tema é instigante, e desperta grande interesse acadêmico. Por exemplo, confira-se o excelente trabalho de SILVA, Marcos Josegredi da. *O Direito Penal Econômico e o artigo 17 da Lei nº 7.492/86: Análise de suas elementares, circunstâncias e conseqüências jurídico-penais*. Curitiba: PUC/PR, 2006 (Dissertação). Embora a estrutura deste estudo seja semelhante, até por partirem das mesmas premissas, não se confundem, inclusive nas conclusões.

² CARBONELL, Miguel. *El neoconstitucionalismo en su laberinto*. In *Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta: Madrid, 2007, p. 9.

³ Eduardo Ribeiro Moreira questiona: “Que mudanças o neoconstitucionalismo causou e ainda está por causar no direito penal, o qual parece condicionado, inescapavelmente, à legalidade estrita?” MOREIRA, Eduardo Ribeiro. *Neoconstitucionalismo: a invasão da Constituição*. São Paulo: Método, 2008, p. 161. Luís Roberto Barroso responde: “A repercussão do direito constitucional sobre a disciplina legal dos crimes e das penas é ampla, direta e imediata, embora não tenha sido explorada de maneira abrangente e sistemática pela doutrina especializada.” BARROSO, Luís Roberto. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 337. Conforme se percebe, embora se trate de temática ampla e inexplorada, no âmbito deste estudo serão desenvolvidas apenas as premissas necessárias ao tema, despidas de qualquer ineditismo, em especial sobre o bem jurídico-penal constitucional.

⁴ Conforme conceitua Luigi Ferrajoli, o constitucionalismo pode ser definido como um “sistema de vínculos substanciais”. FERRAJOLI, Luigi. *Sobre dos derechos fundamentales*. In *Teoría del neoconstitucionalismo*. Trotta: Madrid, 2007, p. 71

⁵ REYES, Manuel Aragón. *La Constitución como paradigma*. In *Teorías del neoconstitucionalismo*. Trotta: Madrid, 2007, p. 30.

que todo Estado deveria possuir um documento fundamental (Constituição formal)⁶ com a disciplina sobre a estrutura fundamental do Estado, consubstanciada na organização do Estado e na limitação do poder estatal pela tutela de direitos e garantias fundamentais (Constituição material)⁷. Dada a sua densidade principiológica, este período revela algumas características que influenciarão decisivamente: (i) a natureza jurídica da Constituição por não mais representar um mero instrumento político (período do legicentrismo) ou um simples instrumento formalmente normativo (período do constitucionalismo clássico), mas um instrumento formal e materialmente normativo, o que lhe confere supremacia formal e material sobre as demais normas jurídicas, inclusive, de cunho internacional⁸; (ii) o processo de descodificação⁹ e a criação de microssistemas normativos (“fattispecie”, na Itália, ou “tatbestand”, na Alemanha) os quais não apenas fortalecem da idéia de força normativa da Constituição, mas também afirmam a posição da Constituição como a norma jurídica central¹⁰; e (iii) o fortalecimento da interpretação constitucional, âmbito no qual é desenvolvida uma nova dogmática da interpretação constitucional, envolvendo novas categorias, como os princípios, a ponderação, a argumentação e o discurso.¹¹

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

⁶ “El término ‘Constitución’ es usado en lenguaje jurídico (y político) con una multiplicidad de significados...” (GUASTINI, Riccardo. *Sobre el concepto de Constitución*. In *Teorías del neoconstitucionalismo*. Trotta: Madrid, 2007, p. 15), mas não é possível e não é indicado realizar um estudo completo, cabendo adiantar que se adota a Constituição como a norma jurídica suprema da ordem jurídica (sentido jurídico) e como limite ao poder político (sentido filosófico). No mesmo sentido, CANOTILHO, José Joaquim Gomes. *Direito Constitucional e Teoria da Constituição*. 2.ª ed. Coimbra: Livraria Almedina, 1998. p. 1272-1273. A propósito, a Corte Constitucional italiana decidiu que: “La Corte costituzionale ha infatti affermato che la Costituzione ha sì posto ‘il principio della più stretta riserva di legge in materia penale’, ma ‘in nessun modo’ ha vincolato ‘il legislatore al perseguimento di specifici interessi’: come ha sottolineato lo stesso massimo sostenitore della teoria in esame, la Corte si è sempre astenuta dal sindacare, salvo il limite della incompatibilità, l’oggetto prescelto di tutela”. Corte Constitucional, 5 de junho de 1978, n. 71, Giur. Cost., 1978, p. 602. *Apud* MARINUCCI, Giorgio; DOLCINI, Emilio. *Corso di Diritto Penale*. 2.ª ed. Milano: Giuffrè Editore, 1999. vol. 1, p. 353.

⁷ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Constituição e Crime: uma perspectiva da criminalização e da descriminalização*. Universidade Católica Portuguesa: Porto, 1995, p. 143; CARBONELL, Miguel. *Op cit.*, p. 11.

⁸ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op cit.* p. 19; GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.* p. 17-20.

⁹ Riccardo Guastini refere à expressão “código” constitucional, porém, também afirma que o termo não expressa e seu significado usual, especialmente porque nem todas as normas serão materialmente constitucionais.

GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 19.

¹⁰ REYES, Manuel Aragón. *Op. cit.*, p. 36-39.

¹¹ COMANDUCCI, Paolo. *Modelos e interpretación de la Constitución*. In *Teorías del neoconstitucionalismo*. Trotta: Madrid, 2007, p. 41-67.

Ao lado do desenvolvimento do constitucionalismo, ganha importância a teoria dos direitos fundamentais os quais podem ser concebidos como o conjunto institucionalizado de direitos subjetivos e garantias fundamentais do ser humano para a sua proteção contra o arbítrio do poder estatal (direito de defesa, ligados à primeira geração dos direitos fundamentais) e por tal razão afirma-se que os direitos fundamentais revelam um núcleo essencial (âmbito ou núcleo de proteção, “schutzbereich” ou limite dos limites), o qual é revelado pelo princípio da dignidade da pessoa humana; este núcleo impõe uma vinculação constitucional ampla, inclusive, no campo da interpretação, impondo a adoção da técnica de interpretação restritiva a fim de preservar, ao máximo, a substância do direito fundamental, revelando fundamental importância dentro do Direito penal como forma de limitar a intervenção do Estado nas liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidas –, e estabelecimento de condições mínimas de vida e desenvolvimento da personalidade humana como forma de concretização do princípio da dignidade da pessoa humana (direitos a prestações, vinculados à segunda geração dos direitos fundamentais) –, prisma este que possui importância na identificação dos valores constitucionais os quais irão legitimar a criminalização de condutas¹² e justificar a tutela penal do crédito.

Com efeito, são duas as conseqüências da influência do constitucionalismo e da teoria dos direitos fundamentais ao Direito penal: (i) uma positiva porque desempenham um papel central de legitimidade da normatividade constitucional, não apenas pelo seu catálogo formal, mas, sobretudo, por sua realização material – criminalização de condutas –; e (ii) uma negativa, pois operam como limite negativo da tutela penal. Desta forma, ao que interessa ao Direito penal, a consagração do constitucionalismo, notadamente o princípio da supremacia da Constituição¹³, e a afirmação dos direitos fundamentais, precipuamente seu prisma de defesa do indivíduo e de legitimação da ordem constitucional, informa que a Constituição funcionará como a matriz penal no Estado Democrático de Direito, tanto para legitimar a criminalização de condutas como para limitar a intervenção do Estado pela tutela penal nas liberdades e garantias constitucionalmente reconhecidas. Tal perspectiva é observada pela doutrina na Alemanha¹⁴, Portugal¹⁵, Espanha¹⁶ e Itália¹⁷.

¹² BRICOLA, Franco. *Legalità e Crisi: L'Art. 25 commi 2° e 3° della Costituzione*. In *Rivisitato alla Fine degli Anni '70 Questione Criminale*. 1980, p. 213; CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. Op cit, p. 140-141. Em sentido semelhante, DIAS, Jorge de Figueiredo. Os Novos Rumos da Política Criminal e o Direito Penal Português do Futuro. *Revista da Ordem dos Advogados* n. 43, 1983, p. 13; DIAS, Jorge de Figueiredo. *Direito Penal e Estado-de-Direito Material*. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro, 1982, p. 43.

¹³ Daí porque Riccardo Guastini referir-se à Constituição como uma fonte diferenciada. GUASTINI, Riccardo. Op. cit. p. 21.

¹⁴ ROXIN, Claus. Sentido e limites da pena estatal. In: *Problemas fundamentais de direito penal*. Trad. Ana Paula dos Santos e Luís Natscheradetz. Lisboa: Vega, 1986, p. 33.

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

Demonstrada a importância do constitucionalismo ao Direito penal e a relevância dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, importa afirmar que o direito fundamental ao desenvolvimento é consagrado desde as origens da Organização das Nações Unidas.¹⁸

Por influência das idéias do Estado liberal¹⁹ e dos direitos fundamentais de primeira geração, até a década de 1960 os termos desenvolvimento e crescimento econômico eram considerados sinônimos. A partir de então, com o desenvolvimento do Estado social e dos direitos fundamentais de segunda geração, passa-se a observar uma sensível modificação em seu conteúdo: leva-se em consideração não apenas os direitos das liberdades, mas também os direitos das igualdades (direitos sociais)²⁰ por força das conseqüências negativas do processo de industrialização como a concentração de rendas. Nas décadas seguintes o conceito de desenvolvimento continua a se desenvolver, agora influenciado pela idéia de direitos fundamentais de terceira geração, aliando-se a necessidade de crescimento econômico à de desenvolvimento cultural e social no plano nacional e internacional, baseado na idéia da solidariedade. Seguindo esta linha evolutiva, percebe-se que o termo desenvolvimento adquire

¹⁵ ANDRADE, Manuel da Costa. *A dignidade Penal e a Carência de Tutela Penal como referência de uma doutrina teleológica-racional do crime*. Revista Portuguesa de Ciência Criminal, 2º, abr-jun, 1992, p. 5.

¹⁶ ANTÓN, Tomás Salvador Vives. *Estado de Derecho y Derecho penal, Comentarios a la legislación penal, Derecho penal y Constitución*. Cobo del Rosal (Dir.) Bajo Fernández (Coord.). Tomo I. Madrid: Edersa, 1982, p. 22-23.

¹⁷ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. *Diritto penale: Parte generale*. 2. ed. Bologna: Zanichelli, 1989, p. 3; FIANDACA, Giovanni. *Il "Bene Giuridico" come problema teorico e come criterio di politica criminale*. In *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, Milano, v. 25, n. 21, gen./mar., 1982, p. 50.

¹⁸ Por exemplo, nas Carta de São Francisco e Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, de 1948.

¹⁹ "De facto, é natural que as soluções penais tenham de estar necessariamente condicionadas por uma mudança no tipo de Estado". CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op cit.*, p. 131. Cabe ressaltar que o marco do Estado e do constitucionalismo liberal advém do artigo 16, da Declaração de Direito dos Homens e dos Cidadãos, de 1789. GUASTINI, Riccardo. *Op. cit.*, p. 16. No mesmo sentido, REYES, Manuel Aragón. *Op. cit.*, p. 31.

²⁰ Por exemplo, o 1º Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento, de 1961; o Pacto Internacional relativo aos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966; a Declaração sobre o Progresso e o Desenvolvimento no Campo Social, de 1969.

na normativa internacional um novo significado: o desenvolvimento não deve ser apenas econômico, mas também social.²¹

Diante deste contexto evolutivo do direito fundamental ao desenvolvimento, a intervenção do Estado na ordem econômica foi densificada²² no Brasil com a CRFB/88, em seus artigos 3º, inciso II, e 174, § 1º, revelando a fundamentalidade do direito ao desenvolvimento econômico e social²³ o qual, nesta ótica constitucional, será atingido a partir do princípio distributivo da intervenção do Estado na ordem econômica na produção da riqueza. Busca-se, desta forma, neutralizar ou reduzir as tensões inerentes entre democracia e capitalismo, promovendo o equilíbrio na distribuição de renda e de condições de vida mais saudáveis com o aumento da riqueza produzida.²⁴

Esta idéia sobre o desenvolvimento só é possível pela interpretação constitucional, em especial a partir de seu princípio da unidade, concluindo-se que o artigo 174, da CRFB/88 constitui um direito fundamental ao desenvolvimento nacional planejado e impõe um dever do Estado em promover o desenvolvimento econômico nacional, com qualidade de vida para os cidadãos, o que é realizado pelas políticas públicas. Com efeito, o termo desenvolvimento nacional não é uma sugestão, e sim uma determinação constitucional.²⁵

No âmbito das políticas públicas, ganha destaque a noção de política econômica, a qual se origina após a Primeira Guerra Mundial e se desenvolve a partir da crise de 1929 nos Estados Unidos²⁶, resultado da grande concentração de empresas e relacionamento de massas das pessoas “a exigir a interferência de um intermediário a influir no direcionamento e condução da economia”.²⁷ A partir de então foram desenvolvidas medidas de política

²¹ MOISÉS, Cláudia Perrone. Direitos Humanos e Desenvolvimento: a contribuição das Nações. In AMARAL JR., Alberto; et alli. *O Cinquentenário da Declaração Universal dos Direitos do Homem*. São Paulo: Edusp, 1999, p. 179-196.

²² Afirma-se que foi densificada porque prevista nas Constituições passadas: a Constituição de 1.934, em seu artigo 117, estabelecia proibição a usura, com punição na forma da lei; a Constituição de 1.937, ao versar sobre direitos fundamentais e garantias individuais, em seu artigo 122, inciso XVII, fazia referência aos crimes contra a segurança, integridade do Estado, guarda, economia popular, etc. O mesmo diploma constitucional, em seu artigo 141, em capítulo destinado a Ordem Econômica, equiparou crimes contra a economia popular aos crimes contra o Estado. O artigo 142, determinou punição para a usura; a Constituição de 1.946, em seu artigo 148, estabeleceu reprimenda ao abuso do poder econômico. E, em lei ordinária federal (Lei 4.137/62) de 1.962, em seu artigo 2º, deu-se repressão ao abuso do poder econômico, dispositivo que foi amparado pela Constituição de 1.967, assim como a EC 1/69, em seu artigo 160.

²³ Cabe destacar que a CRFB/88 inovou significativamente ao dispor num título próprio a ordem econômica, contudo, conforme observado, desde 1934, seguindo a evolução histórica experimentada mundialmente, as Constituições brasileiras trataram da ordem econômica, atribuindo em maior ou menor grau de relevância estatal no planejamento econômico nacional e sua implementação.

²⁴ SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004, p. 62-66.

²⁵ *Ibid.*, p. 66-67.

²⁶ SILVA, Marcos Josegredi da. *Op. cit.*, p. 17.

²⁷ FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. 5. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2004, p. 24.

econômica adotada pelos Estados e, conseqüentemente, disciplinadas pela ordem jurídica: surge o Direito econômico.

Na atualidade e na visão de constitucionalização do Direito, incluído o econômico, suas premissas decorrem da CRFB/88, especialmente dos princípios constitucionais previstos na ordem econômica.²⁸ Resta, portanto, que o direito fundamental ao desenvolvimento econômico e social foi consagrado pela Constituição, no âmbito da tutela da ordem econômica e, no que interessa ao Direito bancário e penal bancário, as atividades de crédito e as operações bancárias constituem instrumentos fundamentais a efetivação do direito fundamental ao desenvolvimento.

1.3. Direito econômico e Sistema Financeiro Nacional

1.3.1. Direito econômico e sua delimitação

Revelada a origem do Direito econômico e a sua fundamentação constitucional, cabe observar que de acordo com Fábio Konder Comparato esta área do Direito pode ser entendida como “o conjunto das técnicas jurídicas de que lança mão o Estado contemporâneo na realização de sua política econômica”.²⁹ Por tal razão, numa definição mais completa e restrita, pode-se concebê-lo como sendo a área do Direito que dispõe sobre as normas jurídicas que disciplinam as medidas de política econômica do Estado, em especial pela intervenção estatal na ordem econômica.

1.3.2. Sistema Financeiro Nacional: a organização dos bancos e a gestão do crédito³⁰

²⁸ GRAU, Eros Roberto. *A Ordem Econômica na Constituição de 1988*. 9.ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 24.

²⁹ COMPARATO, Fábio Konder. O Indispensável Direito Econômico. *Revista dos Tribunais*, São Paulo, ano 54, v.353, mar.1965, p.22.

³⁰ O Sistema Financeiro Nacional é regulado pela Lei 4.595, de 31 dezembro de 1964, recepcionada pela Constituição de 1988. O artigo 1º da Lei preceitua que: O Sistema Financeiro nacional, estruturado e regulado pela presente Lei, será constituído: I – do Conselho Monetário Nacional, II – do Banco Central do Brasil, III – do Banco do Brasil S.A, IV – do Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico, V – das demais instituições financeiras públicas e privadas. Além disso, compreende-se inserido no Sistema Financeiro Nacional, consoante o artigo 17, da Lei, as instituições financeiras, as sociedades e fundos de investimento preceituada nos artigos 49 e 50, da Lei 4.728/65 e, também, as outras empresas, as quais dependem de autorização do Banco Central para

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

... é composto por dois principais grupos institucionais: as autoridades monetárias, que são responsáveis pelo funcionamento do sistema, fiscalizando-o e regulando sua atuação através de normas de interesse da Economia Nacional, e as instituições financeiras, que são responsáveis pela intermediação entre os que poupam e investem, operando no sistema em conformidade com as orientações traçadas pelas autoridades monetárias. A Lei n.º 4.595, de 31.12.64, estruturou o atual Sistema Financeiro, delimitando áreas de atuação das instituições componentes do Sistema Financeiro, limitando-o quanto à captação e aplicação de recursos específicos, de modo que umas não interfiram nas operações das outras.³¹

Percebe-se, portanto, que estudo do Sistema Financeiro Nacional é amplo, razão pela qual será desenvolvida a parte relacionada às instituições financeiras e, especificamente, aos bancos a fim de se alcançar as delimitações do Direito bancário. No que se refere à sua organização, observa-se que os bancos se sujeitam a um regime de controle estatal. Sendo este controle uma de intervenção na atividade privada, portanto, medida constitucionalmente excepcional, deve ser disciplinado pelo ordenamento jurídico.

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

funcionar (artigo 49, incisos I e II, da Lei 4.728/65). Acrescente-se ao rol a Comissão de Valores Mobiliários, conforme artigos 8º e 9º, da Lei 6.385/76.

³¹ FORTUNA, Eduardo. *Mercado Financeiro: Produtos e Serviços*, 10. ed., Rio de Janeiro: Qualitymark Editora Ltda., 1997, p. 13.

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

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

Privativamente, compete-lhe emitir papel-moeda e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional, executar os serviços do meio circulante, determinar o recolhimento de até 100% do total dos depósitos à vista e de até 60% de outros títulos contábeis das instituições financeiras, seja na forma de subscrição de letras ou obrigações do Tesouro Nacional ou compra de títulos da dívida pública federal, seja pelo recolhimento em espécie, em ambos os casos entregues ao Banco Central do Brasil, a forma e condições por ele determinadas, podendo adotar porcentagens diferentes em função das regiões geoeconômicas, das prioridades que atribuir às aplicações ou da natureza das instituições financeiras e determinar percentuais que não serão recolhidos, desde que tenham sido reaplicados em financiamentos à agricultura, sob favorecidos e outras condições por ele fixadas, receber os recolhimentos compulsórios dos depósitos à vista e de outros títulos contábeis e, ainda, os depósitos voluntários à vista das instituições financeiras (Lei 7.730/89), realizar operações de redesconto e empréstimo a instituições financeiras bancárias, exercer o controle de crédito sob todas as suas formas, efetuar o controle dos capitais estrangeiros, na forma da lei, ser depositário das reservas oficiais de ouro, de moeda estrangeira e de direitos especiais de saque e fazer com estas todas e quaisquer operações previstas no Convênio Constitutivo do Fundo Monetário Nacional, exercer a fiscalização das instituições financeiras e as penalidades previstas em lei, conceder autorização às instituições financeiras para que possam funcionar no País, instalar ou em suas sedes, ou dependências, inclusive para o

exterior, ser transformadas, fundidas ou incorporadas, praticar operações de câmbio, crédito real e venda habitual de títulos da dívida pública, ações, debêntures, letras hipotecárias e outros títulos de crédito, ter prorrogados prazos de seu funcionamento, alterar seus estatutos e alienar por qualquer outra forma, transferir o seu controle acionário, estabelecer condições para a posse e para o exercício de quaisquer cargos de administração de instituições financeiras privadas, assim para o exercício de quaisquer funções em órgãos consultivos, e semelhantes, segundo normas que forem expedidas pelo Conselho Monetário Nacional e determinar que as matrizes das instituições financeiras registrem os cadastros das firmas que operam em suas agências há mais de um ano (artigo 10, da Lei 4.595/64).

Em caráter não privativo (outras instituições públicas também poderão fazê-lo), cabe ao Banco Central do Brasil: entender-se, em nome do Governo, com as instituições financeiras estrangeiras e internacionais, ver, como agente do Governo Federal, a colocação de empréstimos internos ou externos, atuar no sentido de funcionamento regular do mercado cambial, da estabilidade relativa das taxas de câmbio equilíbrio do balanço de pagamento, efetuar a venda de títulos das sociedades de economia mista e empresas do Estado, emitir títulos de responsabilidade própria, de acordo com as condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional, regular a execução dos serviços de compensação de cheques e outros papéis e exercer permanentemente vigilância nos mercados financeiros e de capitais sobre empresas que, direta ou indiretamente, interfiram nesses mercados e em relação às modalidades ou processos operacionais que utilizem (artigo 11).

Nas palavras de Eduardo Fortuna

É por meio do Banco Central que o Estado intervém diretamente no Sistema Financeiro e, indiretamente, na economia. Em países como Alemanha, Japão e Estados Unidos, o Banco Central é independente, ou seja, seus diretores são designados pelo Congresso, eleitos com um mandato fixo de oito a quatorze anos. Não há subordinação ao Tesouro. Ele atua como um verdadeiro guardião da moeda nacional, garantindo a pujança e o equilíbrio do mercado financeiro e da economia, protegendo seu valor, impedindo que os gastos do governo sejam bancados pela emissão de dinheiro, fator de desvalorização da moeda. É um quarto poder, além do Executivo, Legislativo e Judiciário. Os tesouros desses governos emitem títulos federais para se endividarem, enquanto os Bancos Centrais lançam papéis para garantir a liquidez do sistema. Se a inflação sobe, o Banco Central local vende mais papéis, aumentando a taxa de juros para recolher dinheiro do mercado e controlar a demanda da população, reduzindo o ritmo de alta dos preços.³²

³² Ibid., p. 13-18.

