

UNIVERSIDADE FEDERAL DE MINAS GERAIS
Programa de Pós-Graduação em Direito

**DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL:
A Responsabilidade Penal dos Administradores de
Cooperativas de Crédito**

Renata Rodrigues de Pádua

Belo Horizonte
2012

Renata Rodrigues de Pádua

**DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL:
A Responsabilidade Penal dos Administradores de
Cooperativas de Crédito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Área de concentração: Direito e Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt.

Belo Horizonte
Faculdade de Direito/UFMG
2012

Renata Rodrigues de Pádua

**DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL:
A Responsabilidade Penal dos Administradores de
Cooperativas de Crédito**

Dissertação apresentada ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Universidade Federal de Minas Gerais como requisito parcial para obtenção do grau de mestre.

Área de concentração: Direito e Justiça.

Orientador: Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt.

Data da aprovação: _____ de _____ de _____.

Banca examinadora:

Prof. Dr. Luís Augusto Sanzo Brodt (orientador)
Universidade Federal de Minas Gerais

Prof. Dr.
Universidade

Prof. Dr.
Universidade

RESUMO

A ordem econômica acolhe a forma de produção capitalista e deve efetivar o compromisso de democratização econômica. O sistema financeiro nacional é um braço funcional da ordem econômica e está subordinado aos interesses da coletividade e ao desenvolvimento equilibrado do país. O sistema nacional de crédito cooperativo (composto precipuamente por cooperativas de crédito) possui uma função social diferenciada dos bancos porque atua majoritariamente em regiões periféricas, pulverizando o acesso ao crédito e promovendo a reciclagem de recursos financeiros. A criminalidade econômica, na atual configuração social, é bastante nociva, o que foi comprovado por estudos criminológicos que deram origem à teoria do colarinho branco. O administrador de cooperativa de crédito não se enquadra integralmente no conceito de agente de colarinho branco. Nem sempre detém o poder político-econômico que caracteriza tais sujeitos. Apesar da nocividade decorrente de violações de bens jurídico-penais supraindividuais, não se propugna por um direito penal econômico autônomo. O quadro garantista do direito penal deve ser observado. O conceito de bem jurídico releva-se indispensável para uma compreensão material do conceito de injusto, para limitar a atividade punitiva e para diferenciar bem jurídico-penal de função. O sistema financeiro é um bem jurídico-penal, ou seja, é um valor que atende aos requisitos de legitimidade (filtros de moderação). Como os bens jurídicos e as funções são elementos diversos, observa-se que o modelo de supervisão auxiliar e o sistema de governança cooperativa são instrumentos para assegurar estas últimas. Muitos tipos penais da Lei nº 7.492, de 1986, não incriminam bens jurídicos, e sim funções.

Palavras-chave: Sistema financeiro nacional. Sistema nacional de crédito cooperativo. Direito penal econômico. Bem jurídico-penal. Crimes contra o sistema financeiro nacional.

ABSTRACT

The economic order receives the form of capitalist production and must accomplish the commitment of economic democratization. The national financial system is a functional arm of the economic order and is subordinated to the interests of the collectivity and to the balanced development of the country. The national system of cooperative credit (mostly made by credit unions) have a bank differentiated social function because it operates mostly in peripheral regions, spreading access to credit and also promoting recycling of financial resources. The economic criminality, in the current social setting, is very harmful, which was confirmed by criminological studies that originated the theory of white collar. The administrator of the credit union does not fit entirely on the concept of being a white-collar staff. Not always holds the political-economic power which characterizes these subjects. Despite the harmfulness caused by violations of legal-criminal goods on some individuals, it did not advocate for an autonomous economic criminal right. The garantism matter of the criminal right must be observed. The concept of the legal interests reveals to be indispensable to a material understanding of the unfair concept, to restrict a punitive activity and to differentiate the criminal-law function. The financial system is a legal-criminal good, in other words, is a value that meets the requirements of legitimacy (filters of moderation). As the legal interests and functions are diverse elements, it is observed that the type of auxiliary supervision and the cooperative governance system are tools to assure those already mentioned above. Many types of criminal law in 7492, 1986, does not criminalize legal rights, but duties.

Keywords: National financial system. National system of cooperative credit. Economic criminal law. Legal property. Crimes against the national financial system.

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

BACEN	Banco Central
CA	Conselho de Administração
CF	Constituição Federal
CMN	Conselho Monetário Nacional
d.C.	Depois de Cristo
DE	Diretoria Executiva
IPEA	Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada
MPF	Ministério Público Federal
SISORF	Sistema de Organização Financeira
SPB	Sistema de Pagamentos Brasileiro

SUMÁRIO¹

1 INTRODUÇÃO.....	09
2 A ORDEM ECONÔMICA, O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E O SISTEMA NACIONAL DE CRÉDITO COOPERATIVO.....	11
2.1 A ordem econômica e a constituição econômica: concepção e conceito adotado.....	11
2.2 O sistema financeiro nacional: concepção e conceito adotado.....	17
2.3 O sistema nacional de crédito cooperativo como elemento do sistema financeiro.....	22
3 CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL ECONÔMICO.....	29
3.1 Perspectiva criminológica: a teoria das associações diferenciais e a teoria do crime de colarinho branco de Sutherland.....	29
3.2 Críticas à teoria do crime de colarinho branco de Sutherland.....	38
3.3 Relações com o administrador de cooperativa de crédito.....	42
3.4 A criminalidade econômica e o direito penal econômico.....	44
3.4.1 O surgimento e os conceitos de direito penal econômico.....	44
3.4.2 A autonomia do direito penal econômico.....	51
4 A QUESTÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL: O SISTEMA NACIONAL DE CRÉDITO COOPERATIVO COMO ELEMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO.....	60
4.1 Conceito de bem jurídico: concepções positivistas e metodológicas.....	63
4.2 Conceito de bem jurídico: concepções sociológicas.....	68
4.3 Conceito de bem jurídico: concepções constitucionalmente orientadas.....	75
4.4 Conceito de bem jurídico: conceito adotado e relação com o sistema financeiro nacional.....	80

¹ Este trabalho foi revisado de acordo com as novas regras ortográficas aprovadas pelo Acordo Ortográfico assinado entre os países que integram a Comunidade de Países de Língua Portuguesa (CPLP), em vigor no Brasil desde 2009. E foi formatado de acordo com a ABNT NBR 14724 de 17.04.2011.

4.5 Entre o bem jurídico-penal e as funções estatais: governança como instrumento administrativo de controle e relações com o modelo de atribuições sobrepostas.....	98
4.6 Entre o bem jurídico-penal e as funções estatais: dever-poder de supervisão das entidades de supervisão local.....	105
5 ANÁLISE DOGMÁTICA DA LEI Nº 7.492, DE 16 DE JUNHO DE 1986.....	110
5.1 Antecedentes histórico-normativos da Lei nº 7.492, de 1986.....	111
5.2 Da análise dogmática dos tipos penais.....	117
6 CONCLUSÃO.....	147
REFERÊNCIAS.....	150

1 INTRODUÇÃO

Esta pesquisa tem caráter interdisciplinar. Coordenam-se conteúdos de Direito Penal, Econômico, Constitucional e Administrativo. A vertente metodológica é a jurídico-dogmática e o tipo metodológico é o jurídico-exploratório. Utilizam-se os raciocínios dedutivo, indutivo e hipotético-dedutivo.

O objetivo é pesquisar em que condições teóricas o sistema financeiro nacional, a partir de aspectos específicos do sistema nacional de crédito cooperativo, pode ser qualificado como bem jurídico-penal, bem como analisar os tipos penais da Lei nº 7.492, de 1986. Visa-se, assim, analisar a responsabilidade penal dos administradores de cooperativas de crédito a partir da referida lei.