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

1.3.2.1. As instituições financeiras públicas

As instituições financeiras públicas são os bancos públicos, mantidos pelos Governos federal ou estaduais, encarregados da execução da política creditícia dos respectivos Governos, se bem que os não federais ficam sujeitos às disposições relativas às instituições financeiras privadas, além de se dedicarem às operações dos bancos comerciais comuns³³. A prática da atividade bancária pelas instituições financeiras públicas é a manifestação mais concreta do intervencionismo estatal no setor. No atual estágio, o elemento público cede espaço à parceria com o aspecto privado, e ambos conjugadamente realizam as tarefas em melhoria do desempenho e alcance de objetivos delineados.

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

Cabe-lhe, também, como principal executor dos serviços bancários de interesse do Governo Federal, inclusive suas autarquias, receber em depósito, com exclusividade, as disponibilidades de quaisquer entidades federais, compreendendo as repartições de todos os

³³ Ibid., p. 50.

ministérios civis e militares, instituições de previdência e outras autarquias, comissões, departamentos, entidades em regime especial de administração e quaisquer pessoas físicas e jurídicas responsáveis por adiantamentos, os quais podem, entretanto, ser depositados na Caixa Econômica Federal, nos limites e condições fixados pelo Conselho Monetário Nacional. Incluem-se, ainda, entre suas atribuições: arrecadar os depósitos voluntários das instituições financeiras; executar os serviços de compensações de cheques e de outros papéis (destes ainda não usuais entre nós); receber, com exclusividade, os depósitos relativos às entradas de 10% das ações subscritas em dinheiro nas sociedades anônimas (artigo 80, inciso III, da Lei 6.404/1976); realizar, por conta própria, operações de compra e venda de moeda estrangeira e, por conta do Banco Central, nas condições estabelecidas pelo Conselho Monetário Nacional; realizar recebimentos ou pagamentos e outros serviços de interesse do Banco Central, mediante contratação; dar execução à política do comércio exterior; financiar a aquisição e instalação da pequena e média propriedade rural; financiar as atividades industriais e rurais a juros subsidiados; difundir e lar o crédito, inclusive as atividades comerciais, suplementando a ação da rede bancária: no financiamento das atividades econômicas, atendendo às necessidades creditícias das diferentes regiões do País, financiamento das exportações e importações (artigo 19, inciso II a XI, Lei 4.595/64).

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

Por fim, cabe destacar que as caixas econômicas têm por origem os bancos populares ingleses (“saving banks”)³⁴ e, atualmente, constituem-se sob a forma de empresas públicas. No Brasil, existe a caixa econômica federal vinculada ao Ministério da Fazenda, conforme o Decreto-lei 66.303/70, e as estaduais. Podem ser definidas como empresas bancárias destinadas especialmente a recolher e movimentar a poupança popular. Em geral, possuem uma função social na destinação de seus recursos financeiros, principalmente no que concerne aos órgãos oficiais, emprestando-lhes dinheiro a juros subsidiados para a realização de obras de interesse da sociedade.

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

³⁴ Ibid., p. 35.

1.3.2.2.As instituições financeiras privadas

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

1.3.2.2.1. Os bancos

Vivante leciona que “o banco é o estabelecimento comercial que recolhe os capitais para distribuí-los sistematicamente com operações de crédito”³⁵. Percebe-se uma imprecisão técnica neste conceito, extraído da lei italiana, quando se adota a expressão estabelecimento de crédito com referência ao banco, a qual não “... tem um significado técnico, para indicar uma determinada categoria de empresas bancárias que perseguem a coleta da poupança a curto prazo”.³⁶ Na terminologia do Direito empresarial os bancos são empresa (organização harmônica de capital e trabalho para o exercício de uma atividade econômica de produção ou de troca de bens ou serviços), e não mero estabelecimento (complexo de bens, materiais e imateriais, de que dispõe o empresário para o exercício de sua atividade).

Endossando a crítica, Fran Martins entende que a função dos bancos supera a de simples intermediários de crédito: “Chamados de intermediários do crédito, na realidade os

³⁵ VIVANTE, Cesare. *Trattato di Diritto Commerciale*. 5 ed 3. ristampa. Milano: Casa Editrice Dottore Francesco Vallardi, 1935, v.1, p. 92.

³⁶ MOLLE, Giacomo. *I Contratti Bancari*. Milão: Giuffrè, 1973, p. 9.

bancos são mobilizadores do crédito, agindo sempre como sujeito das operações e dos contratos que realizam”, assim sendo, conceitua-os como

... empresas comerciais que têm por finalidade realizar a mobilização do crédito, principalmente mediante o recebimento, em depósito, de capitais de terceiros, e o empréstimo de importâncias, em seu próprio nome, aos que necessitam de capital.³⁷

No Brasil, o banco é espécie do gênero instituição financeira, sendo esta, por definição legal, a pessoa jurídica pública ou privada que tenha “como atividade principal ou acessória a coleta, intermediação ou aplicação de recursos financeiros próprios ou de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, e a custódia de valor de propriedade de terceiros” (artigo 17, da Lei 4.595/64).³⁸ Além disso, a intervenção estatal neste setor da economia impõe, por determinação legal (artigo 17, Lei 4.595/64), que as operações bancárias sejam reservadas apenas às pessoas jurídicas, públicas ou privadas, as quais, se nacionais, necessitam de autorização do Banco Central do Brasil para funcionar; se estrangeiras, de decreto autorizativo do Poder Executivo (artigo 18, da Lei 4.595/64).

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

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

Os bancos de emissão, também denominados de “bancos dos bancos”³⁹, além das operações bancárias que desempenham exclusivamente com as instituições financeiras públicas e privadas (artigo 12, da Lei 4.595/64), a lei lhes atribui a atribuição privativa de emitir moeda-papel e moeda metálica, nas condições e limites autorizados pelo Conselho Monetário Nacional (artigo 10, inciso I, da Lei 4.595/64). No Brasil, trata-se de competência exclusiva da União (artigo 21, inciso VII, da CRFB/88) e atribuição exclusiva do Banco Central do Brasil (artigo 164, da CRFB/88), por intermédio da Casa da Moeda do Brasil.

³⁷ MARTINS, Fran. *Contratos e Obrigações Comerciais*. 15 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000, p. 497.

³⁸ Como se vê, o dispositivo legal brasileiro equipara o gênero à espécie, não prescrevendo qualquer diferença entre instituição financeira e banco e, embora não seja o objetivo deste estudo debatê-la, é um equívoco.

³⁹ ABRÃO, Nelson. *Direito bancário*. 12 ed., atual. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 26.

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

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

... são instituições financeiras privadas, especializadas em operações de participação ou de financiamento, a prazos médio e longo, para suprimento de capital fixo ou de movimento, mediante aplicação de recursos próprios e coleta, intermediação e aplicação de recursos de terceiros.⁴⁰

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

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

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

⁴⁰ Item II da Resolução 18/66, do BACEN, na forma de deliberação do Conselho Monetário Nacional.

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

1.3.2.2.2. As cooperativas de crédito

De acordo com a Organização das Cooperativas Brasileiras, a cooperativa é uma “associação autônoma de pessoas que se unem, voluntariamente, para satisfazer aspirações e necessidades econômicas, sociais e culturais comuns, por meio de uma empresa de propriedade coletiva e democraticamente gerida”⁴¹ As cooperativas também contam com seu núcleo de princípios, quais sejam: adesão voluntária e livre; gestão democrática e livre; participação econômica dos membros; autonomia e independência; educação, formação e informação; intercooperação e interesse pela comunidade.⁴²

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

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

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

⁴¹ A identidade do cooperativismo. Disponível na internet: <http://www.ocb.org.br>. Acesso em: 6 mai. 2010.

⁴² Princípios cooperativistas. Ibid.

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

Na atualidade as cooperativas de crédito representam relevante instrumento de alocação de recursos voltados para o setor habitacional cujos programas veiculam aproximação com as classes menos favorecidas da população, no rastreamento de subsídios diretamente supervisionados ou pela própria ação integrada dos interessados, os quais assumem as responsabilidades na consecução de suas tarefas pelo fato de não objetivarem o lucro. Com efeito, têm uma função importante na captação e execução de sua política interna, sobretudo para facilitar o acesso ao crédito pelos cooperados, estimulando o desenvolvimento das atividades do seu setor.

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

1.4. Bem jurídico como objeto de tutela penal e a Constituição

A definição de bem jurídico-penal resultou de elaboração doutrinária secular em busca de um objetivo ao Direito penal, tendo, primeiramente, se procurado identificá-lo com a lesão ou exposição a perigo de direitos subjetivos; depois, na lesão ou exposição a perigo de interesses vitais; e, por fim, na lesão ou exposição a perigo de bens jurídicos, cabendo a observação de Juarez Tavares

Na verdade, a questão do conceito de bem jurídico, como fundamento da incriminação, não pode deixar de ser um resultado de uma escolha política, ingênua ou comprometida, acerca do que se pretende com a sua proteção. Embora, no âmbito de um direito penal democrático, o que realmente se exija seja a absoluta transparência do objeto lesado, como forma de comunicação normativa, independentemente do engajamento político do seu intérprete, o conceito de bem jurídico ou, pelo menos, sua delimitação, por meio de argumentos compatíveis ao panorama da linguagem ordinária, deve ser levado a sério, porque nele reside todo o processo de legitimação da norma penal.⁴³

Corroborando esta assertiva, Hans Welzel afirma que “a missão do Direito Penal é proteger os valores elementares da vida em comunidade”.⁴⁴ É neste sentido que se conclui que o bem jurídico-penal é aquele que exige uma proteção especial pelo Estado, por se revelarem insuficientes a tutela oferecida pela demais áreas do Direito, daí afirma-se o caráter fragmentário da tutela penal, expresso com precisão por Claus Roxin de que “o direito penal deve garantir os pressupostos de uma convivência pacífica, livre e igualitária entre os homens, na medida em que isso não seja possível por outras medidas de controle sócio-políticas menos gravosas”⁴⁵ quem conclui que a “Proteção de bens jurídicos significa, assim, impedir danos sociais.”⁴⁶

Na realidade, o Direito penal não se presta apenas à mera proteção de bens jurídicos, devendo também tutelar os direitos fundamentais pela limitação da intervenção do Estado nas liberdades individuais – vertente decorrente da influência dos direitos fundamentais de segunda geração para legitimar e fundamentar a tutela penal pela atuação estatal. A partir de tal afirmação, extraem-se duas funções: garantia ou limitação do direito de punir do Estado e teleológica ou interpretativa – incidência dos direitos fundamentais de primeira geração, significando a limitação do Direito penal pela abstenção do Estado – conforme observação de Luiz Régis Prado, “a função limitadora opera uma restrição na tarefa própria do Poder Legislador, a função teleológico-sistemática busca reduzir a seus devidos limites a matéria de proibição...”⁴⁷

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

⁴³ TAVARES, Juarez. *Teoria do Injusto Penal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 181.

⁴⁴ WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán*, Trad. Juan Bustos Ramírez e Sérgio Yáñez Pérez. 2.ed. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976. p. 11.

⁴⁵ ROXIN, Claus. *Estudos de Direito Penal*. Trad. Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 32.

⁴⁶ Idem, p. 35.

⁴⁷ PRADO, Luiz Régis. *Bem Jurídico-Penal e Constituição*, 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998, p. 48-49.

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

É a Constituição que reflete os referidos bens, ou seja, tendo-se em vista o fato de a Constituição ser o documento que alberga os valores mais caros para uma dada sociedade, é nela que o legislador deverá se pautar quando da escolha dos bens a serem protegidos pelo Direito Penal. Pode-se deduzir que, enquanto o constituinte busca os bens jurídicos penais na sociedade, o legislador os retira da Constituição.⁴⁸

O desenvolvimento de uma ótica de exclusiva proteção de bens jurídicos torna necessária a definição não só do conceito de bem jurídico como também das suas fontes de legitimação, e, a partir daí, definir-se quais bens devem ser tutelados penalmente. Desta forma, para que seja legítima a intervenção criminalizadora do Estado, é preciso que sejam considerados bens jurídicos fundamentais apenas aqueles que tenham suporte constitucional, mais ainda, apenas aqueles representativos de valores que tenham a capacidade de relativizar os princípios da liberdade e da dignidade da pessoa humana.⁴⁹ Em um Estado Democrático de Direito, a tutela penal não pode estar dissociada do pressuposto do bem jurídico, sendo considerada legítima, sob a ótica constitucional, quando imprescindível para assegurar as condições de vida, o desenvolvimento e a paz social, tendo em vista o postulado maior da liberdade. Por isso Luiz Regis Prado afirma que “a noção de bem jurídico implica a realização de um juízo positivo de valor acerca de determinado objeto ou situação social e de sua relevância para o desenvolvimento do ser humano”,⁵⁰ para adiante referir que, numa concepção democrática, “o ponto de partida do Direito Penal é dado pelo conceito de pessoa. O cidadão, o indivíduo, considerado como pessoa, é o protagonista da política e da história e, portanto, do direito”⁵¹, concluindo que “a liberdade, a dignidade pessoal do homem –

⁴⁸ PASCHOAL, Janaína Conceição. *Constituição, Criminalização e Direito Penal Mínimo*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 49. No mesmo sentido, MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 17; PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal, parte general*. PPU: Barcelona, 1985, p. 53; ROSAL, Manuel Cobo del; ANTON, Tomás Salvador Vives. *Derecho penal, parte general*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1987, p. 600; BRICOLA, Franco. *Teoria generale del reato*. Estratto del Novissimo Digesto italiano, 1974, p. 15; RUS, Juan José Gonzales. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*. Fundación Juan March: Madrid, 1983, p. 32. Em sentido contrário, Antonio Pagliaro refuta esta visão constitucional, entendendo que não é possível existir no ordenamento jurídico uma proibição ao Poder Legislativo de incriminar condutas ofensivas a valores os quais não estejam dispostos na Constituição: “E necessario, infatti, lasciare una certa elasticità alla manovra del legislatore ordinario, in relazione alla possibilità che sorgano esigenze di prevenzione generale e speciale che al tempo della formazione della Costituzione non erano neppure prevedibili”. PAGLIARO, Antonio. *Principi di Diritto Penale: Parte Generale*. 6.^a ed. Milano: Giuffrè Editore, 1998. p. 229. No mesmo sentido, CONDE, Francisco Muños. *Derecho Penal: Parte General*. 3.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 1998. p. 91.

⁴⁹ COELHO, Yuri Carneiro. *Bem jurídico-penal*. Belo Horizonte: Mandamentos Editora, 2003, p. 105.

⁵⁰ PRADO, Luiz Regis. Op. cit., p. 63-64.

⁵¹ *Ibid.*, p. 64.

qualidades que lhe são inerentes – e a possibilidade de desenvolver-se livremente constituem um limite infranqueável ao Estado”⁵².

Neste sentido, Jorge de Figueiredo Dias afirma que

Se deve concluir que um bem jurídico político-criminalmente vinculante existe ali – e só ali – onde se encontre refletido num valor jurídico-constitucionalmente reconhecido em nome do sistema social total e que, deste modo, se pode afirmar que ‘preexiste’ ao ordenamento jurídico-penal. O que por sua vez significa que entre a ordem axiológica jurídico-constitucional e a ordem legal – jurídico-penal – dos bens jurídicos tem por força de se verificar uma qualquer relação de mútua referência. Relação que não será de ‘identidade’, ou mesmo só de ‘recíproca cobertura’, mas de analogia material, fundada numa essencial correspondência de sentido e – do ponto de vista da sua tutela – de fins. Correspondência que deriva, ainda ela, de a ordem jurídico-constitucional constituir o quadro obrigatório de referência e, ao mesmo tempo, o critério regulativo da atividade punitiva do Estado. É nesta acepção, e só nela, que os bens jurídicos protegidos pelo direito penal se devem considerar concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais. É por esta via – e só por ela em definitivo – que os bens jurídicos se ‘transformam’ em bens jurídicos dignos de tutela penal ou com dignidade jurídico-penal.⁵³

Jorge de Figueiredo Dias afirma ainda que “os bens jurídicos protegidos pelo direito penal devem considerar-se concretizações dos valores constitucionais expressa ou implicitamente ligados aos direitos e deveres fundamentais”,⁵⁴ de forma que, conforme observa Giovanni Fiandaca e Enzo Musco, o Direito penal contribui para garantir as condições essenciais da convivência, predispondo a sanção mais drástica para a defesa dos bens jurídicos: são estes os bens socialmente relevantes considerados merecedores de proteção jurídica.⁵⁵ Logo, a matriz constitucional da qual deriva a determinação dos bens jurídicos considerados fundamentais passíveis de intervenção do Direito penal impõe a conclusão de que dignos ou merecedores de tutela penal são aqueles bens que integram a ordem constitucional por terem sido reconhecidos em uma dada sociedade como relevantes para sua conservação, observando-se que esta dignidade não é suficiente para justificar a criminalização, fazendo-se ainda mister verificar, no caso concreto, se existe a necessidade da tutela de natureza penal com base nos princípios fundamentais da personalidade⁵⁶ e

⁵² Ibid., p. 65.

⁵³ DIAS, Jorge de Figueiredo. *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 67.

⁵⁴ Ibid. *Temas Básicos da Doutrina Penal*. Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 47-48.

⁵⁵ FIANDACA, Giovanni; MUSCO, Enzo. Op. cit., p. 2.

⁵⁶ CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op cit.* p. 14-15 e 24-25.

individualização da pena, da humanidade, da insignificância, da culpabilidade, da intervenção penal legalizada, da intervenção mínima⁵⁷ e da fragmentariedade.⁵⁸

Por tal razão, a Constituição funcionará como matriz constitucional-penal positiva (projeção dos direitos fundamentais a prestações) da qual serão extraídos os valores constitucionais passíveis de tutela pelo Direito penal (fundamento da criminalização), e negativa (projeção dos direitos fundamentais de defesa) porque é dela que serão extraídos os valores que limitarão a ingerência da tutela penal nas liberdades individuais (limite da criminalização)⁵⁹, revelando os pressupostos para a legitimação da criminalização de condutas.

1.5. A economia como bem jurídico-penal: o Direito penal econômico

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

Num Estado Democrático de Direito reconhece-se a inserção do homem no universo da vida econômica como uma garantia constitucional fundamental, repousando nela a disciplina econômica⁶⁰, cabendo reiterar que os direitos econômicos e o direito ao desenvolvimento são direitos fundamentais para a sociedade contemporânea. Assentada a necessidade de conformação constitucional da criminalização das condutas, deve-se

⁵⁷ Para Franz Von Liszt se o direito tem como missão principal o amparo dos interesses da vida humana, o Direito penal tem como missão peculiar a defesa mais enérgica dos interesses especialmente dignos e necessitados de proteção por meio da ameaça e execução da pena, considerada como um mal contra o réu. LISZT, Franz Von. *Tratado de Derecho Penal*. Trad. Luis Jimenez de Asua. 4. ed. Madrid: Editorial Réus, 1999, Tomo II, p. 9.

⁵⁸ SANCHÍS, Luis Pietro. *El constitucionalismo de los derechos*. In *Teorías del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, p. 229.

⁵⁹ Trata-se de conclusão que se aproxima à idéia de dignidade penal, mas com ela não se confunde. Revela, na verdade, uma concepção restritiva a qual pretende delimitar mais concretamente o poder de criminalizar. PALAZZO, Francesco Carlo. *Valores Constitucionais e Direito Penal*. Trad. Gérson Pereira dos Santos. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris Editor, 1989, p. 84. Conforme observa Maria da Conceição Ferreira da Cunha “Esta é uma concepção muito viva em Itália, Espanha e Portugal”. CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. *Op cit.* p. 167.

⁶⁰ ARAÚJO Jr., João Marcello de. O Direito Penal Econômico. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo: Revista dos Tribunais, ano 7, n.25, jan./mar. 1999, p. 142-156.

reconhecer que ao lado destes direitos fundamentais, também existem os valores constitucionais da liberdade, da mínima intervenção, da subsidiariedade, da fragmentariedade e da lesividade⁶¹ com a finalidade de legitimar a intervenção do Direito penal.

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

No que interessa ao estudo, como se desenvolverá em capítulo específico, a importância do direito de crédito, enquanto estrutura jurídica pela qual se regulamentam as operações de troca de bens e serviços entre as pessoas, e a sua transcendência para a vida das pessoas e do funcionamento da economia, fundamenta a sua tutela pelo Direito penal como um valor fundamental à sociedade, desde os tempos antigos. Destaca-se que na sociedade contemporânea a atividade econômica das pessoas (venda de mercadorias a crédito, cheques, cartões de crédito, etc.), das empresas (empréstimos de curto e longo prazo, desconto de letras de câmbio, etc.) e do setor público da economia (créditos à exportação, subsídios ao setor agrícola e à indústria de alta tecnologia, etc.), gira em torno do crédito. Com efeito, inclusive questões de política internacional tangem o tema do crédito, dentre as quais os problemas levantados pela dívida externa dos países do Terceiro Mundo ou à concessão de empréstimos para países do Oriente Médios os quais passam por processo de reorganização política, são apenas alguns dos exemplos internacionais, cuja expressão, pelo menos formalmente, se traduz num conceito tão utilizado pelo Direito, como o crédito. Por outro lado, nestas sociedades estão cada vez menos os negócios jurídicos cujo adimplemento se dá mediante o pagamento em dinheiro já é substituído por instrumentos de pagamento pelo crédito como cheques, cartão magnético e títulos de crédito os quais pressupõem um lapso de tempo entre o compromisso de pagar e o efetivo pagamento. O critério da troca, característico das sociedades fechadas e estáticas (Idades antiga, média e moderna), foi substituído pelo critério do crédito, característico da sociedade aberta e dinâmica (Idade contemporânea). Tudo isso mostra que, na atualidade, os processos econômicos e toda a economia dependente do crédito.

⁶¹ O princípio da intervenção mínima não está legalmente previsto e decorre do próprio Estado Democrático de Direito e seus princípios políticos. Já a fragmentariedade e a subsidiariedade advêm dos princípios da legalidade (artigo 5º, inciso XXXIX, da CRFB/88) e da intervenção mínima e têm como fundamento o fato segundo o qual somente as condutas mais graves e mais perigosas praticadas contra bens jurídicos relevantes carecem dos rigores do direito penal e ainda assim somente por meio de algumas formas de ação. Já a lesividade determina que somente seja considerada criminosa a conduta que efetivamente lese ou exponha a perigo relevante o bem jurídico objeto de proteção penal.