O sistema nacional de crédito cooperativo é constituído precipuamente por cooperativas de crédito, sociedades de pessoas regidas por autogestão e sem fins lucrativos. Compromete-se com o desenvolvimento local e com a reciclagem de recursos financeiros. Na medida em que mitiga a exclusão financeira, especialmente em regiões periféricas, pode ser considerado um catalisador da democratização econômica. Diante dessas singularidades, questiona-se de que maneira o sistema financeiro nacional pode receber proteção jurídico-penal. O marco teórico adotado relaciona-se às afirmações de Zaffaroni, no sentido de que o bem jurídico deve resguardar uma função limitadora da atividade punitiva e não legitimante, bem como aos argumentos de Tavares acerca dos filtros ou mandados de moderação que podem levar à distinção de bem jurídico em relação às funções. Indaga-se também se os tipos penais da Lei nº 7.492, de 1986, podem proteger o sistema financeiro contra condutas lesivas ou potencialmente danosas. O marco teórico parte de afirmações de Sobrinho, Bastos, Fontes Filho, segundo as quais a distribuição de poder internamente à cooperativa fica fortemente sujeita à discricionariedade do executivo principal e não a um mecanismo institucional, e de Pimentel, para quem a Lei nº 7.492, de 1986, apesar de editada para criminalizar condutas lesivas ao sistema financeiro, revelou atraso em matéria penal.

O cooperativismo de crédito está fortemente concentrado em subsistemas integrados por cooperativas e por outras instituições por elas constituídas

(sistemas secundários). Como os efeitos decorrentes de situações de anormalidade financeira e institucional de uma cooperativa específica podem atingir outras instituições do mesmo subgrupo, o risco natural pode alcançar proporções sistêmicas. Nem sempre é possível evidenciar que situações isoladas podem colocar o sistema financeiro em perigo. Ademais, a configuração do risco sistêmico não depende necessariamente da existência de uma conduta penalmente relevante, mas sim da fragilidade dos mecanismos de controle e de uma gestão administrativa não comprometida com os objetivos sociais. Nem por isso se prescinde da incriminação. Nesse cenário, funções são erigidas à condição de bem jurídico-penal.

O conceito de bem jurídico, ainda que não esteja em condições de isoladamente definir a zona do lícito e do ilícito, é elemento indispensável para a racionalização da atividade punitiva e para atribuir materialidade ao conceito de crime. A partir de aspectos específicos do sistema nacional de crédito cooperativo, comprova-se que os tipos penais da Lei nº 7.492, de 1986, em maioria, não protegem bens jurídicos, e sim funções.

A pesquisa correlaciona discursos de direito penal e de criminologia e divide-se em cinco capítulos.

No capítulo 1, discute-se sobre a ordem econômica constitucional, o sistema financeiro nacional e o sistema nacional de crédito cooperativo.

O capítulo 2 aborda a relação entre os crimes contra o sistema financeiro nacional e a construção de um direito penal econômico.

A questão do bem jurídico é descrita no capítulo 3, sendo relacionada a instrumentos administrativos de controle destinados a assegurar o cumprimento de funções.

Realiza-se, no capítulo 4, a análise dos tipos da Lei nº 7.492, de 1986.

Finalmente, apresenta-se a conclusão.

O desenvolvimento da pesquisa encontrou um óbice: os escassos dados empíricos sobre as condutas ilícitas praticadas por administradores de cooperativas de crédito.

A partir da revisão de literatura, buscou-se um diálogo indireto com o Banco Central do Brasil.

Algumas citações de autores em língua estrangeira foram traduzidas livremente.

2 A ORDEM ECONÔMICA, O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E O SISTEMA NACIONAL DE CRÉDITO COOPERATIVO

2.1 A ordem econômica e a constituição econômica: concepção e conceito adotado

A expressão em questão, de conteúdo semântico vasto, foi incorporada à linguagem jurídica a partir da primeira metade do século XX, com a Constituição de Weimar, de 1919 (CANOTILHO, 1993)², o que não significa que tenha sido uma inovação desse período histórico (GRAU, 2007)³. Como corresponde a uma parcela da ordem jurídica (FONSECA, 2007)⁴, pode ser definida como ser e dever ser:

É que a expressão “ordem econômica”, ao ser utilizada como termo conceito de fato, para conotar o modo de ser empírico de determinada economia concreta, apresenta essa mesma economia, realidade do mundo do ser, como suficientemente normatizada. Como o vocábulo “ordem”, no seu amplo arco de denotações, significa, também, um conjunto ou mesmo um sistema de normas, a realidade do mundo do ser, quando referida pela expressão, é antecipadamente descrita (na síntese que a expressão encerra) como adequadamente “ordenada”, isto é, normatizada e, portanto, regulada (GRAU, 2007, p. 58).