Esta tendência cada vez mais acentuada foi observada por Georges Ripert ao afirmar que o capitalismo converteu os proprietários em credores.⁶²

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

⁶² RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris, 1946, p. 124. Em sentido semelhante, CHULIA, Franciso Vicent. *Compendio crítico de Derecho mercantil*. Bosch, Barcelona, 1990, T II, p. 605. Conforme observa Vicent Torralba Soriano, “La propiedad se transforma en capital y, por tanto, em objecto de relaciones económicas. Los valores económicos están en incesante movimiento, por lo que el Derecho de obligaciones (los derechos de crédito) se convierte en el centro del sistema”. SORIANO, Vicente Torralba *Lecciones de Derecho civil*. PPU: Barcelona, 1984, V. II, p. 163.

2. NOÇÕES DE DIREITO BANCÁRIO E DIREITO PENAL ECONÔMICO

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

2.1. Direito bancário

2.1.1. Noções iniciais e definição

As operações de banco e as atividades de crédito importam conseqüências coletivas e individuais. No âmbito do interesse coletivo, o banco age sempre como sujeito das operações e dos contratos que realiza, procurando obter e aplicar créditos, em seu próprio nome, tendo sempre, nesta intermediação, o intuito de lucro, notadamente os privados.⁶³ No plano do interesse individual, não é menor a significação das operações bancárias: na sociedade contemporânea nenhum indivíduo ou empresa pode renunciar as operações bancárias e as atividades de crédito para o desenvolvimento de seus objetivos.⁶⁴

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

...nous retrouvons dans une période transitoire: les progrès rapides des technologies de l'information, la recherche menée le relais de toutes les parties à généraliser l'utilisation de nouveaux modes de circulation de la monnaie de banque (cartes de paiement, les transferts et les alertes automatisées d'actualisation) préparer et annoncer cette nouvelle fonctionnalité de la banque⁶⁵

⁶³ ABRÃO, Nelson. Op. cit., p. 7.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ FERRONIÈRE, Jacques; CHILLAZ, Emmanuel. *Les Opérations de Banque*, Paris, 1967, p. 5. Tradução livre: "... nos encontramos de novo em um período de transição: os rápidos progressos da informática, as pesquisas realizadas de todos os lados para generalizar o emprego de novos modos de circulação da moeda

O acesso às novas tecnologias revolucionou as operações bancárias e as atividades de crédito porque proporcionou maior eficiência a um menor custo dos serviços prestados. Além disso, tornou a sua utilização mais ampla, ensejando a multiplicação constante dos instrumentos disponibilizados, em especial aqueles acessíveis pela internet (transferências, aplicações, etc.).

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

A dinâmica da manifestação expressa pela sociedade contemporânea posiciona a relevância do crédito como elemento essencial da vida humana, pois é significativa e representativa a parcela da população que adquire a prazo. Com efeito, o crédito oferecido, principalmente por cartões magnéticos, vem ganhando força, e seu mecanismo nem sempre obedece a um limite razoável de garantia nas operações e ainda que se criem mecanismos para inibir, o abuso do crédito é observado no Brasil e criminalizado por diversos ordenamentos jurídicos. Esta utilização abusiva, aliada à dinâmica do sistema bancário, exige do Estado esforços de monitoramento do setor (abrindo campo operacional à concorrência, flutuando os valores dos depósitos compulsórios, taxas de juros, subministrando os subsídios da política financeira macroeconômica, etc.) para evitar as crises sistêmicas, tal qual observada recentemente ao final de 2008/2009.

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

Pelo exposto, o Direito bancário possui características do Direito privado em razão da qualidade das partes cujas relações regula, e do Direito público porque disciplina, pela intervenção estatal, as operações de banco e as atividades de crédito. Nota-se, portanto, a influência tanto do Direito empresarial⁶⁶ como do Direito econômico⁶⁷ na sua formulação.

Nesta ordem de idéias, surgem duas características marcantes do Direito bancário: (i) é uma área especializada porque o seu conjunto de normas disciplina um determinado setor

escritural (cartas de pagamento, transferências e avisos de desconto automatizados) preparam e anunciam esta nova feição do banco.”

⁶⁶ VIEGA, Vasco Soares da. *Direito bancário*. Coimbra: Livraria Almedina, 1994, p. 21-22.

⁶⁷ CORDEIRO, António Menezes. *Manual de Direito bancário*. 3ª ed., Coimbra: Almedina, 2008, p. 21-24.

econômico (as operações de banco e as atividades de crédito) e (ii) é uma área técnica, pois busca tutelar o interesse coletivo do progresso econômico e social do País, tal qual se extrai do artigo 12, da Lei 4.595/64.

Por força destas características, pode-se afirmar que o Direito bancário é autônomo⁶⁸, tendo em vista que assume peculiaridade nos princípios da especificidade e tecnicidade, o que é reforçado no Brasil pela independência no procedimento de intervenção do Banco Central do Brasil para o monitoramento do setor bancário.

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

2.1.2. Origem, desenvolvimento e relevância

Nelson Abrão informa que certas práticas bancárias já eram conhecidas na antiguidade. Assim é que o empréstimo em dinheiro realizava-se com frequência na Babilônia, Egito e Fenícia, a partir do século VI a.C.⁶⁹ Entretanto, como assinala Giacomo Molle, foi no mundo greco-romano que se tomou conhecida grande parte das operações em uso no banco moderno, como aceitar depósitos de moeda ou de valores; fazer empréstimos a juros, garantidos ou a descoberto; interpor-se nos pagamentos também sobre praças distantes; e assumir obrigações por conta dos clientes etc., embora tais operações não fossem praticadas em série, devido às condições econômicas de um mundo no qual a poupança decorria dos investimentos dos proprietários de terras e modesto era o porte industrial, tendo sido os templos dos deuses o verdadeiro berço das operações bancárias, como o atestam os negócios em Delos, Delfos e Ártemis.⁷⁰

Na Idade média, o desenvolvimento do comércio, graças às feiras das cidades italianas, surgiram os cambiatores, que praticavam a troca manual de moedas. Com o aperfeiçoamento de suas atividades, que evoluíram da simples troca de moedas para a creditícia propriamente dita, tornando-se conhecidos por banqueiros, nome que surgiu no século XII, e que depois se confundiram com os grandes mercadores.⁷¹ A sedimentação desta

⁶⁸ Neste sentido, CORDEIRO, António Menezes. Op. cit., p. 26. Em sentido contrário, VIEGAS, Vasco Soares da. Op. cit., p. 22.

⁶⁹ ABRÃO, Nelson. Op. cit., p. 14.

⁷⁰ MOLLE, Giacomo. Op. cit. p., 4-5.

⁷¹ Ibid., p. 6.

experiência, somada à formação de capitais e articulações no período medieval foram as raízes mais propícias à criação de grandes instituições bancárias. A descoberta de novas terras pelas expedições marítimas, e com ela a intensificação do tráfico mercantil, a multiplicação das feiras, a abundância de metais preciosos e o aumento do apelo dos Estados ao crédito fizeram com que se alterasse a função dos bancos, passando de mera cobrança, pagamento e câmbio para intermediária de crédito, chegando-se assim ao banco contemporâneo cuja função essencial é de tomar a crédito dos depositantes os fundos monetários por esses poupados para distribuí-los a crédito aos seus clientes.

Com o advento da Revolução Industrial, consolidou-se o capitalismo, fazendo com que os bancos atingissem a era de seu pleno desenvolvimento no século XIX, marcado pelo aparecimento de grandes banqueiros e pela extensão de seus serviços ao nível internacional. Por outro lado, instaura-se o regime de livre iniciativa, tanto para a criação como para o funcionamento dos bancos. Neste viés, diante a insolvência de certos bancos e os apelos feitos pelo Estado ao crédito ensejou a intervenção estatal na ordem econômica, incluído o sistema bancário, especialmente pela normatização do setor.⁷²

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

2.1.3. Operações bancárias

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

⁷² Cabe observar que no Brasil a intervenção estatal nos bancos só ocorre excepcionalmente quando periclita o princípio da liquidez bancária, tal qual se extrai da Lei 4.595/64.

na atividade empresária como sendo aquela economicamente organizada para a prestação de serviços (artigo 966, do Código Civil).

Dois são, portanto, os aspectos da operação bancária: o econômico e o jurídico. Economicamente, há que se considerar a prestação de serviços do setor creditício que redundam em proveito tanto para o banco como o cliente. Juridicamente, a operação bancária, para se caracterizar, depende de acordo de vontades entre o cliente e o banco, razão pela qual se que se insere no campo contratual.

Das duas expressões, a econômica – operação – e a jurídica – contrato –, a primeira é mais usual e a que interessa ao estudo, dado não só o seu caráter dinâmico, como também o fato de os contratos bancários serem institutos satisfatoriamente disciplinados e tutelados pelo Direito civil e empresarial. Este conteúdo econômico se revela pelo fato de promoverem a circulação da riqueza, estando nele ínsitos os elementos organização e habitualidade. Visando ao público em geral, a operação bancária é uma atividade em série realizada diariamente “com um número indeterminado de pessoas, segundo tipos negociais estandarizados, nas assim chamadas normas bancárias uniformes e nos regulamentos internacionais formados pelas categorias interessadas”⁷³.

Cabe ainda destacar que a característica principal das operações bancárias, porque específica, é a da sua interdependência, o que abre margem para o incremento da criminalidade bancária porque elas se coligam em uma relação de recíproca interdependência, pela qual às operações chamadas passivas nas quais o banco assume a veste de devedor, que não se limitam àquelas típicas, com as quais lhe depósitos, correspondem operações chamadas ativas, nas quais assume ao invés a veste de credor, que não se limitam igualmente àquelas típicas, com as quais faz crédito. É nesta coligação de operações passivas e ativas que são possíveis efeitos jurídicos e que não seriam cogitáveis se as operações da empresa fossem avulsas⁷⁴.

Certos doutrinadores⁷⁵ dividem as operações bancárias simplesmente em ativa e passiva porque levam em consideração os elementos coleta e aplicação de fundos. Contudo, melhor a orientação leva em conta a importância do ato praticado, consoante a doutrina de Giuseppe Ferri para quem

A atividade atual dos bancos resulta de uma dúplici categoria de operações: aquelas essenciais à função que é própria dos bancos (exercício do crédito),

⁷³ ABRÃO, Nelson. Op. cit., p. 31.

⁷⁴ Ibid., p. 29.

⁷⁵ Por exemplo: MARTINS, Fran. Op. cit., p. 523.

e que consistem, de um lado, na coleta dos capitais aos poupadores (operações passivas) e, de outro lado, na distribuição dos capitais (operações ativas); aquelas que consistem na prestação de determinados serviços (chamados serviços bancários) a do público e que, não obstante a notabilíssima relevância assumida na prática, econômica e juridicamente desempenham uma apenas acessória e complementar⁷⁶.

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

Devemos porém distinguir entre os contratos bancários aqueles que são típicos da empresa bancária e aqueles que tal não são, não obstante conexos com idade profissional dela (as chamadas operações acessórias). Vem, assim, a campo a distinção feita há tempo pela doutrina entre operações bancárias típicas ou fundamentais e operações bancárias acessórias⁷⁷.

Destarte, as operações bancárias podem ser classificadas em principais e acessórias. Pelas primeiras, os bancos exercitam sua negociação de crédito, de forma ativa (por exemplo, empréstimo, desconto, antecipação, abertura de crédito, crédito documentário, etc.) e passiva (por exemplo, depósito, redesconto, conta corrente, etc.); por meio das segundas, “o banco não concede nem recebe crédito, mas presta serviços”⁷⁸ (por exemplo, custódia de valores, serviço de cofres de segurança, cobrança de títulos, prestação de informações, etc.).

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

2.1.4. Atividades de crédito

Na atualidade aumenta a importância do crédito como fator indispensável ao desenvolvimento econômico da sociedade contemporânea, tanto das empresas, especialmente por força da internacionalização de suas relações, como da população, caracterizada pela massificação de suas interações. Em estudo sobre a distribuição de renda no Brasil, Alfredo Behrens aduz que “A amplitude da mudança nos padrões de consumo parece estar estritamente associada ao grau de desenvolvimento das instituições de crédito ao

⁷⁶ FERRI, Giuseppe. *Manuale di Diritto Commerciale*. Turim, 1971, p. 680.

⁷⁷ MOLLE, Giacomo. Op. cit., p. 24-25.

⁷⁸ Ibid., p. 27-28.

consumidor...”⁷⁹ porque parece evidenciar “... a importância do crédito na ampliação do mercado de bens de consumo duráveis”.⁸⁰ Além disso, “As compras a crédito parecem ter sido estendidas às categorias de dispêndio mais baixos, que se endividam com a aquisição de bens duráveis para os quais... o preço por unidade tornado acessível pelo crédito.”⁸¹, razão pela qual conclui que “... o recurso ao crédito é de fato uma alternativa aberta para um segmento significativo das famílias de áreas urbanas.”⁸²

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

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

2.2. Direito penal econômico

2.2.1. Noções iniciais e definição

O Direito penal econômico é uma área jurídica interdisciplinar de origem remota,

⁷⁹ BEHRENS, Alfredo. *Comentários sobre a importância do crédito direto ao consumidor e a estabilidade dos padrões de consumo em exercícios de simulação da redistribuição de renda no Brasil.* in Pesquisas de Planos Econômicos do Instituto de Pesquisas do IPEA. 14(3), Rio de Janeiro, 1.984, p. 888.

⁸⁰ Ibid., p. 889.

⁸¹ Ibid., p. 891.

⁸² Ibid., p. 893.

desenvolvimento moderno e relevância contemporânea cuja importância do estudo se justifica não apenas por sua atualidade, mas em especial pela relevância da economia para a sociedade contemporânea.

Surgem inúmeras dificuldades na definição e na delimitação do Direito penal econômico, com destaque para o problema da sua autonomia ou dependência científica dentro das ciências penais. Além disso, dois grandes temas se revelam como fundamentais ao estudo do Direito penal econômico: o bem jurídico-penal e a responsabilidade penal, o primeiro no que se refere aos bens supra-individuais, e o segundo no que tange à responsabilização penal das pessoas jurídicas. Ganham destaque dentro do Direito penal bancário, pois será o cerne de sua formulação quando do estudo da tutela penal do banco, em especial a possibilidade de responsabilizá-lo penalmente pelos crimes bancários, e da tutela penal do crédito, uma vez que a sua legitimidade dependerá de sua fundamentalidade para a sociedade.

Não obstante, pode-se entender o Direito penal econômico como sendo a subárea do Direito penal que se propõe a dispor sobre as normas jurídicas para disciplinar as relações entre os agentes econômicos e o Estado, objetivando limitar a intervenção estatal na economia pela tutela penal⁸³ e preservar as liberdades individuais decorrentes das relações econômicas.

2.2.2. Origem, desenvolvimento e relevância

Numerosos ordenamentos jurídicos, ao longo da história, tipificaram crimes econômicos. No Direito romano, para assegurar o abastecimento de cereais, a conduta de especulação de preços foi criminalizada, e o imperador Diocleciano fixou, sob pena de morte, os preços máximos para produtos e salários. Além disso, a saída de produtos como ferro e armas, dada a sua importância para a época do Império romano, era punida com pena de morte e confisco, e o crime de adulteração de produtos alimentícios pode ser encontrado desde a Idade média até as legislações penais da atualidade.⁸⁴ Portanto, não há dúvidas de que o Direito penal econômico possui origem remota.

O desenvolvimento do Direito penal econômico, por outro lado, é mais recente. Desde

⁸³ ZAPATERO, Luis Arroyo. *Derecho penal económico y Constitución*, in Revista Penal, nº 1, julio 1997, Editorial Praxis, Barcelona, 1997, p. 1- 2. Destaca-se que, conforme observa Carlos Eduardo Adriano Japiassú, a definição de Direito penal econômico é controversa e revela uma série de dificuldades. JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000, p. 08-11.

⁸⁴ ZAPATERO, Luis Arroyo. Op. cit., p. 4.

1872, no Congresso Internacional sobre a prevenção e repressão do crime, celebrado em Londres, E. C. Hill⁸⁵ reconhecia a grande importância do crime no campo dos negócios pela cooperação dos agentes imobiliários, agentes de vendas, fabricantes e outras pessoas. Em 1935, Morris⁸⁶ retomou o problema ao se referir sobre os crimes da alta sociedade. O começo da investigação científica sobre estes crimes teve lugar durante o período de 1940 a 1950, nos Estados Unidos, em torno das pessoas do colarinho branco (“white collar”). A aparição deste novo estrato intermediário é uma característica geral da sociedade contemporânea em quase todos os países porque está vinculada ao desenvolvimento do capitalismo. Dentro destas estão, em primeiro lugar, os grupos dos profissionais liberais, e também os empresários, comerciantes ou industriais de tipo médio, e os elementos diretivos de uma burocracia, todavia, não muito desenvolvida. Por isto, dentro da geral denominação de classe média, cabia distinguir uma classe média intelectual, industrial ou burocrática. Todos estes grupos participavam de um comum sentimento individualista que era, ao mesmo tempo, seu orgulho e sua garantia da liberdade. Seus sonhos estavam unidos, preferencialmente, ao êxito econômico, sem ter demasiado em conta os meios que se utilizam para alcançá-los, pois é o êxito econômico, e, portanto, a riqueza acumulada, o símbolo maior de uma elevada posição social. Neste contexto, E. H. Sutherland⁸⁷, diante da Sociedade Americana de Sociologia, em 1939, empregou, então, a expressão “white collar crime” para designar a atividade ilegal de pessoas de nível sócio-econômico superior, em relação às práticas normais de seus negócios. No que se refere ao conceito de crime econômico, o emprego do termo “white collar crime” se justifica desde o ponto de vista da investigação científica, mas não desde a perspectiva social, na qual se mostra ambíguo, incerto e suscetível de controvérsia, e como não tem sido definido de forma oficial ou legal, certos autores não o aceitam além de sua relação com violações do Código Penal.

Na Europa o desenvolvimento do Direito penal econômico ganhou destaque durante a Primeira Guerra Mundial, momento no qual foi desenvolvido um extenso acervo normativo de natureza econômico-administrativa para o controle da satisfação de necessidades econômicas da época. Ao término da Guerra, desenvolveu-se um amplo intervencionismo estatal na economia da Alemanha, transformando-se na base para um novo Direito econômico

⁸⁵ HILL, E. C., citado por NORMANDEU, André. *Les “déviances en affaire” et les “crimes em col blanc”*. In. *Déviance et criminalité*. Paris: Armand Colin, 1970, p. 332.

⁸⁶ MORRIS, Albert. *Criminology*. New York: Longmans, 1935, p. 153-158.

⁸⁷ SUTHERLAND, Edwin. H. White collar criminality. *American Sociological Review*, New York: N. Y. Dryden Press, 4, 1940, p. 1-12.

(industrial ou econômico moderno⁸⁸). Depois dos excessos estatais de aplicação do poder administrativo durante a Segunda Guerra Mundial, em 1949, houve o primeiro esforço normativo para a simplificação do Direito penal econômico pela Lei Penal Econômica⁸⁹, a qual previa tipos penais desde a violação do dever de entregar os livros fiscais, passando pelo aumento artificial de preços até as infrações tributárias, introduzindo, também, um Direito processual específico, bem como sanções próprias (proibição de exercer profissão, encerramento da empresa, confisco e publicidade da condenação). A partir de 1972, uma comissão formada por especialistas em combate aos crimes econômicos foi criada com o objetivo de reformar o Direito penal econômico na Alemanha. Como fruto das atividades desta comissão, surgiu a Primeira Lei de combate aos crimes econômicos, de 1976, e concomitantemente foram realizadas diversas alterações na ordem jurídica alemã. Dez anos depois, surge a Segunda Lei, introduzindo novos tipos penais no âmbito do Direito penal econômico. Percebe-se, portanto, que toda e qualquer análise elaborada para a origem do Direito econômico leva a conclusão da crescente intervenção do Estado no domínio econômico, diante das diversas transformações presenciadas pela sociedade especialmente no século XX. O intervencionismo estatal, então, passou a ser uma realidade na sociedade contemporânea e o Direito não poderia ficar alheio a esta transformação.

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

... que pretenda actuar por encima de las barreras nacionales exige sofisticadas estructuras, encargadas tanto de la ejecución de complejas operaciones delictivas como de su rentabilización, recurriendo para ello a la denominada ingeniería financiera. La delincuencia económica transnacional es, así, delincuencia organizada, tanto en sus manifestaciones empresariales convencionales como en las modalidades de la llamada macrocriminalidad...⁹⁰

Diante a esta manifestação da internacionalização do crime, notadamente dos crimes econômicos, o desenvolvimento de uma resposta adequada e eficaz tornou-se necessária.⁹¹ Na União Européia, desde a versão original do Tratado para a sua fundação (1957), embora não fosse um documento na área do Direito penal, já se reconhecia o interesse supranacional na

⁸⁸ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley., 2007, p. 5 e 92. No mesmo sentido, FONSECA, Hugo Duarte. *Temas de Derecho Penal Económico*. Coimbra: Coimbra, 2005, p. 153-154.

⁸⁹ Ibid.

⁹⁰ BASOCO, Juan Terradillos, *Derecho Penal de la Empresa*. Madrid: Trotta, p. 3. No mesmo sentido, BALCARCE, Fabián. *Derecho penal económico. Parte general*, Tº I, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2003, p. 94.

⁹¹ Ibid. p. 6.

tutela da ordem econômica pela limitação da concorrência.⁹² De igual forma, encontra-se disposição semelhante no âmbito do Mercosul porque

... uno de los objetivos es asegurar condiciones adecuadas de competencia, idea que se reitera en otra disposición al prescribirse que los Estados Partes asegurarán condiciones equitativas de comercio y coordinar[án] sus respectivas políticas nacionales, con el objeto de elaborar normas comunes sobre competencia comercial.⁹³

A partir da efetivação de tais atividades estatais, iniciara-se o surgimento de normas penais, em âmbito interno, comunitário e internacional, objetivando a criação de um sistema protetor deste intervencionismo estatal na economia. E, um ponto principal – paralelo a essa atividade econômica estatal – foi à estruturação de grandes empresas, detentoras de um forte poder econômico, o que provocou o Estado a formular um sistema jurídico eficaz de proteção aos interesses da sociedade contemporânea, dando origem ao fenômeno da norma legal como instrumento de regulação e proteção da economia nacional e popular.

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

La *globalización* – como salto cualitativo de la internacionalización – es, como antes se indicaba, una de las características definitorias de los modelos sociales postindustriales. En esa medida, se trata, obviamente, de un fenómeno, en principio, económico, que se define por la eliminación de restricciones a las transacciones y la ampliación de los mercados. Cuestión distinta es que, a partir de esta consideración de la economía, otro importante fenómeno, cual es el de la globalización de las comunicaciones, como consecuencia de las innovaciones técnicas. Pero, en última instancia, la globalización de las comunicaciones no es sino un correlato de la globalización de la economía, que hace preciso abaratar los costes de transacción (y requiere, por tanto, esa mayor rapidez de comunicaciones). Por su parte, también la *integración* es básicamente una noción económica.