² Para Canotilho (1993), as constituições influenciadas pela Constituição de Weimar têm regramento especial para a vida socioeconômica: “tal como já tinha feito a Constituição de Weimar, encarou a transformação da base social do liberalismo e a evolução do capitalismo de concorrência. E daí que [...] nos surja um “bloco” de artigos consagrados ao “capitalismo organizado”, em que se definem os princípios de coordenação e regulamentação da vida econômico-social (constituição econômica)”. No Brasil, “o primeiro texto constitucional a dispor sobre a ordem econômica foi a Constituição de 1934, sob fortes influências da Constituição alemã de Weimar” (FERNANDES, 2011, p. 1034).

³ O autor afirma que “a contemplação, pela ordem jurídica, do conjunto de normas referível como ordem econômica não é uma inovação deste século, que, por si só, peculiarize a ordem jurídica intervencionista; é a postura dela, ordem econômica, que a peculiariza (a ordem jurídica intervencionista) como tal. [...]. Assim, mesmo anteriormente ao advento das Constituições escritas, lá se encontravam, em cada sociedade, no bojo de suas ordens jurídicas, como parcelas delas, “normas institucionalizadoras” das ordens econômicas (mundo do ser) nelas praticadas” (GRAU, 2007, p. 70-74). José Afonso da Silva discorda e afirma que “a ordem econômica adquiriu dimensão jurídica a partir do momento em que as constituições passaram a discipliná-la sistematicamente, o que teve início com a Constituição mexicana de 1917” (SILVA, 2000, p. 760).

⁴ Para Fonseca (2007, p. 97-98), “toda ordem jurídica é uma instituição e, inversamente, toda instituição é uma ordem jurídica [...]”. Essas duas vertentes do conceito de ordem jurídica não são conflitantes, são antes complementares. Importa ver a coerência formal entre as normas, para que se assegure a própria essência do sistema; mas é também fundamental atentar para o aspecto semântico do conteúdo da ordem jurídica, ou seja, para a coerência material existente entre as normas e a sociedade de que promanam e que pretendem reger.

Também para Fonseca a ordem econômica corresponde a um fato que pode ser apreendido tanto na esfera do “ser” quanto no âmbito do “dever-ser”:

[...] estabelecer os princípios e regras informadores das normas que regerão as relações econômicas. E a regência dessas relações se dá sob dois prismas: a ordem jurídico-econômica aceita e acolhe o regime econômico existente, adotando-o como base de toda a organização que a norma implanta; a ordem econômica procura criar um novo regime econômico. Daí o grande número de normas programáticas existentes nas constituições modernas, que têm por finalidade justamente reformular, dar outra forma à ordem já adotada anteriormente (FONSECA, 2007, p. 93).

Já Fernandes conceitua ordem econômica como um “conjunto de elementos compatíveis entre si, ordenadores da vida econômica de um Estado, direcionados a um fim”, assumindo que este “fim” seria a “garantia da vida digna, conforme os ditames da justiça social”, alcançável a partir de um “plano de distribuição de riquezas” (FERNANDES, 2011, p. 1033).

Como se pode inferir, sendo o direito elemento constitutivo do modo de produção:

[...] as relações de produção, quaisquer que sejam elas, não se podem reproduzir sem a “forma” do direito; o direito é instância de um todo complexo – a estrutura social global – instância, no entanto, dotada de eficácia própria, que se manifesta no bojo de uma relação de causalidade estrutural, resultante de interação dela (instância jurídica) com as demais instâncias desse todo complexo (GRAU, 2007, p. 70-71).

Sabe-se que a ordem econômica moderna caracteriza-se pela fragilidade de seus subsistemas de produção e distribuição, por suas acentuadas necessidades de força de trabalho e de capital e pela multiplicidade de suas interdependências e conflitos de interesses sociais⁵.

Considerando a Revolução Industrial iniciada no século XVIII como marco, reconhece-se que as relações produtivas sofreram significativas alterações até porque os paradigmas foram substituídos: o feudo baseado na propriedade da terra cede espaço ao capitalismo fundado na propriedade do capital. As influências da globalização, fenômeno consequente e que repercute em diversos

⁵ Conforme Tiedemann (1995, p. 17), “a necessidade de proteção eficaz faz-se sentir com mais força quando as normas jurídicas de maior hierarquia consagram princípios e diretrizes referentes à atividade econômica e ao sistema financeiro nacional. Tal é o caso da Constituição da República Federativa do Brasil, de 1988, que fundamenta a ordem econômica do país nos valores do trabalho e da iniciativa privada.

ramos do conhecimento, são mais nítidas quando atreladas à esfera econômica, em razão de permitir a integração de mercados entre os estados e a realização de negócios de cunho financeiro com mais agilidade e eficácia, transcendendo-se as fronteiras locais. Se se avançar um pouco mais nessas digressões, verifica-se que a revolução digital, iniciada em 1960, com a criação da Rede Mundial de Computadores (Internet) e popularizada a partir dos anos 90, ainda provoca mudanças estruturais no âmbito econômico. Impera a sociedade de contatos anônimos (BERGALI; MARI, 1989⁶ *apud* CASTILHO, 1998, p. 38), que pleiteia acessibilidade de todos os indivíduos às relações de produção – tudo sob o primado do redesenhar das instituições e da redescoberta de competências humanas⁷. A moeda deixa de ser local e passa ter impactos globais⁸. Como o processo produtivo tem se tornado mais técnico e complexo, as manifestações derivadas não poderiam ser diferentes. É adequado que a normatização primeira venha por meio da Constituição⁹.

Imbuindo-se a Constituição¹⁰ do dever de regular a conexão entre a conformação jurídica e as relações de produção, a constituição econômica é interligada à constituição política na medida em que aquela consagra a opção por determinado regime econômico e esta por princípios e regras legitimadores de poder. Enquanto esta é um conjunto de princípios que explicitam as valorações

⁶ BERGALI, Roberto; MARI, Enrique E. (Coord.). *História ideológica del control social*. Espanha-Argentina, siglos, XIX y XX. Barcelona: PPU, 1989. Bergali afirma que: “a partir da segunda metade do século XIX, predominou o controle social através de um modelo familiar e educativo de caráter autoritário, sucedido por uma rede de instituições destinadas ao controle direto, tais com a fábrica, a prisão, o hospital, o manicômio. Em seguida, o controle expandiu-se para todo o espaço social, via meios de comunicação, assistência social, da polícia. Após a Segunda Guerra Mundial, a impessoalidade e a extensão do controle privilegiaram os processos de prevenção primária sobre os tipos secundários e, entre os primeiros, os instrumentos de repercussão global administrados diretamente pelo Estado. Finalmente, com a transnacionalização do capital, são postos em prática sistemas de controle universais ou planetários”.

⁷ Não se endossam quaisquer medidas político-econômicas tomadas em nome delas, pois se concorda com análise crítica de Mello (2012).

⁸ Castilho (1998, p. 90) afirma que: “a moeda é hoje um bem global”.

⁹ A constituição é “a prefiguração de um sistema de direitos fundamentais que representem as condições procedimentais para a institucionalização da democracia, nos âmbitos e perspectivas específicas do processo legislativo, jurisdicional e administrativo, e que garante, ainda, espaços públicos informais de geração de vontade e das opiniões políticas” (FERNANDES, 2012, p. 74).

¹⁰ Para Canotilho (1993, p. 66): “constituição real [é] entendida como o conjunto de forças políticas, ideológicas e econômicas, operantes na comunidade e decisivamente condicionadoras de todo o ordenamento jurídico”. Segundo Fernandes (2012, p. 7-9), constituição real é o “modo de ser uma comunidade, na medida em que carrega as matérias constitutivas de um modo de ser de Estado e de sociedade”. Já a constituição material é o “conjunto de normas juridicamente instituidoras de uma comunidade”, ou seja, aquela que “contém matérias tipicamente constitutivas do Estado e da Sociedade” (relativas à organização do Estado e dos direitos e garantias fundamentais).