⁹² HIRSCH, Hans Joachim. *Cuestiones acerca de la armonización del derecho penal y procesal penal en la Unión Europea*, en AA. VV., Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier, Ediciones del puerto. Ad – Hoc: Buenos Aires, 2005, p. 657.

⁹³ SPOLANSKY, Norberto Eduardo. *Integración regional y delitos económicos*, en A.A. V.V., *Teorías actuales en el derecho penal*. Ad – Hoc: Buenos Aires, 1998, p. 462.

La integración aparece inicialmente guiada por la idea de conseguir un mercado común de varios países, con libre tráfico de personas, capitales, servicios y mercancías y la consiguiente eliminación de las barreras arancelarias internas y otros obstáculos al libre cambio. La integración regional no es, pues, sino un aspecto de la general globalización, que da cuenta de una especial intensidad de las relaciones.⁹⁴

No cotidiano, a importância do Direito penal econômico é cada vez maior, levando Klaus Tiedemann afirmar que os crimes econômicos se incrementaram nos últimos anos e, conseqüentemente, foi desenvolvida uma persecução penal mais intensa e foram aplicadas sanções mais rigorosas.⁹⁵

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

2.2.3. Posição dentro das ciências penais

O cenário é de incerteza já que não se chega a uma conclusão acerca da convivência do sistema penal dualístico, com os seus modelos de convivência – expansão máxima⁹⁶ e moderada⁹⁷ da intervenção penal e a doutrina de preservação do núcleo do Direito penal⁹⁸ – podendo ou devendo, ou não manter um diálogo permanente. Por outro lado, também não há qualquer conclusão pela permanência do sistema penal monístico, o que revela a dificuldade de definição, delimitação e identificação da posição do Direito penal econômico dentro das ciências penais.⁹⁹

Na máxima abrangência que Juan Terradillos Basoco¹⁰⁰ dá ao Direito penal econômico permite-se uma interpretação de tal elasticidade de seus contornos que se poderia

⁹⁴ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1.999, p. 68-69.

⁹⁵ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 1.

⁹⁶ MARINUCCI, Giorgio. DOLCINI, Emilio. Diritto penale minimo e nuove forme di criminalità, *Rivista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, ano XLII, fasc. 3, p. 802-820, jul/set, 1999.

⁹⁷ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Op. cit., p. 70.

⁹⁸ Neste sentido, DIAS, Jorge de Figueiredo. O comportamento criminal e a sua definição: o conceito material de crime. In *Questões fundamentais do Direito Penal revisitadas*. São Paulo: RT, 1999; HASSEMER, Winfried. Perspectivas del Derecho Penal futuro. *Revista Penal*, vol. 1, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, Práxis, p. 37-41, jan., 1998.; HERZOG, Félix. Algunos riesgos del Derecho Penal del riesgo. *Revista Penal*, nº 4, Huelva-Salamanca-Castilla-La Mancha, Praxis, p. 54-57, 1999.

⁹⁹ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 3.

¹⁰⁰ BASOCO, Juan Terradillos. Op. cit., p. 6.

perfeitamente dividir a teoria do Direito penal em dois grandes rumos absolutamente distintos – nem tão antagônicos, nem tão complementares –: uma teoria para o Direito penal comum (nuclear, tradicional ou clássico) e outra para o Direito penal econômico (moderno). Estaria justificada, com efeito, a formação de conceitos penais independentes a atuar em conformidade com o Direito econômico a fim de superar os problemas e desenvolver o método próprio do Direito penal econômico.¹⁰¹

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

Así, la integración genera una delincuencia contra los intereses financieros de la comunidad producto de la integración (fraude al presupuesto – criminalidad arancelaria –, fraude de subvenciones), al mismo tiempo que contempla la corrupción de funcionarios de las instituciones de la integración. Por lo demás, generan la aparición de una nueva concepción de lo delictivo, centrada en elementos tradicionalmente ajenos a la idea de delincuencia como fenómeno marginal; en particular, los elementos de organización, transnacionalidad y poder económico. Criminalidad organizada, criminalidad internacional y criminalidad de los poderosos son, probablemente, las expresiones que mejor definen los rasgos generales de la delincuencia de la globalización.¹⁰²

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

A premissa fundamental deste sistema dualista a justificar a distinção entre o Direito penal e o penal econômico é a crise do Direito caracterizada pela sua ineficiência.¹⁰³ Contudo, a ineficiência não seria do Direito penal como ciência, e sim da norma jurídica como instrumento de regulação das relações sociais.¹⁰⁴ Portanto, a falta de efetividade seria das

¹⁰¹ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 1; ZAPATERO, Luis Arroyo. Op. cit., p. 1.

¹⁰² Ibid. p. 69-70.

¹⁰³ Carlo Enrico Paliero identifica três classes de crises no Direito penal sob o ponto de vista da dogmática: crise de transparência, ineficiência e complexidade. PALIERO, Carlo Enrico. *Tecniche di tutela e riforma del codice penale*, in *Valore e principi della codificazione penale: Le esperienze italiana, spagnola, e francese a confronto*, Cedam, Padova, 1995, p. 156-161.

¹⁰⁴ A síntese realizada por Raúl Eugenio Zaffaroni é da superação do direito positivo dos séculos XIX e XX, quando leciona que "en el orden planetario puede afirmarse el claro efecto de la *anomia generalizada*, como dato objetivo. La realidad nunca coincide con la norma, porque el deber ser es un ser que no es o que, al menos, aún no es. Pero cuando la realidad se *dispara* respecto de la norma, deviene *disparate*, prescribible un ser que nunca

normas jurídicas as quais não são aplicadas com autoridade pelo Poder Público – que, quase sempre, transfere a incompetência do Governo e a ineficiencia do Estado à população –, ou observadas com seriedade pela sociedade¹⁰⁵, especialmente quando voltadas para a criminalidade econômica¹⁰⁶ que é, por excelência, a criminalidade dos poderosos (crimes cometidos por pessoas que detém não apenas o poder econômico, mas también o poder político e controle do processo legislativo)¹⁰⁷, razão pela qual Bernd Schünemann afirmar que

... no se puede negar que el comportamiento típico de las clases sociales bajas, desde el nacimiento del Derecho penal moderno hasta hoy, ha constituido el objeto privilegiado tanto em la configuración de los tipos penales de Derecho penal como también em la justicia práctica penal...¹⁰⁸

Da mesma forma, Wilfried Bottke informa que

O Direito criminal econômico que caracteriza como criminais este tipo de comportamentos sustenta sua legitimidade na lesividade ou colocação em perigo de bens jurídicos, que motiva sua criminalização com independência

será y la norma queda cancelada por inútil y le aguarda el destino de los desperdicios (*anomia*). La perspectiva de este proceso anómico de poder, proyectada sin contención hacia el futuro, se traduce: a) en el creciente dominio del delito económico que tiene a adueñarse de la economía mundial, ante la impotencia de los estados nacionales y de los organismos internacionales (cada día más las actividades económicas a nivel planetario irán asumiendo mayor similitud con las prácticas criminales mafiosas); b) en el marcado deterioro del medio ambiente, que anuncia la producción de graves alteraciones en la biósfera". ZAFFARONI, Raúl Eugenio. *La Globalización y las Actuales Orientaciones de la Política Criminal* In: PIERANGELI, José Henrique (Coord.) *Direito Criminal*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000, p. 23.

¹⁰⁵ Em sentido semelhante, AMARAL, Thiago Bottino do. *Ponderação de normas penais em matéria penal*. Rio de Janeiro, Lumen Juris, 2007, p. 89. Corroborando a assertiva, Antonio Garcia-Pablos de Molina, ao discorrer sobre o preventivismo político-criminal, afirma que incrementar ou aumentar a repressão não resolve o problema criminal, e observa que “Mucho más eficaz que castigar, o que agravar las penas, será suprimir – o reducir – el *refuerzo positivo* que el delincuente recibe com la conducta criminal (vg., medidas situacionales que hagan difícil la comisión del hecho) y, al mismo tiempo, crear mediante una adecuada política social, de empleo, etc., opciones alternativas gratificadoras (vg., trabajo, servicios sociales para todos los ciudadanos), capaces de neutralizar los *refuerzos negativos* que condicionan el comportamiento criminal”. MOLINA, Antonio Garcia-Pablos de. *Tratado de criminología*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2003, p. 557.

¹⁰⁶ “Sin embargo, la totalidad de estas normas y reformas solamente tiene importancia verdadera en la medida que el Derecho penal económico se imponga realmente en la práctica a través de una persecución penal especializada; es decir, en la medida que las normas no solamente existan en el papel.” TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 4. Além disso, conforme observa o autor, “Así, pese a una persecución intensa de los delitos contra la libre competencia en Alemania durante tres decenios, se sigue produciendo la reincidencia de las empresas constructoras en materia de fijación de precios, a la vez que las asociaciones de empresas enfatizan, una y otra vez, en comunicados públicos que tales ilícitos solamente constituirían contravenciones administrativas (*Ordnungswidrigkeiten*) y que las sanciones impuestas en su contra solamente serían multas no criminales.” Ibid. p. 93. No mesmo sentido, VILLAREJO, Carlo Juménez, “Problemas derivados de la internacionalización de la delincuencia económica”, in *El fenómeno de la internacionalización de la delincuencia económica*, Estudios de Derecho Judicial, ed. CGPJ, núm. 61, Madrid, 2005, p. 152 e ss.

¹⁰⁷ Neste sentido, CRESPO, Eduardo Demétrio. *Del “derecho penal liberal al “derecho penal Del enemigo”*. Rev. de Derecho Penal y Criminología, n. 14, 2004, p. 114. Em sentido contrário, Eduardo Correia afirma que “Haveria, com efeito, condutas desviantes das regras da ordem econômica levadas a cabo por <<homens de colarinho branco>> que não constituiriam crimes. Por outro lado, também, muitas ações violadoras da ordem econômica seriam praticados por homens de <<colarinho azul>>, ou seja, de inferior extracção social.” CORREIA, Eduardo. Op. cit., p. 369.

¹⁰⁸ SCHÜNEMANN, Bernd. *Del derecho penal de la clase baja al derecho penal de la clase alta*. In *Temas actuales y permanentes Del Derecho penal después del milênio*. Madrid: Tecnos, 2002, p. 50-51.

de seu aspecto econômico e de outras considerações gerais desnecessárias. O Direito penal econômico em sentido amplo participa sob todos os aspectos da legitimidade de um direito penal que abarca também comportamentos que não afetam a economia. Sua legitimidade depende do cumprimento dos critérios gerais que sustentam desde qualquer ponto de vista a pretensão de validade do Direito penal e não necessita de nenhuma justificação especial.¹⁰⁹

Nesta ordem de idéias, de nada adianta a proliferação das figuras penais econômicas, produto de teorias modernas da Sociologia ou do Direito e o grande desenvolvimento das novas tecnologias¹¹⁰, se não existe a criação de estruturas e procedimentos destinados à elaboração da adequação da hipótese fática à norma jurídica¹¹¹. O sistema penal monístico seria suficiente, bastando, para tanto, a sua efetiva aplicação e, eventualmente, interpretação e aplicação em conformidade com o perfil da sociedade contemporânea e em adequação às exigências da criminalidade econômica – sempre a partir da Constituição,¹¹² pois, conforme observa Carlos Martines-Buján Pérez, “... el intitulado <<Derecho penal económico (o socioeconómico)>> se halla regido por los mismos principios jurídico-penales que el Derecho penal común u ordinário y encauzado a través de idénticas instituciones dogmáticas”¹¹³, sob pena da criação de um Direito penal simbólico e incrementação da técnica de hermenêutica em espiral¹¹⁴, o que ofenderia postulados fundamentais do Estado Democrático de Direito.

Além disso, se o problema fosse normativo, não haveria falar-se nos espaços geográficos de impunidade¹¹⁵ tão comuns na atualidade: bastaria a transferência da empresa

¹⁰⁹ BOTTKE, Wilfried. Sobre la Legitimidad Del Derecho Penal Económico em sentido estricto y de sus descripciones típicas específicas, in *Hacia un Derecho Penal Económico Europeo: Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*. Trad. Norberto J. de La Mata. Madrid: Boletín Oficial del Estado, 1995, p. 638.

¹¹⁰ Utilizada em grande parte para prospecção de mercado e ampliação de formas específicas de concorrência, contribuindo para um mercado mundial de bens e serviços ilegais. CORDERO, Isidoro Blanco. *Principales instrumentos internacionales (de Naciones Unidas y la Unión Europea) relativos al crimen organizado: la definición de la participación en una organización y los problemas de aplicación de la Ley Penal en el espacio*, in *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999, p. 20; RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. *Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas*, in *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999, p. 60-61.

¹¹¹ HASSEMER, Winfried. *Persona, mundo y responsabilidad. Bases para una teoría de la imputación en Derecho penal*. Trad. Francisco Muñoz Conde e María del Mar Díaz Pita, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 30 e ss.

¹¹² Neste sentido, ZAPATERO, Luis Arroyo. Op. cit., p. 1.

¹¹³ PÉREZ, Carlos Martinez-Buján. *Derecho penal económico y de la empresa. Parte General*. 2ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch, 2007, p. 71.

¹¹⁴ TARUFFO, Michele. *La prueba de los hechos*, 2ª ed. Trad. Jordi Ferrer Beltrán, Trotta, Madrid, 2005, p. 100.

¹¹⁵ SANTOS, Marino Barbero. *Presentación*, in *Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999, p. 7. Para o autor, “los sistemas de justicia penal de estos países no suelen constituir ningún obstáculo para la actuación de dichos grupos criminales, muy perfeccionados, y se reconoce ampliamente que las estrategias para hacerlos frente tienen que basarse en la cooperación internacional, así como en técnicas eficaces

para algum Estado tolerante ou até incentivador com práticas econômicas tidas como ilícitas por outros Estados (paraíso fiscal, por exemplo). Pode-se concluir, tal qual Jorge de Figueiredo Dias, que

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

Portanto, o Direito penal econômico não figura como uma nova área dentro das ciências criminais, e sim com uma subárea do Direito penal, o que não significa dizer que a dogmática não deva evoluir. Pelo contrário, as premissas sobre as quais o Direito penal econômico se assenta sobre valor constitucional de especial importância para a sociedade contemporânea, merecendo estudo destacado e normatização específica¹¹⁶, especialmente por força de seu caráter técnico.

2.2.4. Princípios

de organización y gestión y, al igual que la delincuencia organizada, han de aprovechar los adelantos tecnológicos”. No mesmo sentido, CORDERO, Isidoro Blanco. Op. cit., p. 22.

¹¹⁶ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 89.

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

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

Ademais, a vinculação do Direito penal econômico aos princípios gerais do Direito penal é compatível com uma série de postulados básicos que configuram o ilícito econômico: (i) o princípio da intervenção penal econômica mínima; (ii) o princípio de fixação da norma penal econômica no Código Penal; (iii) o princípio da configuração do tipo penal em virtude do bem jurídico protegido; (iv) o princípio da inclusão de elementos normativos e cláusulas gerais na norma penal econômica; e (v) o princípio da simplificação da prova.

O princípio da intervenção penal econômica mínima determina que a criminalização de uma conduta só se legitima se constituir meio necessário para a proteção de determinado bem jurídico-econômico quando as demais áreas do Direito se revelarem ineficazes ou incapazes de conferir a sua devida, contrapondo-se à necessidade jurídica e social de reformular o Direito penal substantivo em matéria econômica. Isso significa afirmar que a tutela penal não deva se desenvolver e evoluir conforme as exigências da sociedade contemporânea, razão pela qual o movimento legislativo frequentemente implica a proteção de novos bens jurídicos. Conforme assinala Klaus Tiedemann, na Alemanha a Primeira Lei de combate aos crimes econômicos, além de modificações ao Código Civil e ao Direito comercial e à falência, introduziu normas penais especiais contra a obtenção fraudulenta de subvenções e créditos, e criou adicionalmente uma legislação administrativa contra a

obtenção abusiva de subvenções¹¹⁷, por uma razão simples: levou-se em conta o fato de que praticamente todos os países desenvolvidos utilizam atualmente medidas financeiras, de diversos nomes e definições, para o desenvolvimento de objetivos econômicos, culturais e sociais, orientadas todas elas a corrigir as desigualdades naturais ou fáticas da vida econômica e social. Por conseguinte, a subvenção representa um notável fator criminógeno, já que tanto na Comunidade Econômica Européia, como nos países sul-americanos e entre os exportadores de cereais da América do Norte, tem desempenhado um importante papel os especulares casos de obtenção fraudulenta de subvenções, sobretudo para exportações fictícias a outros países.¹¹⁸

Com relação ao segundo princípio (fixação da norma penal econômica no Código Penal), Klaus Tiedemann¹¹⁹ afirma que o Direito penal econômico deve regular-se, na medida do possível, dentro do Código Penal, cabendo à legislação extravagante os ilícitos a respeito dos quais a técnica legislativa pressupõe uma conexão particularmente estreita e inseparável com a normativa do Direito econômico, exigindo por parte do Poder Legislativo e do intérprete o conhecimento teórico das normas penais econômicas, em razão de seu caráter técnico e específico, e dos dados que ministrem sua aplicação para incrementar a efetividade daqueles preceitos penais.

Por sua vez, o princípio da configuração do tipo penal em virtude do bem jurídico protegido supõe a utilização de tipos de perigo abstrato como instrumentos jurídico-penais de luta contra os crimes econômicos, não havendo falar-se em ofensa ao princípio da lesividade, intervenção mínima ou proporcionalidade porque, ainda de acordo com a lição de Klaus Tiedemann, a proibição de executar determinadas ações repousa no fato de que o Direito penal, uma vez iniciado o seu curso causal, não pode evitar que se produza o resultado danoso.¹²⁰ Neste sentido, deve-se frisar que o XIII Congresso Internacional da Associação Internacional de Direito Penal declarou, na sua 9ª Recomendação, dispõe o seguinte:

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

¹¹⁷ TIEDEMANN, Klaus. *Poder económico y delito (Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa)*. Barcelona: Ariel, 1985, p. 28-29.

¹¹⁸ Ibid., p. 29.

¹¹⁹ Ibid., p. 29-30.

¹²⁰ Ibid., p. 30.

Sobre o princípio da inclusão de elementos normativos e cláusulas gerais na norma penal econômica, reflexo da constitucionalização do Direito penal, conforme já observado, está justificado porque a teor dos complexos fenômenos e regulamentos da vida econômica contemporânea, é impossível prescindir de tais técnicas ao se descrever os tipos penais econômicos. Com efeito, junto com as exatas descrições dos tipos, é necessário admitir os conceitos jurídicos indeterminados e as cláusulas gerais, unicamente para fundamentar uma declaração de responsabilidade criminal, caso se trate de valores reconhecidos e seguros¹²¹. A inclusão de elementos normativos e cláusulas gerais na norma penal econômica é uma consequência direta, de um lado, do princípio da unidade do ordenamento jurídico e, de outro, da extrema complexidade do tráfico jurídico-mercantil na vida econômica contemporânea.

Por fim, pelo princípio da simplificação da prova exige-se que os novos tipos do Direito penal econômico configurem a prova de maneira singela, para efeitos de sua eficácia, sem afastar, contudo, garantias jurídico-penais do Estado Democrático de Direito, tais como o direito à presunção de inocência, a não inversão do ônus da prova ao acusado e o princípio da culpabilidade, notadamente em razão de os crimes de perigo abstrato oferecem possibilidades para facilitar as tarefas probatórias. Uma outra técnica legislativa dirigida à simplificação da prova consiste em excluir os elementos subjetivos do tipo penal econômico.¹²²

¹²¹ Ibid., p. 34.

¹²² Ibid., p. 35-36.

3. O CRÉDITO COMO BEM JURÍDICO-PENAL

3.1. Noções iniciais

Conforme observado, a ordem econômica integra a normativa constitucional de 1988 e o direito fundamental ao desenvolvimento também é consagrado neste contexto normativo, porém, cabe destacar que a delimitação do objeto do Direito penal econômico é complexa. Juan Terradillos Basoco¹²³ enfeixa uma categoria de crimes determinada pela natureza do estatuto social da empresa (crimes societários e crimes falimentares) e outros que são determinados pela natureza das atividades econômicas desenvolvidas pela empresa. Estes poderão ser crimes contra outros sujeitos econômicos (crimes contra a propriedade industrial, concorrência desleal, consumidor, relações de trabalho, livre concorrência e os crimes ambientais) ou contra instituições (crimes financeiros, tributários e, eventualmente, contra a administração pública).

Klaus Tiedemann¹²⁴, por sua vez, observa que o Direito penal econômico era entendido na doutrina predominante na Alemanha, até poucas décadas atrás, apenas aquela parte estreita do Direito penal que reforça com a ameaça de pena no Direito administrativo econômico (intervenção do estado na economia), trabalhada de forma especializada fora do Código Penal alemão. Depois que o Direito econômico se tornou uma disciplina autônoma do Direito administrativo, o Direito penal econômico na Alemanha começou a ser entendido numa acepção mais ampla: se consideraram também crimes econômicos a evasão de divisas e a fraude de subvenções, os crimes bancários e securitários, os crimes de falsificação de balanço patrimonial, assim como os crimes de adulteração de produtos alimentícios e de vinhos, até os crimes contra o comércio exterior.

Esta ampliação conceitual foi impulsionada, por um lado, pela Primeira e Segunda Leis de combate aos crimes econômicos. Juntamente, ao artigo 265 (fraude nos seguros), foram introduzidos os artigos 264 (fraude de subvenções), 265b (fraude nos créditos), 283 e seguintes (crime de quebra) e, em seguida, os artigos 263a (fraudes informáticas), 264a (fraudes no oferecimento de créditos), 266a (inadimplemento das contribuições sociais), 266b

¹²³ BASOCO, Juan Terradillos. Op. cit., p. 7.

¹²⁴ TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad*. Trad. Manuel Abanto Vásquez. Lima: Grijley., 2007, p.2.

(abuso de cheque e cartão de crédito), 269 (falsificação de dados relevantes para a prova), 270 (falsificação no processamento de dados), 303a (modificação de dados), 303b (sabotagem de computadores), 152a (falsificação de eurocheque e cartão de eurocheque) e 202a (espionagem de dados).

Neste sentido, observa-se que a ampliação segue um critério criminológico de que a execução dos crimes econômicos possui como instrumento a empresa ou são praticados em seu benefício. Entretanto, conforme observa Klaus Tieddman, vem aumentando a compreensão – incluída a do Poder Legislativo da Primeira e Segunda Lei de combate aos crimes econômicos, coincidindo com as recomendações do XIII Congresso Internacional de Direito Penal da Associação Internacional de Direito Penal – de que a criminalização de abusos econômicos pode representar uma intervenção estatal menos grave nas liberdades individuais do que a formação de uma rede ampla de regulação administrativa.¹²⁵ Além disso, em nada contribuíram para a definição do Direito penal econômico: no período de edição da Primeira e Segunda Lei, o seu objeto era apenas os crimes praticados contra as medidas de planejamento do Estado e, atualmente, este objeto é muito mais amplo e engloba inúmeros outros tipos legais cuja objetividade jurídica seja a intervenção do Estado na economia, incluídos os crimes bancários.¹²⁶ Na Alemanha, a definição de Direito penal econômico vem sendo baseada no Projeto Alternativo de 1977, segundo o qual o crime econômico e o Direito penal econômico se caracterizam pelo fato de que não se dirigem apenas aos bens jurídico-penais individuais, mas também supra-individuais com repercussão econômica. Desta forma, não se tutela o interesse individual do agente econômico, e sim da ordem econômica em sua totalidade (sistema financeiro, tributário, bancário, etc.). Também se agregam tipos penais de proteção ao consumidor e à indústria, bem como à proteção do trabalho. Nestas linhas, Klaus Tiedemann¹²⁷ indica que seriam crimes econômicos. Entretanto, não parece adequado o estabelecimento de um rol exaustivo porque a mutação do crime econômico, incrementado pelos avanços tecnológicos, exigirá a adoção de um conceito dinâmico a proporcionar sua atualização conforme as transformações da sociedade contemporânea. Entendimento em sentido contrário potencializará que o Direito penal econômico entre em crise de ineficácia já a partir de sua delimitação porque não será suficiente para tutelar a ordem econômica.

Nesta ordem de idéias, o âmbito do Direito penal econômico pode ser sistematizado da seguinte forma: primeiramente, segundo o critério internacional (comércio exterior justificado

¹²⁵ Ibid., p. 3.

¹²⁶ Ibid., p. 7-8.

¹²⁷ Ibid., p. 8, 19, 20, 23 e 92.

pela existência da ordem econômica supranacional, por exemplo, Tratados de Roma e Montana) ou nacional (comércio interior), notadamente a ordem econômico-constitucional. Em seguida, no âmbito nacional – porque no âmbito internacional tais relações são realizadas diretamente entre os Estados, com ou sem a intermediação de órgãos internacionais –, são duas as relações possíveis: relação do agente econômico com o Estado ou relação entre os agentes econômicos. Para esta última relação, o marco econômico ordenador é regulado diretamente pelo Estado pelos órgãos com atribuição para a intervenção no domínio econômico (por exemplo, na regulação da energia, dos transportes, etc.), âmbito de tutela suficiente por parte do Direito administrativo, econômico e concorrencial. Especificamente dentro da relação do agente econômico com o Estado, tem importância, em primeiro lugar, a tutela penal do sistema financeiro, notadamente em função da importância dos tributos e das subvenções porque funcionam como meios indiretos de direção e regulação da economia contemporânea. Desta forma, para assegurar os ingressos financeiros o Estado se serve do Direito penal tributário e aduaneiro; já os egressos financeiros, por sua vez, são disciplinados pelo Direito penal tributário e subvencional. Por exemplo, na Alemanha, desde 1976, o artigo 264, do Código Penal, dispõe ser crime a captação ardilosa de subvenções.¹²⁸

Portanto, com fundamento na “.. crisis del principio de subsidiariedad...”¹²⁹, o Direito penal econômico se presta a tutelar as relações entre os agentes econômicos e o Estado, especialmente pela necessidade de delimitar a intervenção estatal na atividade econômica, dada a sua drasticidade e irreversibilidade. Por outro lado, esta especialização observada por Klaus Tiedemann¹³⁰ se justifica pelo caráter técnico e multidisciplinar dos crimes econômicos, exigindo a qualificação de todos os sujeitos – magistrados, advogados, promotores e procuradores, delegados, peritos, etc. – que atuam nas fases pré-processual e processual.

Uma forma de manifestação do processo de internacionalização do Direito penal se observa nas normas jurídicas que integram o Direito penal econômico porque revela uma tendência, embora dificultosa¹³¹, de harmonização legislativa ou aproximação setorial¹³² entre

¹²⁸ Ibid., p. 14-15.

¹²⁹ ESTÉVEZ, Juan Maria Rodríguez. *El derecho penal en la actividad económica. Planteos del bien jurídico protegido y de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Desalma, 1998, p. 77.

¹³⁰ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 2-3.

¹³¹ MARTY, Mireille Delmás. *Del Derecho Penal a la Política Criminal*, en ILANUD, Revista del Instituto Latinoamericano de las Naciones Unidas para la Prevención del delito y el tratamiento del delincuente, Año 11, N° 26, Bs. As., 2002, p. 80: “La armonización es un arte difícil que no sólo supone el acercamiento entre los sistemas sino también el hacerlos compatibles unos con otros, hecho que da la idea de armonía (...)”. No mesmo sentido, PERRON, Walter. *Perspectivas de la unificación del derecho penal y del derecho procesal penal en el marco de la Unión Europea*, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*,

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

... la criminalidad asociativa se há expandido al mundo económico: las ganancias que derivan del crimen vienen reinvertidas en circuitos económico – financieros legales, sea con el objeto de descontaminar su origen ilícito, sea por las grandes ganancias que tal actividad produce.¹³³

A adoção de um conceito de bem jurídico-penal supra-individual vem sendo criticada, especialmente por favorecer a tendência expansiva do Direito penal, além de não passar de uma mera designação sem existência real.¹³⁴ Entretanto, conforme observa Klaus Tiedemann¹³⁵, não se trata de uma interpretação correta porque dentro do processo econômico contemporâneo, extremamente complexo e complicado, se movem numerosos bens jurídico-penais intermediários, mediatizados entre os interesses do Estado e dos agentes econômicos individuais, assim como dos consumidores. Assim, o interesse supra-individual do funcionamento da circulação de crédito e do mercado de capitais tem, numa ordem econômica atual, um lugar legítimo, reconhecido pelo Direito econômico há muito tempo. Desta forma, diante dos novos acontecimentos jurídicos, surge a necessidade de proteção dos novos bens

Ediciones del puerto, Bs. As., 2005, p. 741: “Tan necesaria es una equiparación recíproca de las normas penales y procesal – penales de los Estados miembros de la Unión Europea como difícil su realización práctica”.

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

¹³² TIEDEMANN, Klaus. *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea*, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Año III, Nº 7, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 1997, p. 54: “Son susceptibles de armonización no tanto los ordenamientos jurídico – penales y los códigos penales en su conjunto como algunos ámbitos o sectores individuales, cuya equiparación jurídica supera la división tradicional en parte especial y parte general y abarca también al Derecho penal en un sentido más amplio, incluyendo las sanciones administrativas y el Derecho procesal”.

¹³³ CASTALDO, Andréa. *Criminalidad organizada y mercado económico – financiero*, in Guillermo J. Yacobucci (Coord.), *El crimen organizado. Desafíos y perspectivas en el marco de la globalización*, Ed. Ábaco, Bs. As., 2005, p. 275. Em sentido semelhante, BASOCO, Juan Terradillos. *Sistema penal y criminalidad internacional*, in Adán Nieto Martín (Coord.), *Homenaje al Dr. Marino Barbero Santos. In memoriam*, Tº I, coedición Universidad Castilla – La Mancha y Universidad de Salamanca, Cuenca, 2001, p. 2-3: “Ante la necesidad de definición de un contexto valorativo desde el que proyectar la construcción del sistema penal, se puede partir del dato de que la delincuencia transnacional propia del proceso globalizador en que nos encontramos inmersos es, básicamente, delincuencia económico-empresarial organizada. En efecto, tanto el Derecho interno como los Convenios internacionales recogen manifestaciones de criminalidad transnacional cuyo denominador común es la orientación, objetiva y subjetiva, a la obtención del lucro. Quizá pueda apuntarse, como excepción, la delincuencia terrorista, generalmente incluida bajo la misma rubrica [criminalidade organizada], pero lo cierto es que el terrorismo mercenario participa de los mismos caracteres, y el estrictamente político, por sus fines, presenta elementos específicos que aconsejan su tratamiento separado.”.

¹³⁴ TIEDEMAN, Klaus. Op. cit., p. 9.

¹³⁵ Ibid., p. 9-10.

jurídico-penais. Por exemplo, logo após a crise bancária dos anos 30 foi criada uma ampla e intensa intervenção do Estado no sistema de crédito. Conjuntamente com a expansão das necessidades creditícias das empresas, esta regulação levou ao reconhecimento da que se reconheça a economia de crédito como bem jurídico-penal supra-individual.¹³⁶ Com efeito, diversas fraudes, como a de crédito, deixam de ser vistas única e exclusivamente pelo prisma individual (crime contra o patrimônio) para se situar sob o plano supra-individual.¹³⁷

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

3.2. Diferentes manifestações do direito de crédito como objeto da tutela penal

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

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

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

¹³⁶ Ibid., p. 10.

¹³⁷ Ibid., p. 11.

instrumentos (moeda e outros ativos financeiros) que permitem o exercício massivo da atividade de crédito, não é difícil valorar a sua importância no contexto das sociedades contemporâneas. Tanto assim que a sua institucionalização a nível comunitário, a criação de uma moeda única e a coordenação das políticas monetárias e de crédito constituem pilares fundamentais ao complexo processo de construção da União Européia.¹³⁸

Por outro lado, nas sociedades contemporâneas são cada vez menos os negócios jurídicos cujo adimplemento se dá mediante o pagamento em dinheiro, o qual vem sendo substituído por instrumentos de pagamento pelo crédito como cheques, cartão magnético e títulos de crédito os quais pressupõem um lapso de tempo entre o compromisso de pagar e o efetivo pagamento. O critério da troca, característico das sociedades fechadas e estáticas (Idades antiga, média e moderna), foi substituído pelo critério do crédito, característico da sociedade aberta e dinâmica (Idade contemporânea). Tudo isso mostra que, na atualidade, os processos econômicos e toda a economia dependente do crédito.

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

Em 1979, Alessio Lanzi chamou a atenção para a falta de um estudo sistemático da tutela penal do crédito.¹³⁹ Uma revisão da matéria, objetivando incorporar a fundo a tutela penal do crédito, deve iniciar por analisar o instituto em si (conteúdo, natureza dos interesses e o seu papel para a sociedade) com o objetivo de estabelecer, como pressuposto, o conteúdo material do bem jurídico tutelado como condição fundamental para o funcionamento das relações sociais, tanto nas suas dimensões individual (direito patrimonial) e social (direito econômico), e para a identificação das manifestações do direito de crédito que mereçam a tutela penal. A própria tensão dialética entre os aspectos individual e social do direito de crédito, em última análise, se refletem na dificuldade de se delimitar a sua tutela penal, pois caso se entenda apenas pela tutela do bem jurídico individual, o sistema econômico, por exemplo, não merecerá uma legítima tutela pelo Direito penal.

Conforme observa Francisco Ruiz Marco, a Espanha enfrenta esta dificuldade. O projeto de Código Penal de 1980 possuía, originariamente, um capítulo específico sobre os

¹³⁸ MARCO, Francisco Ruiz. *La tutela penal del derecho de crédito*. Dilex: Madrid, 1995, p. 4; GARRIDO, Luis Lopes. *El Tratado de Maastricht*. Madrid, 1992, p. 38 e ss.

¹³⁹ LANZI, Alessio. *La tutela penale del crédito*. CEDAM: Padova, 1979, p. 7.

crimes contra a ordem sócio-econômica nos quais se inseriam os crimes contra o crédito. Três anos mais tarde, o Anteprojeto de Código Penal, por sua vez, inseria os crimes contra o crédito dentro do capítulo dos crimes contra a propriedade, sua localização tradicional. Por fim, os Projetos de Lei de 1992 e 1994 unificou os crimes contra o patrimônio e contra a ordem sócio-econômica no capítulo sob a rubrica crimes contra as insolvências puníveis. Este exemplo espanhol revela a grande dificuldade inerente à tutela penal do crédito, uma vez que a problemática se estabelece quando da própria identificação dos seus elementos como o bem jurídico a ser tutelado; um interesse individual a ser tutelado pelos crimes contra o patrimônio como na Espanha, ou um interesse social a exigir disciplina específica tal qual ocorre na Alemanha por figuras como o chamado crime de golpe de crédito (§ 265, “b”, do Código Penal alemão) ou na Itália com o crime de recurso abusivo de crédito (artigo 218, da Lei de Falências italiana).¹⁴⁰

Os critérios para a tutela penal do crédito são extremamente variados. Algo muito semelhante é a análise do debate levantado dentro e fora do Brasil a respeito da necessidade ou não da disciplina específica dos crimes cometidos pelas novas tecnologias, tal qual a utilização do cartão magnético, desde a sua utilização indevida por terceiros até mesmo por seu titular quando da extrapolação do seu limite de crédito. Desta simples assertiva, pode-se extrair duas vertentes da tutela penal do crédito: o aspecto material (por exemplo, o direito da instituição de crédito ser ressarcida pela utilização indevida do crédito) e instrumental (por exemplo, a tutela penal do cartão magnético). De toda sorte, pode-se afirmar que a tutela penal do crédito constitui um dos pilares básicos sobre os quais recaem os debates sobre os crimes econômicos. Tanto assim que a doutrina, repetidamente, afirma que uma das características definidoras do Direito penal econômico é a tentativa de dispensar proteção ao crédito.¹⁴¹

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

¹⁴⁰ MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 8-9.

¹⁴¹ MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 11; LOPEZ, Angel Torio. *Estafa de crédito y abuso punible de letras de cambio em la reforma del sistema penal*, In *Estudios penales y criminológicos*. Universidad de Santiago de Compostela: Santiago de Compostela, 1982, V. V, p. 91; MUNÓZ, Eduardo Moner. *La protección penal del crédito*, In *Nuevas formas de delinquencia*. Poder Judicial: Madrid, número especial IX, p. 193: “Una característica del Derecho penal económico en formación la constituye de dispensar protección a la institución de crédito y, en consecuencia, a específicos de este, entre los que se encuentra la letra de cambio”.

3.3. A aproximação ao conceito de crédito para fins de tutela penal

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

Uma primeira aproximação do significado básico da palavra mostra que o crédito pode compreender: (i) conceito amplo ou jurídico como o direito que o credor possui de receber alguma coisa do devedor (definição básica a qual expressa o conceito técnico-jurídico do instituto), cuja idéia é frequentemente expressa em linguagem jurídica como um direito subjetivo empregado no Direito civil; (ii) conceito estrito ou econômico como sinônimo de empréstimo e, mais especificamente, empréstimo de dinheiro, de forma que é tratado pela doutrina como um conceito econômico utilizado pelo Direito bancário e Direito econômico o qual merece tutela pelo Direito penal, objeto de estudo; e (iii) conceito espiritual segundo o qual o crédito traduz a idéia de confiança ou credibilidade.¹⁴²

É manifesta a estreita ligação entre o crédito no sentido econômico (com suas formas contratuais como empréstimo puro, crédito em conta corrente, desconto bancário, etc.) e o sistema de crédito, sua influência recíproca e os instrumentos de tutela dispensados a ambos os institutos no funcionamento geral do sistema, mas, apesar de este grau de inter-relações, metodológica e conceitual, é importante manter uma distinção clara entre o elemento (crédito) e a estrutura pela qual se exerce a sua manifestação (sistema de crédito), pelo menos para fins de tutela penal.¹⁴³ Desde o plano da política criminal não se trata, apenas, de duas perspectivas da mesma realidade; trata-se, no entanto, de duas realidades distintas e inconfundíveis.

Tal foi a importância alcançada pelo crédito como importante papel nas relações econômicas de livre comércio, que passaram por um processo extraordinário de regulação, sistematização e instrumentalização. Na verdade, o crédito concebido em termos econômicos, como objeto, tem sido um grande número de categorias contratuais, as quais podem ser

¹⁴² MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 12-17 e 35-39.

¹⁴³ Ibid., p. 12.

divididas em contratos de crédito clássicos (crédito em conta corrente, crédito escritural, empréstimo de dinheiro, etc.), cuja função primordial é prover as necessidades das empresas e dos indivíduos, e modernos e tem por função básica resolver dificuldades financeiras com a utilização específica de recursos econômicos para aquisições específicas e determinada. A velocidade e a operatividade das transações econômicas, mas, acima de tudo, o aumento progressivo das necessidades de crédito e de mobilização da riqueza, as características do sistema de mercado ensejou o desenvolvimento de instrumentos de crédito. As políticas de crédito, letras de câmbio, nota promissória, as obrigações e, em geral, os títulos foram, essencialmente, sistematizados e padronizados para facilitar o seu uso generalizado, permitindo, em alguns casos, a sua transmissibilidade pela simples transferência da posse. Importante ressaltar, inclusive, que muitas das vezes são dotados com a força executiva a fim de dispensar a discussão sobre o seu conteúdo.¹⁴⁴

3.4. A função constitucional do crédito

Descrever o perfil de um instituto jurídico, tal qual o direito de crédito, exige o seu estudo a partir da ordem constitucional porque se a legitimação do Direito penal no Estado Democrático de Direito surge da tutela dos valores fundamentais para a vida da pessoa em sociedade, a sua busca deve recair sobre a normativa constitucional dado que um de seus objetivos é precisamente a positivação de determinadas relações sociais básicas e o reconhecimento expresso de certas áreas de autodeterminação individuais (os direitos fundamentais).¹⁴⁵

Aceita a premissa de que as valorações fundamentais do Direito positivo aparecem, de forma concentrada, na Constituição e que nela estão, explícita ou implicitamente, os valores fundamentais para a vida das pessoas na sociedade, é coerente a necessidade de buscar na norma constitucional o valor objeto de estudo: o crédito. Tanto a posição topográfica das referências constitucional do crédito, como a sua situação na escala valorativa que a Constituição funcionam como diretrizes para a sua definição, compreensão e interpretação.

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

¹⁴⁴ MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 36-37.

¹⁴⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Ariel: Barcelona, 1976, p. 153 e ss.

3.4.1. A liberdade de empresa

A doutrina espanhola sustenta uma construção dogmática segundo a qual o direito de crédito encontra fundamento constitucional no princípio da liberdade de empresa (artigo 38, da Constituição espanhola)¹⁴⁶. Para Luis Díez-Picazo, o direito de crédito é parte da “Constituição econômica profunda”, conceito integrado pelo conjunto de princípios e linhas de inspiração sobre as quais a atividade econômica em sociedade se desenvolve, e a partir desta lógica, pode-se afirmar que o direito de crédito constitui um instrumento de realização pessoal por disciplinar os meios de trocas de bens e serviços característicos da ordem econômica da sociedade contemporânea.¹⁴⁷

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

No Brasil a unidade da ordem econômica e a transcendência do princípio da igualdade (artigo 5º, *caput*, da CRFB/88) imprimem a necessidade de uma regulamentação homogênea do direito de crédito, o que é expresso pela competência exclusiva da União para legislar sobre Direito civil (artigo 22, inciso I, da CRFB/88)¹⁴⁸, tudo tendo por base a premissa segundo a qual as bases das relações obrigacionais penetram a Constituição adquirindo, formalmente, o elevado grau de valor fundamental à sociedade contemporânea.

3.4.2. O desenvolvimento da personalidade

¹⁴⁶ MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 19.

¹⁴⁷ PICAZO, Luis Diez. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tecnos: Madrid, 1983, V I, p. 17.

¹⁴⁸ Na Espanha, de igual forma, conforme palavras de Francisco Ruiz Marco: “La Constitución se limita a atribuir la competencia para la ordenación básica de la estructura crediticia al Estado.” MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 67.

Conforme já observado, a Constituição garante o desenvolvimento econômico e social e, no ponto, cabe destacar que o direito de crédito constitui instrumento jurídico fundamental das sociedades contemporâneas pelo qual os indivíduos satisfazem as suas necessidades econômicas (e de outras ordens).¹⁴⁹ Basta imaginar, por exemplo, na pessoa que vai a um médico, ou compra uma obra de arte porque em ambas as situações o indivíduo estará satisfazendo uma necessidade humana (saúde, cultura, etc.) pelo estabelecimento de relações jurídicas de obrigação, cuja ligação com a livre iniciativa só pode ser estabelecida em termos extremamente remotos. Desta forma, o valor das relações de crédito transcende a livre iniciativa e da economia de mercado, para tornar-se elemento fundamental das relações sociais minimamente desenvolvidas. Desde o início da civilização, as pessoas têm trocado os bens e serviços mediante o estabelecimento de direitos e obrigações e quem vier a sofrer prejuízo patrimonial possuirá um direito de crédito (indenização ou reparação).

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

Além disso, conforme observa Gustavo Tepedino, a recodificação da legalidade constitucional impõe a afirmação do valor jurídico dos seres humanos a partir de uma releitura do Direito civil à luz da CRFB/88, privilegiando-se os valores não-patrimoniais e, em particular, a dignidade da pessoa humana, o desenvolvimento da sua personalidade, os direitos sociais e a justiça distributiva, para cujo atendimento deve se voltar a iniciativa econômica privada e as situações jurídicas patrimoniais.¹⁵⁰ Volta-se, conseqüentemente, o

¹⁴⁹ Sobre a dimensão social do crédito e a sua importância, MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 24.

¹⁵⁰ TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed, rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2007, p. 3.

ordenamento jurídico não mais para o indivíduo, abstratamente considerado, mas para a tutela da pessoa humana nas concretas e diferenciadas relações jurídicas em que se insere, incluídas as relações creditícias.

Desta forma, o direito de crédito, ao invés de ser um mero resultado da livre iniciativa e da economia de mercado, é uma condição indispensável a dignidade da pessoa humana, do seu desenvolvimento livre e consectário lógico e jurídico dos direitos da personalidade¹⁵¹ como característica essencial do Estado Democrático de Direito. Esta dimensão é a razão última que deve justificar a tutela penal do crédito por intermédio de um “... concepto material del bien jurídico-crédito”¹⁵², sendo que esta relação do crédito com o Direito penal será desenvolvida quando do estudo dos crimes bancários, corroborando o fato de o Direito penal econômico tutelar o desenvolvimento sócio-econômico.

¹⁵¹ MARCO, Francisco Ruiz. Op. cit., p. 21-24.

¹⁵² Ibid., p. 87.

4. RESPONSABILIDADE PENAL DOS BANCOS¹⁵³

No âmbito do Direito penal bancário, Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero afirmam que o banco pode ser autor de crimes bancários, indicando o exemplo italiano¹⁵⁴. Desta feita, antes de adentrar no estudo específico da tutela penal do banco, faz-se necessário o estudo da responsabilidade penal das pessoas jurídicas e sobre o tema, Juarez Cirino dos Santos adverte que “A responsabilidade penal da pessoa jurídica é, talvez, o tema de política criminal e de direito penal mais controvertido da atualidade.”¹⁵⁵ Por tal razão, no ponto também serão delineadas apenas as premissas necessárias ao desenvolvimento do Direito penal bancário, notadamente a possibilidade de o banco figurar como autor de crimes bancários.