políticas dominantes do legislador constituinte¹¹, aquela é definida, em sentido estrito, como o conjunto de disposições constitucionais que dizem respeito à conformação da ordem fundamental da economia (CANOTILHO, 1993, p. 474)¹². Para Washington Albino Peluso de Souza, a constitucionalização do econômico é elemento caracterizador da constituição econômica. “Se a constituição é um diploma jurídico de fundamento político, verifica-se que o elemento econômico jamais esteve ausente dela”. Segundo aquele autor, a constituição econômica é a ordem fundamental da comunidade econômica, pois exprime a ideia de que todo e qualquer fenômeno econômico socialmente relevante tem de satisfazer os requisitos de justiça (SOUZA, 2002, p. 16-40)¹³. Observa-se que ela traça um programa de tarefas e de políticas com o fito de implementar a democratização econômica¹⁴. Canotilho¹⁵ lembra que:

¹¹ Eles “explicitam as valorações políticas fundamentais do legislador constituinte. Nestes princípios se condensam as opções políticas nucleares e se reflecte a ideologia inspiradora da constituição. Expressando as concepções políticas triunfantes ou dominantes numa assembleia constituinte, os princípios político-constitucionais são o cerne político de uma constituição política” (CANOTILHO, 1993, p. 172-173). No Brasil estão nos artigos 1º ao 4º da Constituição de 1988 (BRASIL, 1988).

¹² Para Grau (2007, p. 80), é natural que a constituição econômica opere a consagração de um determinado sistema econômico. José Afonso da Silva (2000, p. 765) ressalta que a “constituição econômica formal brasileira consubstancia-se na parte da Constituição que contém os direitos que legitimam a atuação dos sujeitos econômicos, o conteúdo e limites desses direitos e a responsabilidade que comporta o exercício da atividade econômica”.

¹³ Para Fernandes, constituição econômica é um “conjunto de normas constitucionais que têm por objeto a disciplina jurídica do fato econômico e das relações principais dele decorrentes”. Em sentido material, é o “núcleo essencial de normas que regem e disciplinam o sistema, fixando os princípios básicos das instituições de natureza econômica, estando ou não tais normas presentes no texto constitucional”. Em sentido formal, compõe-se de normas que integram o texto constitucional (FERNANDES, 2011, p. 1034-1035).

¹⁴ A expressão “democratização econômica” possui minguada contribuição doutrinária e é um daqueles atributos cuja definição é inapropriada, posto levar à limitação pujante.

¹⁵ Após a crise econômica de 1929, buscaram-se normas constitucionais para a regulação das relações econômicas (FERNANDES, 2011, p. 1034). Para Canotilho “[...] os vários domínios da “ordem econômica e social” [...], são formalmente constitucionalizados, fixando-se em nível da constituição formal um quadro jurídico para os bens de produção, agentes econômicos, organização e regulação da economia. Além disso, e na medida em que muitas das normas da constituição econômica definem programas e estabelecem directivas para a ordem econômica, a constituição deixou de ser um estatuto organizatório liberal para se erigir em *constituição programático-dirigente*” (CANOTILHO, 1993, p. 334). A partir dos anos 2000, a tese da constituição dirigente tem sido revista pelo lusitano. Fernandes menciona que o próprio Canotilho põe fim a ela pelos problemas que a tese do constitucionalismo não foi capaz de resolver. Apresenta-se um *constitucionalismo moralmente reflexivo* cunhado a partir da ideia de “eficácia reflexiva” ou de “direção indireta”. O intuito é desenvolver instrumentos cooperativos que resgatem o princípio da responsabilidade e encorajem a sociedade civil. Para Fernandes, “é importante que não encaremos como uma manifestação de *pessimismo* ou de *derrotismo* a mudança de posição do jurista de Coimbra. A nova teoria, na realidade, está preocupada em pensar as normas constitucionais a outra luz, reconhecendo a exigência de novos esquemas de condução das políticas econômico-sociais. Por isso, em momento algum houve a desistência da programaticidade constitucional, preservando-se a tese de que o legislador não é dotado de liberdade de conformação das políticas públicas, que devem se submeter ao projeto constitucional