4.1. Noções iniciais

O estudo da Sociologia revela que a agrupação cria um ambiente que facilita e incita os seus integrantes praticarem condutas, incluídas as criminosas, para o benefício de todos. Decorre desta afirmativa a idéia de sancionar os autores materiais, os quais podem ser substituídos, senão também, e sobre tudo, a agrupação. Além disso, as novas formas de criminalidade como os crimes econômicos são tão difíceis de serem combatidos pelos sistemas e mecanismos tradicionais do Direito penal que uma nova aproximação parece indispensável.¹⁵⁶ Por outro lado, conforme observa Klaus Tiedemann¹⁵⁷, a maior parte dos crimes econômicos são praticados com a ajuda de uma empresa, e o crime organizado se serve da maior parte das instituições econômicas: estabelecimentos financeiros, sociedades de exportação ou de importação, etc., concluindo que a participação de pessoas jurídicas não é, então, a exceção, senão a regra.

O estudo do tema revela dois entendimentos. Nos países influenciados pelo Direito romano-germânico vige, em regra, o princípio *societas delinquere non potest*, o que significa

¹⁵³ Klaus Tiedemann se refere à responsabilidade penal das pessoas jurídicas, das empresas e de outros agrupamentos. TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 92 e 99.

¹⁵⁴ DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. *Il Diritto Penale Bancario – itinerari di diritto comparato*. Rivista italiana di Diritto e Procedura Penale, Milano: Dott. A. Giuffrè Editore, anno XXXII, 1989, p. 942.

¹⁵⁵ SANTOS, Juarez Cirino dos. *A responsabilidade penal da pessoa jurídica*. Conferência proferida na inauguração do Instituto de Criminologia e Política Criminal – ICPC, em 6 de março de 2001, Curitiba, PR.

¹⁵⁶ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 90-91.

¹⁵⁷ Ibid. p. 92.

dizer que se reputa inadmissível a responsabilidade penal das pessoas jurídicas, havendo a previsão de aplicação somente de sanções administrativas ou civis. Já nos países anglo-saxões e naqueles que receberam suas influências, vigora, em termos gerais, o princípio da *common law* o qual admite a responsabilidade penal da pessoa jurídica. Conforme observa Reinhart Maurach

Por el contrario, em el derecho penal criminal alemán se afirmó desde un principio la incapacidad delictiva de las agrupaciones. Este criterio, en particular tras la separación del derecho penal disciplinario, es hoy el dominante. Esta opinión se encuentra también sustentada por el restante pensamiento continental; en cambio, el derecho penal de Inglaterra y aún más el de los Estados Unidos de Norteamérica reconocen fundamentalmente el delito de las corporaciones.¹⁵⁸

No século XIX, tanto os Estados Unidos como a Inglaterra passaram a admitir a responsabilidade penal das pessoas jurídicas pelo impacto do “corporate crime”¹⁵⁹ na sociedade da época, primeiramente para os crimes culposos e omissivos (“public welfare offences”) e, depois, de maneira geral para todos os crimes. Segundo a formulação do “Lord Justice” Denning, o agente superior é considerado como o cérebro e o alter-ego do agrupamento, de maneira que a sua atuação é a da própria pessoa jurídica (doutrina da identificação): um agente subordinado, de cargo inferior, não seria mais do que o braço da entidade, cuja responsabilidade penal não seria pessoal, senão baseada na idéia de delegação ou imputação. Este conceito se vê reforçado pela admissibilidade de uma responsabilidade penal sem culpa ou desvinculada de uma prova de culpabilidade, não apenas para os agrupamentos, mas também para todos os autores.¹⁶⁰

Numerosos autores¹⁶¹ partem deste critério para identificar a admissibilidade ou não da responsabilização penal das pessoas jurídicas, sintetizando-o a sua admissibilidade, basicamente, em razão de seu sistema jurídico: enquanto que o sistema da *common law* admitira a responsabilidade penal da pessoa jurídica, o sistema da *civil law* não a admitiria. Entretanto, conforme observa Klaus Tiedmman, em todos os casos de admissibilidade, os ordenamentos jurídicos são inspirados no pragmatismo penal o qual estabelece a plena responsabilidade penal dos agrupamentos sem levar em consideração os obstáculos

¹⁵⁸ MAURACH, Reinhart, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona : Ediciones Ariel, 1962, p. 178.

¹⁵⁹ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 101.

¹⁶⁰ No ponto, parece que estaria sendo imposto um modelo de transferência da responsabilidade sem que se prove um vínculo direito com o crime, situação que “... parece avocar a un derecho penal de autor.” SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; *et alli. La Ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*”, in Da Agra, C., (y otros), (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo*, Atelier, Barcelona, 2003, p. 130-133.

¹⁶¹ Por exemplo, Juarez Cirino dos Santos. Op. cit.

dogmáticos¹⁶², numa visão extremamente positivista e sem base científica porque se trata de um problema de dogmática – adequação ou não dos requisitos para a prática do crime pela pessoa jurídica – e não de política criminal – previsão ou não na ordem jurídica positiva.¹⁶³ Sua análise deve partir, portanto, da realidade criminológica para, após, se observar as necessidades de política criminal e identificar as soluções possíveis. Em seguida, as possibilidades dogmáticas devem ser analisadas, pois, nas lições de Zugaldía Espinar “[se] aún subsiste alguna dificultad para compaginar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas con la teoría jurídica del delito, pues peor para esta última”¹⁶⁴. Desta forma, o conteúdo das categorias fundamentais do Direito penal não permanecem inalteradas quando se pretende responsabilizar penalmente as pessoas jurídicas, exigindo alterações de pequena monta¹⁶⁵ ou pelo desenvolvimento de uma nova dogmática penal numa segunda via do Direito penal, uma via coletiva, ao lado da individual.

No âmbito do direito positivo, inúmeras legislações admitem a responsabilização penal das pessoas jurídicas: Austrália, Bélgica, Brasil, Canadá, Dinamarca, Escócia, Estados Unidos, Finlândia, França, Grécia, Holanda, Inglaterra, Irlanda, Itália, Japão, Noruega, Portugal, Suíça, Polónia¹⁶⁶. Já no âmbito comunitário, a Comissão da União Européia, em muitas de suas diretivas, impôs aos Estados-membros a obrigação de prever a responsabilização penal das pessoas jurídicas nas ordens jurídicas internas¹⁶⁷. No plano internacional, a Convenção da Organização das Nações Unidas contra a Corrupção de 2003 a recomendou expressamente.¹⁶⁸ Por outro lado, inúmeros países vêm adotando sistema diverso. Na Espanha e no Peru, por exemplo, não houve a previsão expressa da

¹⁶² TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 100. O próprio Juarez Cirino dos Santos ao afirmar que “... nos sistemas legais *codificados*...” “... seus sistemas de justiça criminal, fundados na unidade interna de instituições e normas jurídicas, apresentam obstáculos dogmáticos insuperáveis”. Com efeito, conclui que “... existem exceções...” SANTOS, Juarez Cirino. Op. cit.

¹⁶³ Neste sentido, Adán Nieto Martín ao expor sobre os riscos da “... responsabilidad por transferencia ou heterorresponsabilidad en el derecho penal positivo.”, sinalizando, inclusive, problemas de “... su encaje constitucional...” MARTÍN, Adán Nieto. *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*. Madrid: Iustel, 2008, p. 102.

¹⁶⁴ ESPINAR, Zugaldía. *Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica*. CPC, n. 81, 2003, p. 30.

¹⁶⁵ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 109.

¹⁶⁶ Ibid. p. 89-90, 93, 99. Cabe destacar que são cinco modelos existentes: (i) Responsabilidade civil subsidiária ou cumulativa da pessoa jurídica; (ii) responsabilidade administrativa com a aplicação de medidas de segurança, porém, pelo processo administrativo; (iii) responsabilidade administrativa com a aplicação sanções administrativas (financeiras e outras), figurando um regime quase-penal; (iv) responsabilidade penal e (v) responsabilidade mista (administrativa, civil ou penal) com a aplicação de sanções como administração forçada ou extinção da empresa. Ibid. p. 92-93. Também sobre o tema, BITTENCOURT, Cezar Roberto, *Reflexões sobre a responsabilidade penal da pessoa jurídica*, in Coleção Temas Atuais de Direito Criminal, v. 2, São Paulo : Revistas dos Tribunais, 1999, p. 64.

¹⁶⁷ Entretanto, conforme observa Klaus Tiedemann, trata-se de uma responsabilidade quase-penal porque as sanções seriam de natureza administrativa. TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 90.

¹⁶⁸ Ibid., p. 89-90.

responsabilidade penal das pessoas jurídicas, mas apenas o seu sancionamento, de forma acessória.

4.2. Origem, desenvolvimento e relevância

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

No início da Idade média a responsabilidade penal da pessoa jurídica começa a ser debatida porque as corporações começam a desfrutar de maior importância, dada sua relevância para as esferas econômicas e políticas da época. Embora ainda não se delimite um conceito sedimentado de pessoa jurídica, tal fato não impediu que conhecessem a figura da corporação, assim entendida como a soma e a unidade de membros titulares de direitos.¹⁶⁹ Nesta ordem de idéias, estas corporações podiam cometer crimes quando a totalidade de seus membros iniciava uma ação penalmente relevante por decisão conjunta.

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

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

¹⁶⁹ BITTENCOURT, Cezar Roberto. Op. cit., p. 54.

A doutrina costuma elencar alguns critérios para que se possa aplicar a responsabilidade penal à pessoa jurídica, entendendo que esta deverá ser reservada para alguns casos específicos, em face de um direcionamento de política criminal mais amplo. O primeiro destes requisitos é que o ilícito seja praticado no interesse e no benefício da pessoa jurídica, e que se situe no âmbito de suas atividades. Com efeito, há uma delimitação dos crimes passíveis de serem praticados pelas pessoas jurídicas como aquelas que somente a pessoa natural pode praticar na sua esfera individual (homicídio, por exemplo).¹⁷⁰ Ademais, o ilícito cometido deve ser praticado por pessoa natural que possua vínculo com a pessoa jurídica (empregado, por exemplo), havendo confluência de interesses entre ambas. Por fim, a forma da pessoa jurídica deve ser decisiva a prática do crime, notadamente pela utilização decisiva de sua estrutura e poderio econômico na prática do ilícito penal.¹⁷¹

Sérgio Salomão Shecaira sintetiza o pensamento

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

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

¹⁷⁰ SHECAIRA, Sérgio Salomão, *Responsabilidade Penal da Pessoa Jurídica (De acordo com a Lei 9.605/98)*, 1ª ed., São Paulo : Revista dos Tribunais, 1998, p. 100.

¹⁷¹ MARTÍN, Adán Nieto. Op. cit., p. 55-66. O autor destaca o caso “New York Central & Hudson River Rail Road” como paradigma do contra-poder estatal ao poderio das empresas.

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

... en principio se debe negar la capacidad de actuar juridicopenal de la asociación. La frase de Liszt, frecuentemente invocada como razón contraria, de "quien puede concluir contratos, puede concluir también contratos fraudulentos o usurarios", descansa en una petición de principio, a saber, en la equiparación del concepto de acción en el derecho civil y en el derecho penal. Olvida que el concepto de acción tiene una naturaleza distinta en las diferentes ramas del derecho. Por ello no hay reparo en considerar a la corporación como titular idóneo de la acción en el derecho penal administrativo. No ocurre lo mismo en el derecho penal criminal. El que a la persona jurídica se le pueda aplicar una coacción - no otra cosa representa la pena pecuniaria del derecho penal disciplinario - se encuentra fuera de duda. Por el contrario, el reconocer la capacidad juridicopenal de acción de la persona jurídica conduciría a consecuencias insostenibles. Esto se deriva ya de la consideración tradicional del concepto de acción. Un tal reconocimiento resultaría inadmisibile para el finalismo, que aparta el concepto de acción del simple "producir" un resultado relevante juridicopenalmente, y muestra con fuerza a la acción como produto genuino del individuo, esto es, del hombre aislado. La voluntad de la asociación no puede tampoco, por una consideración "más real", ser equiparada a la voluntad de la acción, del hombre particular. La incapacidad juridicopenal de acción de la persona jurídica se debe derivar tanto de la naturaleza de la agrupación como de la esencia de la acción.¹⁷²

Neste sentido, conforme observa Juarez Cirino dos Santos¹⁷³, a ação funciona como o fundamento psicossomático do conceito de crime, razão pela qual é um fenômeno exclusivamente humano. Trata-se de conclusão decorrente da análise de qualquer teoria sobre a ação: para o modelo causal, seria o comportamento humano voluntário; para o modelo final, seria o comportamento humano voluntário e consciente dirigido à uma finalidade; para o modelo social seria o comportamento humano voluntário e consciente, socialmente relevante, dirigido à uma finalidade; para o modelo pessoal seria a manifestação da personalidade. Se a conduta é fenômeno exclusivamente humano, então a pessoa jurídica é incapaz de ação e, por este motivo, os atos das pessoas jurídicas são referidos como situações de ausência de ação.

René Ariel Dotti destaca, com propriedade, que

... o conceito de ação como atividade humana conscientemente dirigida a um fim vem sendo tranqüilamente aceito pela doutrina brasileira, o que

¹⁷² MAURACH, Reinhart. Op. cit., p. 179-180.

¹⁷³ SANTOS, Juarez Cirino dos. Op. cit.

implica no poder de decisão pessoal entre fazer ou não fazer alguma coisa, ou seja, num atributo inerente às pessoas naturais.¹⁷⁴

Com efeito, sem os elementos cognoscitivo (consciência) e volitivo (vontade), exclusivos da pessoa natural, é impossível se falar, tecnicamente, em ação para fins de responsabilização penal da pessoa jurídica. Portanto, a ação (comissiva, dolosa ou culposa, ou omissiva), elemento do conceito de crime, só pode ser um comportamento humano, inaplicável à pessoa jurídica e insubstituível por critérios análogos, como o da atividade empresarial, por exemplo.

O segundo argumento se refere à capacidade de culpabilidade.¹⁷⁵ O Tribunal Constitucional Federal alemão vem admitindo, desde o caso “Bertelsmann”, imputar a culpabilidade de uma pessoa natural a uma jurídica. Por outro lado, a Corte de Justiça da Comunidade Européia segue a tendência de adotar uma culpabilidade própria da pessoa jurídica, determinada conforme critérios e padrões do Direito civil e administrativo.¹⁷⁶ Países como os Estados Unidos, Itália, Japão, Noruega e Suíça, além da Alemanha¹⁷⁷, admitem a culpabilidade das pessoas jurídicas baseada na sua falta de organização, critério distinto daquele adotado para a culpabilidade da pessoa natural.¹⁷⁸

Embora não se negue que o reconhecimento da culpabilidade da pessoa jurídica seja uma “... consecuencias de su realidad social...”¹⁷⁹, notadamente porque “Una modernización dei Derecho penal en estos términos guardaría correspondencia con el actual fenómeno de la colectivización de la vida, y serviría para combatir algunos excesos de la globalización.”¹⁸⁰, no Direito penal, a ação está sempre ligada ao comportamento humano¹⁸¹ – não se pune mais do que as ações próprias das pessoas naturais, conforme observa Barbero na Espanha e

¹⁷⁴ DOTTI, René Ariel, *A incapacidade criminal da pessoa jurídica (Uma perspectiva do Direito brasileiro)*, RBCCrim, n. 11 (julho-setembro de 1995), p. 191.

¹⁷⁵ Adán Nieto Martín informa alguns modelos legislativos e propostas doutrinárias sobre o tema. MARTÍN, Adán Nieto. Op. cit., p. 127-177.

¹⁷⁶ Segundo Klaus Tiedemann, esta categoria própria de culpabilidade de empresa seria a tendência dos ordenamentos jurídicos europeus. TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 106.

¹⁷⁷ TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 105.

¹⁷⁸ Ibid., p. 107.

¹⁷⁹ Ibid., p. 107.

¹⁸⁰ Ibid., p. 110.

¹⁸¹ Conforme assentou Raúl Eugenio Zaffaroni: “8º) Que, en síntesis, la operatividad de la máxima constitucional *nulla injuria sine actione* impone la delimitación del concepto jurídico-penal de conducta, sobre la base de un hacer u omitir que reconocería como único sujeto activo al ser humano, respecto del cual puede reaccionar el Estado con las penas legalmente previstas, excluyendo por ende a las personas jurídicas de acuerdo con el principio *societas delinquere non potest* (o *universitas delinquere nequit*).; el cual salva además los irrenunciables principios de culpabilidad y personalidad de la pena”. CSJN, F. 572.XI, 30/05/06, “Fly Machine S.R.L.” s/recurso extraordinario”, en “Actualidad Jurídica de Córdoba – Derecho Penal”, segunda quincena julio de 2006, Año III – vol. 70, Córdoba, p 4564-4565.

Engisch na Inglaterra¹⁸² – já que no Direito penal também há a constatação de que uma ação é o resultado de uma atribuição, não a descrição da natureza ou imposição normativa.¹⁸³

Cabe destacar, ainda, conforme observa Gracia Martin, que embora se diga que determinadas normas se dirijam às pessoas jurídicas,¹⁸⁴ nada se diz sobre a questão de quem deve desempenhar as obrigações correspondentes. Por exemplo, as normas tributárias também se dirigem aos recém-nascidos sem que a eles se possa imputar eventuais crimes tributários praticados por seus pais em seu favor.

A culpabilidade de uma pessoa a outra pessoa é vedada pelo princípio da culpabilidade, de cunho constitucional¹⁸⁵: a culpabilidade deve ser da própria pessoa que praticou a conduta criminosa. Além disso, a culpabilidade significa uma reprovação ética e moral que excluiria as pessoas jurídicas, as quais, com efeito, não poderiam ser destinatárias das penas com as finalidades preventivas e retributivas. Ademais, há lesão do princípio da personalidade da pena: acionistas minoritários vencidos em assembléias gerais, ou sócios que não participaram da decisão, seriam igualmente atingidos pela pena aplicada à pessoa jurídica.¹⁸⁶ Por fim, há, ainda, lesão ao princípio da punibilidade porque inaplicável à pessoa jurídica, incapaz das emoções ou sentimentos humanos que fundamentam os fins atribuídos à pena criminal.

Nesta ordem de idéias, pela ótica da dogmática penal, conclui-se pela irresponsabilidade penal das pessoas jurídicas, de forma que os bancos não poderão figurar como autores de crimes por ausência de capacidade de conduta e de culpabilidade, cabendo a responsabilização penal apenas da pessoa natural que praticou a conduta quem, para fins deste estudo, será designado genericamente de “bancário”.¹⁸⁷

¹⁸² TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 103.

¹⁸³ Ibid., p. 103.

¹⁸⁴ Ibid., p. 108.

¹⁸⁵ Ibid., p. 104-105.

¹⁸⁶ MARTÍN, Adán Nieto. Op. cit., p. 107-110.

¹⁸⁷ Na maioria dos artigos da Lei 7.492/86, o sujeito ativo é reconhecido de imediato, tais como os artigos 5º, 12, 13, parágrafo único, 15, 17 e 23. Entretanto, nos artigos 2º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 11, 14, 16, 18, 22, o sujeito ativo é inferido a partir da descrição do tipo, pois, somente, quem tem uma determinada qualidade ou condição jurídica poderá realizar tais tipos penais, havendo necessidade de interpretá-los sistematicamente com o artigo 25, da Lei 7.492/86, segundo o qual “São penalmente responsáveis, nos termos desta lei, o controlador e os administradores de instituição financeira, assim considerados os diretores, gerentes” e em seu § 1º “Equiparam-se aos administradores de instituição financeira o interventor, o liquidante ou o síndico.”. Trata-se, portanto, do rol dos possíveis sujeitos ativos dos crimes bancários.

5. DELINEAMENTOS DO DIREITO PENAL BANCÁRIO

5.1. Noções iniciais

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

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

5.2. Origem, desenvolvimento e relevância

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

Quanto à proteção penal dos instrumentos de crédito, o artigo 509, do Código penal da Bélgica objetivava punir aqueles que buscam de forma fraudulenta de fundos pela emissão de letra de câmbio representativa de uma dívida inexistente. Além disso, na Alemanha, a Primeira Lei de combate aos crimes econômicos criminalizou o desconto de letras de câmbio não comercial (n.º 186), além da emissão de cheques sem fundos (n.º 184), e abuso de cartão de crédito acima do limite permitido (n.º 185).

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

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

Conforme observado, o Direito penal econômico não possui autonomia científica, figurando como uma subárea do Direito penal que se propõe a dispor sobre as normas jurídicas para disciplinar as relações entre os agentes econômicos e o Estado, objetivando limitar a intervenção estatal na economia pela tutela penal¹⁸⁸ e preservar as liberdades individuais decorrentes das relações econômicas.

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

Conseqüentemente, os sujeitos da criminalidade bancária estarão presentes nesta relação entre instituições de crédito e o Estado. A posição de sujeito ativo irá variar conforme a posição do banco no âmbito do ilícito penal: (i) na hipótese do bancário-autor, os crimes bancários serão próprios e só poderão ser praticados pelas pessoas indicadas no tipo objetivo

¹⁸⁸ “El mal que se causa a través de la imposición de una pena, sólo resulta conforme con el principio de proporcionalidad si con ello se trata de tutelar un interés esencial para el ciudadano o la vida en comunidad”. ESTÉVEZ, Juan Maria Rodríguez. Op. cit., p. 77. Em sentido semelhante, ZAPATERO, Luis Arroyo. Op. cit., p. 1-2.

(por exemplo, nos artigos 5º, 12, 13, parágrafo único, 15, 17 e 23, da Lei 7.492/86), ou pela incidência da norma de extensão do artigo 25 e § 1º, da Lei 7.492/86, estes em relação aos crimes dos artigos 2º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 11, 14, 16, 18, e 22; e (ii) na hipótese do banco-instrumento e do banco-vítima, qualquer pessoa poderá figurar como sujeito ativo porque serão considerados crimes comuns, não exigindo qualquer qualidade especial por parte do autor do crime. Por fim, sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa que participe da relação de crédito como os correntistas, cooperados e até a própria instituição de crédito.

5.4. Crimes bancários

5.4.1. Novas tecnologias e criminalidade bancária

A globalização econômica e a integração regional vêm promovendo um incrível incremento dos meios de transporte e de comunicação, bem como o acentuado o desenvolvimento e acúmulo dos recursos econômicos e financeiros¹⁸⁹, o que levou à internacionalização da prevenção e repressão ao crime¹⁹⁰. A consequência da introdução e a rápida difusão de sistemas informáticos no setor econômico-financeiro, e em particular no bancário, tiveram como consequência não desejada o incremento de novas formas de criminalidade – os “computer-crimes” ou “Computerdelikte”¹⁹¹ – as quais vem ensejando um problema de eficácia da tutela penal, demonstrando em primeiro lugar a dificuldade e, às vezes, a impossibilidade de aplicar a estas novas condutas os tipos penais existentes. A doutrina européia insere a criminalidade bancária decorrente das novas tecnologias dentro desta criminalidade, revelando-se um conceito de matriz criminológica o qual pode significar desde os atentados ao patrimônio do banco ou somente pela espionagem industrial, ou, às vezes, por manipulação de dados com finalidade de aproveitamento, até abraçar, em outros contextos, qualquer comportamento.¹⁹²

Quanto à criminalidade relativa ao computador, o sistema bancário francês conhece,

¹⁸⁹ SOUZA, Artur de Brito Gueiros. *Presos estrangeiros no Brasil- aspectos jurídicos e criminológicos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2007, p. 255-259.

¹⁹⁰ JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004, p. 14-16.

¹⁹¹ DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. Op. cit., p. 1334.

¹⁹² Ibid., p. 974-975.

por exemplo, sofisticadas formas de fraudes informáticas postas em prática por funcionários. Entre as que causam dano aos bancos, a manifestação mais visível na prática é, por outro lado, representada pelo abuso de cartões magnéticos. Na ausência de intervenção do Poder Legislativo francês especificamente voltada a tais fenômenos, põe-se a problemática de verificar, em relação a diversos grupos de hipóteses, em qual medida possam aplicar-se as tradicionais incriminações à tutela do patrimônio.¹⁹³ Diversas situações poderão surgir. Por exemplo, pode ocorrer a subtração ou falsificação do cartão magnético por terceiros e a sua posterior utilização indevida. Segundo a doutrina e a jurisprudência, neste caso, o saque abusivo de dinheiro de um caixa eletrônico por operação bancária de um sujeito diferente do titular pode integrar-se no esquema da fraude, configurando-se a utilização do cartão magnético falso ou roubado como manobra fraudulenta, ou como uso de nome falso (artigo 405, do Código Penal francês).¹⁹⁴ Pode, ainda, a utilização abusiva ocorrer por parte do próprio titular do cartão magnético quando ainda que o cartão esteja vencido ou tenha sido anulado pelo banco, ou mesmo enquanto seja utilizado para efetuar saques além dos limites do saldo ativo da conta. Na primeira hipótese, de regra, o saque não se realiza, mas a máquina retém o cartão magnético. O quesito aponta-se, então, fundamentalmente sobre a possibilidade de qualificar o fato como tentativa de fraude ou de furto. Em relação à fraude, tem-se, porém, que a mera apresentação de um cartão magnético vencido ou anulado possa qualificar-se como engano, mas não se integra num verdadeiro comportamento fraudulento. Pode, ao contrário, ter-se integrado numa tentativa de furto, com a condição de que o agente não disponha de fundos suficientes junto ao banco: neste caso, ele procura subtrair dinheiro do banco contra a vontade do proprietário. A hipótese, enfim, de que o titular de um cartão magnético regular efetue um saque excedente ao saldo ativo da conta não possui tipificação penal específica na França, de forma que a jurisprudência majoritária é orientada pela Corte de Cassação no caso “arrêt Lafond” no qual afirmou-se que o saque, por um guichê automático, de somas excedentes ao saldo ativo da conta corrente, integra a inobservância de uma obrigação contratual (por contrato, o titular do cartão magnético deve, preliminarmente a cada saque, e sob a sua responsabilidade, assegurar-se da existência na conta de uma provisão suficiente e disponível).¹⁹⁵

Desta forma, o que se pode observar é a capacidade de adaptação do Direito penal às chamadas fraudes informáticas objetivando tutelar os interesses patrimoniais dos institutos de

¹⁹³ Ibid., p. 976.

¹⁹⁴ Ibid., p. 976.

¹⁹⁵ Ibid., p. 977.

crédito. Daí, algumas propostas tendentes a introduzir novas figuras de crime quer na forma de um vasto tipo contravencional na França (obtenção fraudulenta de objetos fornecidos por um aparelho automático, segundo a formulação do “A vant Projet de Code pénal, partie spéciale”, de 1980).¹⁹⁶

5.4.2. Estudo comparado da legislação penal bancária

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

Um estudo de Direito comparado sobre a tutela penal do banco e do crédito deve ser conduzido somente considerando os movimentos de dimensão criminológica dos fenômenos que as operações bancárias e atividades de crédito evidenciam, atualmente, exigência de tutela penal¹⁹⁷ porque, conforme observado, são instrumentos para a promoção do direito fundamental ao desenvolvimento. Enumerados os pontos problemáticos mais relevantes, será possível colocar em confronto as soluções predispostas pelos diferentes ordenamentos, superando os impasses que poderiam derivar de sistemáticas jurídicas largamente afastadas.

A doutrina adota um modelo estrutural concentrado na diversa colocação do banco na realização do crime. Jesús-María Silva Sanchez distingue três de hipóteses: (i) o banco como autor do crime (banco-autor) – situações nas quais o banco diretamente, como pessoa jurídica, realiza um crime conexo à intermediação no crédito, ou concorram para a realização de um crime similar –; (ii) o banco como vítima do crime (banco-vítima) – na hipótese de crime que lese diretamente o seu patrimônio – e (iii) o banco como instrumento para a prática do crime (banco-instrumento) – tem como autor e como vítima dois sujeitos estranhos ao instituto de

¹⁹⁶ Ibid., p. 978.

¹⁹⁷ Ibid., p. 940-941.

crédito, sendo que o banco fornece o meio econômico-jurídico para a sua realização.¹⁹⁸ Por outro lado, Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero indicam uma quarta hipótese: banco-autor-vítima.¹⁹⁹

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

A proposta do estudo não é debater os crimes bancários tipificados na legislação brasileira, até porque esta criminalidade centra-se na Lei 7.492/86, a qual já foi objeto de inúmeros estudos científicos²⁰⁰, e sim discutir, a partir do estudo de Direito comparado, as formas tutela penal do banco e do crédito mais atuais nas legislações estrangeiras para, após, analisar se a ordem jurídica brasileira promove esta tutela de forma satisfatória ou não.

5.4.2.1.O bancário-autor

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

¹⁹⁸ SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. *El Derecho penal bancario em España*. Actualidad Penal, n. 47/19 – 19-25 diciembre, 1994.

¹⁹⁹ DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. Op. cit., p. 941.

²⁰⁰ Por exemplo, MAIA, Rodolfo Tigre. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: anotações à Lei Federal n. 7.492/86*. 1ª ed., 2ª tir., São Paulo: Malheiros, 1999.

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

Na Itália o crime de exercício abusivo da intermediação de crédito e da assunção abusiva da qualificação de banco estão previsto nos incisos I e II, respectivamente, do artigo 96, do Decreto-lei 375/36, resultante do artigo 29, da Lei 55/90. Tratam-se de crimes formais os quais dispensam a lesividade concreta da conduta a bem jurídico-penal em defesa da forma de oligopólio administrado²⁰¹, garantindo a confiança gerada no público pela denominação banco enquanto instituição autorizada pelo Banco de Itália ao exercício da intermediação no crédito. Entretanto, conforme observam Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, a tutela prevista no artigo 29, da Lei 55/1990, não considera adequadamente a mudança da ordem global do sistema creditício, devendo ser interpretada a partir da Resolução da Comunidade Econômica Européia 77/780, sobre o acesso à atividade dos entes creditícios e o seu exercício. Os pressupostos da autorização, tão-somente, aos requisitos objetivos de transparência e garantia da gestão do crédito, sem deixar espaço a avaliações discricionárias do Poder Público relativas a exigências econômicas do mercado, o objeto de tutela assume um conteúdo material: não mais o interesse abstrato do controle administrativo do oligopólio, mas a direta proteção da garantia e do patrimônio dos usuários²⁰².

Já na Alemanha o crime de exercício abusivo do crédito também tutela a ordem institucional-organizacional do sistema creditício, assim como delineado pela “Kreditwesengesetz” (lei bancária alemã). O § 54, número 2, da lei incrimina, em primeiro lugar, quem conduz uma empresa bancária sem a autorização prescrita pelo § 32, da lei (exercício abusivo da atividade bancária), o qual possui com tipo subjetivo o dolo ou a culpa. Sobre a incriminação a título de culpa, Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero ensinam que a conduta culposa pode ser reconhecida, quase que exclusivamente, na hipótese em que o agente inicie a condução de uma empresa bancária na errônea convicção de estar já em poder da autorização necessária, enquanto, por exemplo, esta última não se estende à nova empresa, ou, à própria autorização já vencida.²⁰³ O § 54 número 1, da lei é norma sancionatória das proibições de atividades creditícias específicas configuradas no § 3º, da lei (exercício de atividades bancárias não consentidas), o qual incriminada a conduta de quem desenvolve atividades que sejam proibidas pela norma do § 3º. A terceira hipótese de atividade bancária

²⁰¹ DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. Op. cit., p. 941-942.

²⁰² Ibid., p. 942.

²⁰³ Ibid., p. 1318-1319.

proibida contempla o exercício de atividade de crédito no qual, por um acordo entre as partes, ou sobre a base de um uso comercial, seja excluída, ou tomada muito difícil, a possibilidade de dispor da quantia depositada ou investida, mediante saque em dinheiro (§ 3º, número 3, da lei). A finalidade destas incriminações reside na proteção do público, dos usuários-depositantes, identificados como o contraente fraco da relação, por formas específicas de intermediação no crédito, particularmente arriscadas ou desfavoráveis. Também neste caso, todavia, as estatísticas sinalizam que as atividades de crédito proibidas por parte de bancos regularmente autorizados não são conhecidas até hoje na Alemanha, de forma que as condenações pelo § 54, número 1, da lei, dos últimos anos são definidas como esporádicas pela doutrina.²⁰⁴

Por outro lado, na França a Lei 2-532/1941 contemplava três figuras fundamentais de crime. Em primeiro lugar, o atentado ao monopólio bancário (em sentido estrito): pela norma do artigo 3º, respondiam por este crime as empresas, diferentes dos bancos, que recolhessem do público depósitos de fundos à vista ou, pelo menos, de dois anos. A noção de fundos recebidos em depósito era fornecida pelo artigo 4º da lei que precisava, entretanto, como o depositário deveria adquirir o direito de dispor do dinheiro por conta própria, não necessariamente por operações de crédito ou financeiras, mas pelas necessidades da sua atividade e deveria, outrossim, assegurar ao depositante um serviço de caixa. Da área de incriminação estavam excluídos os depósitos efetuados pelos funcionários da empresa e, também, os fundos fornecidos por aqueles parceiros financeiros (artigo 2º).²⁰⁵ De outro lado, o artigo 5º descrevia uma vasta tipologia de operações assimiladas ao recolhimento de fundos em depósito.

Além disso, o artigo 12 da Lei 2-532/1941 proibia qualquer empresa que não fosse previamente inscrita na lista dos bancos, tida pelo “Conseil National du Crédit” (Conselho Nacional do Crédito) de exercitar a atividade definida no artigo 1º: vedava o recolhimento, pelo público, sob a forma de depósito, ou, ainda, por profissão habitual, de fundos que a empresa usasse por conta própria, em operações de desconto, de crédito ou financeiras. A norma visava, então, garantir, pela sanção penal, a sujeição de cada empresa operante como banco aos controles que a própria lei atribuía ao Conselho Nacional do Crédito, não apenas condicionando aos requisitos econômicos, organizacionais e de confiabilidade, mas também de conformidade às necessidades econômicas gerais ou locais, tratamento semelhante conferido ao exercício ilegal de atividades reservadas aos institutos financeiros, configurado -

²⁰⁴ Ibid., p. 1319-1320.

²⁰⁵ Ibid., p. 953.

no artigo 6º, da Lei 2-533/1941, relativos aos institutos financeiros (conceito amplo para abranger as empresas operantes no setor creditício, diferenciadas dos bancos somente quanto à origem dos fundos, que deveriam ser próprios da empresa e, não, recolhidos pelo público; e sujeitas, igualmente, como os bancos a registro junto ao *CNC*, sob a base dos mesmos critérios de admissão).²⁰⁶

As leis ainda delineavam diversos tipos de emprego ilegal dos termos banco e instituto financeiro. Com referência aos bancos, o artigo 12 da Lei 2-533/1941 proibia, a qualquer empresa não inscrita na lista dos bancos, de fazer figurar os termos banco, banqueiro ou instituto de crédito na própria denominação, na própria razão social ou na própria publicidade, ou mesmo de utilizá-los, de qualquer modo, na própria atividade. Figuras de ilícitos menos graves endereçavam-se, depois, ao terceiro que, em um escrito tornado público, qualificasse como banco ou instituto de crédito uma empresa não inscrita (Lei 2-533/1941, artigo 23), e, também, ao autor de uma menção, tendo por escopo ou por efeito fazer crer que um instituto financeiro fosse, ao invés, inscrito na lista dos bancos (Lei 2-533/1941, artigo 6º).

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

²⁰⁶ *Ibid.*, p. 954.

Econômica Européia, de 1977. Percebe-se, portanto que, ao contrário do sistema italiano, o francês já se encontra em conformidade com as disposições do Direito comunitário.

A tutela penal do monopólio das operações bancárias é, em primeiro lugar, dedicado o artigo 10, número 1, da Lei Bancária 84-46/1984 a qual proíbe, a qualquer pessoa diversa de um instituto de crédito, de efetuar operações bancárias a título habitual. Com base no que se observou anteriormente, para integrar o crime será suficiente o exercício habitual de somente uma dentre as três formas de operações bancárias. São previstas expressamente (artigos 11 e 12) algumas exceções ao monopólio configurado no artigo 10, a favor dos institutos de crédito: de particular relevância, a possibilidade reconhecida às empresas de qualquer natureza de proceder a operações de tesouraria, com sociedades coligadas ao interior de um grupo (artigo 12, número 3).

Também as novas denominações bancárias formam objeto de um monopólio penalmente protegido.²⁰⁷ É proibido a qualquer empresa diversa de um instituto de crédito utilizar uma denominação, uma razão social, uma publicidade ou, em geral, expressões, que façam crer que ela é autorizada como instituto de crédito, ou criar confusão nesta matéria (artigo 14, número 1); além disso, é proibido a um instituto de crédito deixar entender que ele pertença a uma categoria diferente daquela, pela qual obteve a autorização ou de criar confusão sobre este ponto (artigo 14, número 2). O primeiro tipo compreende uma gama de comportamentos incorretos, capazes de gerar perigosa confiança no público. Já o tipo do artigo 14, número 2 é descrito com a mesma técnica; a tutela penal aponta, neste caso, várias categorias de instituto de crédito individuadas, com esferas de atividades específicas, no artigo 18. A nova disciplina reflete com clareza a intenção de revitalizar o controle penal em uma esfera, à qual convergem interesses relevantes e múltiplos: interesses do sistema econômico em geral, dos mesmos institutos de crédito e dos poupadores.²⁰⁸

A tutela penal da atividade bancária não se exaure, por outro lado, na repressão dos atentados ao monopólio constituído pela lei em favor dos institutos de crédito. No ordenamento francês, a atividade bancária é protegida também pelas interdições da profissão bancária, cuja inobservância é sancionada penalmente sobre aquelas correlatas a uma condenação, pode-se distinguir entre: (i) interdições derivadas, de direito, da condenação por determinados crimes; (ii) interdições expressamente dispostas pelo magistrado penal; (iii) interdições conexas com a declaração de falência pessoal, pronunciada pelo magistrado civil e (iv) interdições derivadas da aplicação, na sede judicial, da sanção disciplinar da decadência

²⁰⁷ Ibid., p. 957.

²⁰⁸ Ibid., p. 959.

das funções do funcionário público. Entretanto, conforme observam Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, na Lei 84-46/1984 são redisciplinadas pelo artigo 13 somente as interdições dos pontos (i), (iii) e (iv).²⁰⁹ A contribuição de racionalização e de unificação da disciplina, trazida pela reforma está, então, circunscrita neste âmbito.

A nova disciplina das atividades de intermediação em operações bancárias liga-se, enfim, a uma perspectiva de tutela dos usuários do crédito (artigos 65 e seguintes da Lei 84-46/1984). Desta norma, são defendidas por sanções penais: (i) a proibição de exercer atividade de intermediação entre duas pessoas, das quais nem uma, nem outra, seja um instituto de crédito (artigos 65, número 2 e 77, l.b); (ii) a interdição da intermediação bancária de quem se encontre em uma das situações previstas no artigo 13 (artigos 71 e 77 l.b.) e (iii) a obrigação, de todo intermediário em operações bancárias, ao qual sejam confiados fundos como mandatário das partes, de fornecer uma garantia financeira especificamente destinada ao reembolso de tais fundos.

Na Espanha, a premissa de partida é a mesma da França, da Itália e da Alemanha: o exercício da intermediação financeira está reservada exclusivamente aos bancos e outras entidades em regime de monopólio. Contudo, tal qual observa Jesús-María Silva Sánchez, o sistema espanhol não seguiu esta tendência de criminalização, sendo necessário o estudo da lei administrativa 26/1988 a qual, no seu artigo 28.1, indica uma proibição equiparável ao exercício da atividade bancária²¹⁰, entretanto, o tema permanece na esfera administrativa.

Por fim no Brasil, assim como na Itália, Alemanha, Espanha e França, busca garantir o regular funcionamento das instituições financeiras como alicerces do Sistema Financeiro Nacional, e, “... ao mesmo tempo, proteger os investidores que nestas alocam seus recursos...”²¹¹, tudo com fundamento no artigo 192, incisos I e II, da CRFB/88. Entretanto, não se trata de um sistema puramente afeto ao Direito penal como na Itália, Alemanha e França, e nem exclusivo do domínio do Direito administrativo como na Espanha. O sistema brasileiro possui contornos mistos porque a conduta mais drástica ao Sistema Financeiro Nacional encontra amparo no artigo 16, da Lei 7.492/86, o qual, todavia, não é exaustivo, existindo uma ampla disciplina por parte da normativa do Banco Central do Brasil.

5.4.2.2.O banco-vítima

²⁰⁹ Ibid., p. 960-961.

²¹⁰ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón Fernández. *Comentários a la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito*. 2ª ed., Madrid, 1991, p. 113. No mesmo sentido, SÁNCHEZ, Jesús-María Silva. Op. cit., p. 909.

²¹¹ TIGRE MAIA, Rodolfo. Op. cit., p. 106-107.

5.4.2.1.1. Crime de furto-saque de caixa eletrônico

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

O crime de furto-saque de caixa eletrônico merece destaque notadamente por possuir como elemento unificador e caracterizador do uso das novas tecnologias.²¹² Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero observam que não existe uma criminalização específica na Europa, sendo que a jurisprudência tem enfrentado a problemática realizando o juízo de tipicidade no crime de furto.²¹³

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

5.4.2.1.2. Crime de assunção abusiva de crédito

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

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

²¹² TIEDEMANN, Klaus. Op. cit., p. 945.

²¹³ DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. Op. cit., p. 945.

Jesús-María Silva Sánchez informa que não existe na Espanha um tipo específico, de forma que a única solução é a aplicação do artigo 535, do Código Penal espanhol o qual dispõe sobre o crime de apropriação indébita.²¹⁴ No ponto, o projeto de Código Penal representa o maior avanço com a criação de um capítulo específico (crimes societários) com a incriminação de condutas como a deslealdade dos administradores societários (artigo 296).

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

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

5.4.2.1.3. Crime de fraude no pedido de crédito

Na Itália existe na matéria uma figura específica de crime, representada pela falsidade bancária (artigo 95, número I, alínea “b”, e artigo 137, do Texto único).²¹⁵ Trata-se de um crime de perigo abstrato, que visa tutelar, antecipadamente, o patrimônio do instituto de crédito, pela criminalização das declarações infiéis do cliente-empresa sobre a própria situação patrimonial e financeira. Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero informam que a relevância prática desta figura é, todavia, mínima: concorrem a este efeito, tanto a escassa propensão, por parte do banco, para denunciar o cliente, por razões de imagem, como a excessiva distância entre a conduta e o bem final (patrimônio), que toma a ofensa pouco perceptível pela vítima e, ainda, a semelhança do crime ao tipo de fraude. De fato, a infidelidade no recurso ao crédito, ou alcança o limiar mínimo da fraude tentada, ou esquiva-se completamente à perseguição penal.²¹⁶

De igual forma a Alemanha criminaliza esta figura do “Kreditbetrug” encontra a sua adequação típica no § 265 b, do Código Penal alemão. Embora haja diferenças de concreto

²¹⁴ Ibid., p. 908.

²¹⁵ Ibid., p. 944.

²¹⁶ Ibid., p. 944-945.

alcance do tipo em relação ao sistema italiano, também se trata de um crime de perigo abstrato. Portanto, protege-se não apenas o patrimônio da entidade de crédito, mas também a própria transparência e bom funcionamento do mercado de crédito que podem ser afetados de diversas formas em razão de um abuso de crédito.

Na Espanha, conforme observa Jesús-María Silva Sanchez, o crime que mais se destaca no âmbito da criminalidade bancária é o de fraude ao crédito²¹⁷: a alegação, para obter ou ampliar o crédito, de dados falsos sobre a situação da empresa os quais, caso conhecidos, ensejariam a negativa do crédito. Tudo isso, sem qualquer intenção firme de não pagá-lo no vencimento; portanto, um crime sem qualquer finalidade lucrativa. Contudo, não existe um crime autônomo de fraude de crédito, de forma que no Direito penal espanhol esta figura se amolda ao crime de fraude, tal qual leciona Miguel Bajo Fernández²¹⁸, além do que teve a sua tutela penal relativizada substancialmente pelo Tribunal Superior espanhol a partir de argumentos de vitimologia. Objetivando a adequação da legislação espanhola à esta nova forma de crime, Jesús-Maria Silva Sánchez afirma que uma solução, ainda que parcial no âmbito político-criminal seria a aprovação do artigo 292 do projeto de Código Penal porque viria a realizar uma renovação no combate à criminalidade econômica, tal qual realizado recentemente pela Itália e Alemanha.

5.4.2.3.O banco-instrumento

5.4.2.3.1. Crime de abuso de cheque

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

²¹⁷ Ibid., p. 905.

²¹⁸ FERNÁNDEZ, Miguel Bajo. *Protección penal del crédito*, in Nuevas formas de delinquencia. Poder Judicial n. especial IX, Madrid, 1899, p. 179-181.

remodelação do sistema de tutela penal do cheque.²¹⁹

A reforma do Direito penal do cheque foi necessária, na França, em função da progressão geométrica com que o número de cheques sem fundos vinha crescendo, sobretudo desde o fim dos anos sessenta. Os cheques sem fundos foram aproximadamente 356.000, em 1965, 640.000, em 1968, 782.000, em 1970, e 1.100.000, em 1972. As cifras relativas à emissão de cheques sem fundos continuavam a representar um comportamento marginal, em relação ao volume geral de emprego deste título de crédito; a cifra absoluta assumia, porém, dimensões que preocuparam o Poder Legislador francês. A primeira reforma de 1972 teve por objetivo principal as exigências de economia criminal. A sucessiva verificação de adequação desta reforma em relação aos fins perseguidos ensejou, porém, resultado negativo: em cifras absolutas o número dos cheques sem fundos continuou a crescer. Em 1973, alcançou-se a cifra de 1.515.300 incidentes de pagamento, bruscamente aumentados para, aproximadamente, 2.500.000, em 1974.²²⁰

Esta reforma não foi bem sucedida e provocou, assim, em 1975, uma segunda intervenção do Poder Legislador francês. Em seguida, a reforma de 1972 deu ensejo à Lei 72-10/1972, caracterizava-se por três inovações fundamentais: (i) a introdução de uma “*jaculté de rémission*” (instância de revisão) a qual tornava não mais perseguível o fato toda vez que o sujeito ativo tivesse reintegrado a provisão e pago uma “*amende spéciale, forfaitaire*” (multa especial de valor fixo) de 10% do valor do cheque protestado; (ii) a transformação em contravenção de 5ª classe, punível somente com penas pecuniárias, por um procedimento simplificado do crime de emissão de cheques sem fundos de valor inferior a 1.000 francos; e (iii) a introdução de um novo tipo de sanções com fins distintamente preventivos, individuadas na interdição de emitir cheques.²²¹

A reforma de 1975 interveio, por um lado, para suplantiar as partes da disciplina demonstrada ineficaz e, por outro, para desenvolver ulteriormente aqueles componentes do modelo, revelados mais eficazes ou promissores. Esta reforma foi realizada pela Lei 75-4/1975, e do Decreto 75-903/1975. As inovações principais introduzidas por essa legislação foram: (i) a superação da distinção entre cheques de montante superior e, respectivamente, inferior a 1.000 francos; (ii) uma difusa despenalização da matéria por uma sensível redução do campo de aplicação dos crimes mais freqüentes (por exemplo, o crime de emissão de cheque sem provisão de fundos), tomados puníveis somente em presença de uma intenção

²¹⁹ DOLCINI, Emilio; PALIERO, Carlo Enrico. Op. cit., p. 978.

²²⁰ Ibid., p. 979.

²²¹ Ibid., p. 979-980.

fraudulenta (especial fim de agir, restringindo o âmbito de incidência do tipo penal objetivo); e (iii) o desenvolvimento da técnica de co-responsabilização do instituto de crédito, pela obrigação de pagamento de alguns tipos de cheque, não obstante a ausência de provisão.

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

Por sua vez, na Itália, conforme observam Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, o Poder Legislativo, em cumprimento à convenção de Genebra de 1931 sobre o cheque (ratificada com o Decreto-lei 1777/1933), tinha construído uma tipologia de espécies incriminadoras *ad hoc*, analogamente ao Poder Legislativo francês e, diferentemente, do alemão. Tratava-se da norma penal contida nos artigos 116 e 116, “bis” do Decreto 1736/1933. Destacam, ainda, que na dinâmica destas formas de criminalidade é freqüentemente encontrada uma co-responsabilidade do instituto de crédito, quer pelo controle omissivo dos requisitos de confiabilidade do correntista, quer pela excessiva desenvoltura na entrega dos talonários de cheques, projetada sob o modelo da legislação francesa de 1972.²²²

O Poder Legislativo italiano, pela introdução de uma nova pena acessória (Decreto 1736/1933, artigo 116, § 2º, na versão da Lei 689/1981), reformulou globalmente a disciplina penal do cheque, de um lado polarizando a tutela sobre os efetivos interesses patrimoniais da vítima, de outro, tentando reduzir o máximo possível a área de criminalização em concreto dos abusos (Lei 386/1990). E, somente em tal contexto, o papel do banco vem, em certa medida, reavaliado: atribuem-lhe, de fato, o poder-dever de interditar a emissão de cheques, co-responsabilizando-o, ao mesmo tempo pelo exercício omissivo do próprio poder-dever de sancionamento. Nota-se, portanto, uma profunda influência do sistema francês no sistema italiano, especialmente pela tendente despenalização deste tipo de criminalidade, bem como pela atribuição de co-responsabilidade aos institutos de crédito.

Também na Alemanha a hipótese praticamente mais significativa entre aquelas que espelham o paradigma de banco-instrumento é o abuso no cheque²²³, porém, ao contrário do sistema francês e italiano, a Alemanha não adotou substancialmente a Convenção de Genebra de 1931 sobre o cheque ao propor a criação de um sistema autônomo de tutela (“Sondertatbestand de Scheckmißbrauch”). Esta proposta foi desenvolvida pelos extensores

²²² Ibid., p. 948.

²²³ Ibid., p. 1352.

do Projeto Alternativo de crimes contra a economia (“Alternativ-Entwurf – Straftaten gegen die Wirtschaft”)²²⁴ que delinearam um tipo de abuso de cheques, na medida do qual deveria ter sido punido com pena particularmente severa (detenção até três anos) quem quer que pusesse em circulação um cheque sem que junto ao banco sacado exista, no momento da cobrança, a cobertura correspondente; e a esta figura comum flanqueava-se, individualmente, um tipo próprio de abuso, com base no qual o empresário comercial era chamado a responder (pena: detenção até dois anos) também a título de culpa (§ 187, do Projeto Alternativo).

A sugestão não foi acolhida pelo Poder Legislativo na Primeira Lei de combate aos crimes econômicos apesar do grande número de cheques sem fundo (1.472.000 em 1976 para um montante global de quase dois milhões de marcos alemães), em 1968 foi introduzido um sistema de cartão magnético (“Scheckkarte”) apto a garantir o pagamento por parte do banco de cada cheque não superior a 100 marcos alemães, em 1977 entrou em vigor o sistema dos eurocheques que comporta uma garantia, de qualquer maneira, assegurada pelo banco até 300 marcos alemães por cheque.²²⁵

O tratamento penal do abuso de cheques apresentava-se, porém, problemático, na medida os crimes contra o patrimônio não se mostrava suficiente. Conforme lecionam Emilio Dolcini e Carlo Enrico Paliero, a jurisprudência era propensa a enquadrar estas condutas majoritariamente no tipo de fraude ou no crime de infidelidade patrimonial. A doutrina, por sua vez, era majoritária a considerar a emissão de cheques sem fundo um mero ilícito civil²²⁶. Conseqüentemente os doutrinadores alemães se pronunciaram contrariamente a configuração de um *Sondertatbestand de Scheckmissbrauch*.²²⁷

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

No Brasil não se criminaliza o abuso de cheque, figurando apenas como uma forma

²²⁴ Ibid., p. 1352.

²²⁵ Ibid., p. 1353-1355.

²²⁶ Ibid., p. 1355.

²²⁷ Ibid., p. 1355.

qualificada de estelionato tal qual delineada pelo Poder Legislador de 1940: artigo 171, § 2º, inciso VI, do Código Penal brasileiro.

5.4.2.3.2. Crime de abuso de cartão magnético

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

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

Já na Alemanha, conforme já observado, a Segunda Lei de combate aos crimes econômicos impulsionou a tutela penal do banco e do crédito. Conseqüentemente, por força do incremento desta forma de criminalidade, criminalizou-se o abuso de cartão magnético pelo § 266b, do Código Penal alemão. Anteriormente, havia grande dissenso doutrinário e jurisprudencial: furto ou roubo. A afirmação de uma responsabilidade a título de furto (§ 242, do Código Penal alemão) tem como pressuposto o dissenso do banco à distribuição de dinheiro nos confrontos de quem: (i) não é titular do cartão magnético usado para o saque e (ii) não respeita as condições contratuais subscritas no momento da liberação do próprio cartão magnético.²²⁸ Deste modo, tanto um sujeito ilicitamente de posse de um cartão quanto o cliente que não tenha disponibilidade suficiente em sua conta cometeriam uma subtração de dinheiro, ao efetuar um saque não autorizado e, assim, em contraste com a vontade do banco que instalou o aparelho automático. A impossibilidade de presumir o dissenso do banco ao saque de dinheiro na ausência de um equivalente de tipo técnico o qual demonstre a intenção do banco em fornecer dinheiro, pelo aparelho, somente ao titular do cartão que respeite os empenhos assumidos contratualmente, induziu uma parte da doutrina e da jurisprudência a reconhecer melhor o crime de apropriação indébita (§ 246, do Código Penal alemão).²²⁹ Entretanto, é certo que as dificuldades de reconduzir a hipótese do abuso de cartão de crédito,

²²⁸ Ibid., p. 1344.

²²⁹ Ibid., p. 1344-1345.

seja por parte do seu titular, seja por parte de terceiros, aos tipos penais tradicionais deveriam ser superadas com a entrada em vigor da Segunda Lei de combate aos crimes econômicos.

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

Nesta linha, dadas as peculiaridades da criminalidade bancária, de seus sujeitos e de seu objeto material, além da própria sensibilidade desta espécie de criminalidade nas economias dos Estados contemporâneos, resta justificada a sua disciplina, de forma autônoma, pelo Direito penal, inclusive com a futura inclusão na Parte Especial do Código Penal de um capítulo específico sobre o tema, em conformidade com o princípio de fixação da norma penal econômica no Código Penal.²³⁰

²³⁰ Sobre o princípio vide capítulo 2.

CONCLUSÃO

A sociedade contemporânea, globalizada e regionalizada, é cada vez mais dependente do crédito para a satisfação de suas necessidades diárias, desde as mais simples as mais complexas, figurando como papel fundamental no crescimento econômico. O banco funciona como o principal instrumento de captação e concessão de crédito, tanto para os indivíduos como para os Estados, e esta relação exige destes e dos organismos internacionais esforços de monitoramento e tutela do setor (abrindo campo operacional à concorrência, flutuando os valores dos depósitos compulsórios, taxas de juros, subministrando os subsídios da política financeira macroeconômica, etc.), a fim de evitar experiências tais como das duas últimas décadas, nas quais muitos países, especialmente aqueles considerados emergentes, têm vivenciado crises bancárias e ciclos de crédito. A década de 1990 foi caracterizada por uma sucessão de crises bancárias como a do Sistema Monetário Europeu, em 1992; a do México, em 1994; a asiática, em 1997, a russa, em 1998; a brasileira, em 1999; e mais recentemente, a Argentina.

Nesta ordem de idéias, surgem os questionamentos acerca da necessidade de tutela específica do crédito pelo Direito penal, da possibilidade de responsabilização penal dos bancos e, por fim, da possibilidade do delineamento do Direito penal bancário.

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

Demonstrada a importância do constitucionalismo ao Direito penal e a relevância dos direitos fundamentais no Estado Democrático de Direito, torna-se necessário extrair a

fundamentalidade do Direito penal a partir da Constituição porque a sua finalidade, na sua visão constitucional, importa na tutela dos valores constitucionais fundamentais da sociedade. No que interessa ao Direito penal econômico, tem-se que o direito ao desenvolvimento, econômico e social, encontra respaldo na ordem constitucional, além da existência de um título exclusivamente objetivando a disciplina da Ordem Econômica brasileira, restando, portanto, conforme a Constituição a tutela penal da economia. O Direito penal bancário, por sua vez, também encontra amparo na Constituição, uma vez que o crédito consubstancia instrumento fundamental na economia contemporânea ao exercício livre da empresa, bem como ao pleno desenvolvimento da personalidade das pessoas. Consequentemente está justificada a tutela penal do crédito através de um conceito material de bem jurídico-penal.

Assentada a legitimidade constitucional do Direito penal bancário, verifica-se afirmativamente a necessidade do seu delineamento, notadamente por força da importância do crédito para os Estados contemporâneos. Inicialmente, pode ser definido como a área do Direito penal econômico que tutela as relações entre as instituições de crédito e o Estado, objetivando limitar a intervenção estatal no sistema de crédito, permitindo o livre exercício da empresa e o desenvolvimento da personalidade. No que se refere aos sujeitos da criminalidade bancária, posição de sujeito ativo irá variar conforme a posição do banco no âmbito do ilícito penal: (i) na hipótese do bancário-autor – visto que o banco não poderá figurar nesta posição porque não possui capacidade de conduta e de culpabilidade –, os crimes bancários serão próprios e só poderão ser praticados pelas pessoas indicadas no tipo objetivo (por exemplo, nos artigos 5º, 12, 13, parágrafo único, 15, 17 e 23, da Lei 7.492/86), ou pela incidência da norma de extensão do artigo 25 e § 1º, da Lei 7.492/86, estes em relação aos crimes dos artigos 2º, 3º, 6º, 7º, 8º, 9º, 11, 14, 16, 18, e 22, tendo em vista a inadequação da responsabilidade civil do banco à teoria do crime, notadamente por seus elementos capacidade de ação e capacidade de culpabilidade; e (ii) na hipótese do banco-instrumento e do banco-vítima, qualquer pessoa poderá figurar como sujeito ativo porque serão considerados crimes comuns, não exigindo qualquer qualidade especial por parte do autor do crime. Por fim, sujeito passivo poderá ser qualquer pessoa que participe da relação de crédito como os correntistas, cooperados e até a própria instituição de crédito. Encontra-se, portanto, delineado o Direito penal bancário.

Dentro do Direito penal econômico especial, restou confirmado que no âmbito da criminalidade bancária, a globalização econômica e a integração regional vêm promovendo um incrível incremento dos meios de transporte e de comunicação, bem como o acentuado o desenvolvimento e acúmulo dos recursos econômicos e financeiros. A conseqüência da

introdução e a rápida difusão de sistemas informáticos no setor econômico-financeiro, e em particular no bancário, tiveram como consequência não desejada o incremento de novas formas de criminalidade – os *computer-crimes* ou *Computerdelikte* – as quais vem ensejando um problema de eficácia da tutela penal, demonstrando em primeiro lugar a dificuldade e, às vezes, a impossibilidade de aplicar a estas novas condutas os tipos penais existentes. A doutrina europeia insere a criminalidade bancária decorrente das novas tecnologias sob a denominação de crimes de fraude informática, um conceito de matriz criminológica o qual pode significar desde os atentados ao patrimônio do banco ou somente pela espionagem industrial, ou, às vezes, por manipulação de dados com finalidade de aproveitamento, até abraçar, em outros contextos, qualquer comportamento.

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

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

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

Desta forma, o crédito representa valor constitucional fundamental apto a ser tutelado pelo Direito penal cuja importância pode ser observada no dia-a-dia das pessoas, das empresas e dos Estados, revelada especialmente durante as crises bancárias como a de 2008/2009. Esta dependência das sociedades contemporâneas ao crédito e ao banco justifica a delimitação do Direito penal bancário, exigindo uma atuação positiva por parte do Poder Legislativo na sua normatização e na criminalização de condutas que afetem o crédito, o banco e todo o sistema creditício.

REFERÊNCIAS

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

Ações da Sadia despencam quase 30% com perdas milionárias. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u449171.shtml>>. Acesso em: 6 mai. 2010.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

BIANCONI, Cesar. *Aracruz: perdas poderiam ser de R\$ 1,95 bi em setembro*. Disponível em: <<http://portalexame.abril.com.br/ae/negocio/m0168643.html>>. Acesso em: 6 mai. 2010.

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

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

Brasil recebeu grau de investimento pela capacidade em superar a crise, diz Mantega. Disponível em: <<http://www.estadao.com.br/noticias/economia,brasil-recebeu-grau-de-investimento-pela-capacidade-em-superar-a-crise-diz-mantega,439378,0.htm>>. Acesso em: 6 mai. 2010.

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

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

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

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

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

CARDOSO, Juliana. *Governo americano assume o controle da Fannie Mae e Freddie Mac*. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/mundo/mat/2008/09/08/governo_americano_assume_controle_da_fannie_mae_freddie_mac-548126194.asp>. Acesso em: 6 mai. 2010.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Emissões de dióxido de carbono na União Europeia caíram 6% com a crise. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/ambiente/ult10007u544633.shtml>>. Acesso em: 6 mai. 2010.

ESPINAR, Zugaldía. *Bases para una teoría de la imputación de la persona jurídica*. CPC, n. 81, 2003.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Funcionários da Caterpillar na França mantêm diretores como reféns. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u543401.shtml>>. Acesso em: 6 mai. 2010.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

JAPIASSÚ, Carlos Eduardo Adriano. *O contrabando: uma revisão de seus fundamentos teóricos*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2000.

_____. *Tribunal Penal Internacional: a internacionalização do direito penal*. Rio de Janeiro: Lúmen Júris, 2004.

KRUGMAN, Paul. *Dubya's Double Dip?*. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2002/08/02/opinion/dubya-s-double-dip.html>>. Acesso em: 6 mai. 2010.

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

Lehman CEO Fuld: Where Was Our Bailout? Disponível em: <<http://www.cnbc.com/id/27048313>>. Acesso em: 6 mai. 2010.

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

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

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

LUNDBERG, Eduardo. *Rede de proteção e saneamento do sistema bancário*, In SADDI, Jairo (org.): *Intervenção e Liquidação Extrajudicial no Sistema Financeiro Nacional*, São Paulo: Texto Novo, 1999.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

NORRIS, Floyd. *News Analysis: Another Crisis, Another Guarantee*. Disponível em: <<http://www.nytimes.com/2008/11/25/business/25assess.html?hp>>. Acesso em: 6 mai. 2010.

OLIVEIRA, Kelly. *Banco Central volta a vender dólar à vista*. Disponível em: <<http://www.agenciabrasil.gov.br/noticias/2008/10/10/materia.2008-10-10.6597673771/view>>. Acesso em: 6 mai. 2010.

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

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

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

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

PEDRAZZI, Cesare. *El bien juridico en los delitos economicos*. In *La reforma penal: delitos socio-económicos*. Universidad Complutense: Madrid, 1985.

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

PERRON, Walter. *Perspectivas de la unificación del derecho penal y del derecho procesal penal en el marco de la Unión Europea*, en AA. VV., *Estudios sobre justicia penal. Homenaje al Profesor Julio B. J. Maier*, Ediciones del puerto, Bs. As., 2005.

PIB da zona do euro tem queda recorde no 4o tri, de 1,5%. Disponível em: <<http://economia.uol.com.br/ultnot/reuters/2009/03/05/ult29u66132.jhtm>>. Acesso em: 6 mai. 2010.

PICAZO, L. Diez. *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Madrid: Tecnos, V.I, 1983.

PRADO, Luiz Regis. *Bem Jurídico Penal e Constituição*. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1998.

PRESSE, France. *Islândia nacionaliza segundo maior banco do país*. Disponível em: <<http://www.abril.com.br/noticias/economia/islandia-nacionaliza-maior-banco-pais-122716.shtml>>. Acesso em: 6 mai. 2010.

PUIG, Santiago Mir. *Derecho penal, parte general*. PPU: Barcelona, 1985.

QUIROGA, Jacobo López Barja de. *El principio non bis in idem*. Madrid: Dykinson, 2004.

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

_____; MALAREÉ, Hernán hormazabal. *Lecciones de Derecho Penal. Parte General*. Madrid: Editorial Trotta, 1997, vol. I.

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

REYES, Manuel Aragón. *Lá Constitución como paradigma*. In *Teorías del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

RIPERT, Georges. *Aspects juridiques du capitalisme moderne*. Paris, 1946.

RODRÍGUEZ, Laura Zúñiga. *Criminalidad organizada, Unión Europea y sanciones a empresas, in Criminalidad organizada. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest*, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999.

RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón Fernández. *Comentários a la Ley de Disciplina e Intervención de Entidades de Crédito*. 2ª ed., Madrid, 1991.

ROSAL, Manuel Cobo del; ANTON, Tomás Salvador Vives. *Derecho penal, parte general*. Tirant lo Blanch: Valencia, 1987.

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

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

RUS, Juan José. Gonzáles. *Bien jurídico y Constitución (bases para una teoría)*. Fundación Juan March: Madrid, 1983.

SANCHÍS, Luis Pietro. *El constitucionalismo de los derechos*. In *Teorías del neoconstitucionalismo*. Madrid: Trotta, 2007.

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

SANTOS, Marino. Barbero Presentación, in *Criminalidad organizada*. Reunión de la Sección nacional española preparatoria del XVI Congreso de la AIDP en Budapest, ed. Universidad de Castilla-La Mancha, Ciudad Real, 1999.

SÁNCHEZ, Jesús-María Silva; *et alli*. *La Ideología de la seguridad en la legislación penal española presente y futura*”, in Da Agra, C., (y otros), (eds.), *La seguridad en la sociedad del riesgo*, Atelier, Barcelona, 2003.

_____. *El Derecho penal bancario em España*. Actualidad Penal, n. 47/19 – 19-25 diciembre, 1994.

_____. *La expansión del derecho penal: aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales*. Madrid: Civitas, 1999.

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

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

SILVA, Guilherme Amorim Campos. *Direito ao Desenvolvimento*. São Paulo: Método, 2004.

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

SORIANO, Vicente Torralba. *Lecciones de Derecho civil*. PPU: Barcelona, 1984, V. II.

SOROS, George. *The worst market crisis in 60 years*. Disponível em: <http://www.georgesoros.com/?q=worst_in_60years>. Acesso em: 6 mai. 2010.

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

SPOLANSKY, Norberto Eduardo. *Integración regional y delitos económicos*, en A.A. V.V., *Teorías actuales en el derecho penal*, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 1998.

STIGLITZ, Joseph. E. *The role of international financial institutions in the current global economy*. Chicago Council on Foreign Relations, 1998. Disponível em: <<http://www.josephstiglitz.com/>>. Acesso em: 6 mai. 2010.

SUTHERLAND, Edwin. H. *White collar criminality*. American Sociological Review, New York: N. Y. Dryden Press, 4, 1940.

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

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

TEPEDINO, Gustavo; BARBOZA, Heloisa Helena; MORAES, Maria Celina Bodin de. *Código Civil interpretado conforme a Constituição da República*. 2. ed, rev. atual., Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

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

_____. *La armonización del derecho penal en los Estados miembros de la Unión Europea*, en *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, Año III, Nº 7, Ed. Ad – Hoc, Bs. As., 1997.

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

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

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

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

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

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

Votorantim admite perdas de R\$ 2,2 bi com operações de câmbio. São Paulo, Folha Online. Disponível em: <<http://www1.folha.uol.com.br/folha/dinheiro/ult91u454722.shtml>>. Acesso em: 6 mai. 2010.

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

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

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

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](#)