A Constituição, em estreita conexão com o princípio democrático (nas suas dimensões, política e económica), consagrou uma constituição económica que, embora não reproduza uma ordem económica ou um sistema económico abstracto e puro, é fundamentalmente caracterizada pela ideia de democratização económica e social. Coerentemente, o âmbito de liberdade de conformação política e legislativa aparece restringido directamente pela Constituição: a política económica e social a concretizar pelo legislador é *uma política de concretização dos princípios constitucionais* e não uma política totalmente livre, a coberto de uma hipotética neutralidade económica da Constituição ou de um pretense mandato democrático da maioria parlamentar. Por outras palavras: o princípio da democracia social e económica, quer na sua configuração geral, quer nas concretizações concretas, disseminadas ao longo da Constituição, constitui um *limite* e um *impulso* para o legislador. Como *limite*, o legislador não pode executar uma política económica e social de sinal contrário ao imposto pelas normas constitucionais; como *impulso*, o princípio da democracia económica e social exige positivamente ao legislador (e aos outros órgãos concretizadores) a prossecução de uma política em conformidade com as normas concretamente impositivas da Constituição (CANOTILHO, 1993, p. 475).

O compromisso constitucional de democratização económica com vistas a assegurar uma vida digna (conforme ditames de justiça social) não está dissociado da ideia de acesso ao crédito¹⁶, pois:

Sem acesso ao crédito, as camadas de baixa renda, incluindo pequenos agricultores, pequenas e microempresas, ficam excluídas do mercado. Vale dizer, não vão ter sequer a chance de participar das oportunidades oferecidas pelo mercado. E se contingente de pessoas nessa situação tender a aumentar, como parece estar ocorrendo, a sociedade fica seriamente ameaçada pela desintegração de seus membros, pois não há estabilidade social possível num cenário como esse. Quanto maior o contingente de excluídos, mais desintegrada estará a sociedade e menores serão as possibilidades de alcançar um patamar mínimo que seja de estabilidade social. Certamente o Estado não pode permanecer passivo diante de um quadro como esse. Mesmo porque essa é uma questão que apresenta desdobramentos que vão muito além das implicações meramente económicas.

de um Estado. Acreditamos, nas pegadas do próprio Canotilho, que a Constituição dirigente não morreu, morreu sim um tipo de Constituição dirigente típica de um paradigma de Estado e de sociedade não mais condizente. Com isso, sem dúvida, as Constituições perderam um pouco de sua própria força dirigente, ainda que não tenham deixado de ser diretivas. Nestes termos, o dirigismo constitucional das décadas de 70 e 80 do século passado não mais existe, porém a Constituição dirigente não morreu, pois ainda sobrevivem importantes dimensões de programaticidade e dirigismo constitucional, ainda que em uma perspectiva mais reflexiva (leve) e menos impositiva. [...]” (FERNANDES, 2011, p. 53-57).

¹⁶ Para Silva (2000, p. 763), “um regime de acumulação ou concentração do capital e da renda nacional, que resulta da apropriação privada dos meios de produção, não propicia efetiva justiça social, porque nele sempre se manifesta grande diversidade de classe social, com amplas camadas de população carente ao lado de minoria afortunada. [...]. Algumas providências constitucionais formam agora um conjunto de direitos sociais com mecanismos de concreção que devidamente utilizados podem tornar menos abstrata a promessa de justiça social. Esta é realmente uma determinante essencial que impõe e obriga que todas as demais regras da constituição económica sejam entendidas e operadas em função dela”.

Tais desdobramentos colocam em cheque [sic] os próprios fundamentos do Estado Democrático de Direito, já que, nos dias de hoje, pessoas que não têm nenhum acesso ao crédito e ao sistema financeiro, com muita probabilidade, também não vão ter acesso ao mínimo de propriedade privada e, conseqüentemente, também não terão acesso a direitos fundamentais como o direito à liberdade, à participação democrática, à educação, à saúde, ao direito de expressão, etc. (FLORENZANO, 2004, p. 98).

Embora a ordem econômica “consustanciada na Constituição não [seja] senão uma forma econômica capitalista”¹⁷, rejeita-se a primazia do interesse privado. A supremacia axiológica da Constituição impõe a conciliação entre as autonomias pública e privada (CARVALHO NETTO, 1999¹⁸ *apud* FERNANDES 2011). Pressupostas reciprocamente, não há sobreposição de uma sobre a outra (FERNANDES, 2011, p. 48).

Dessa conjugação, opta-se por um conceito jurídico de ordem econômica que efetivamente inclua a opção por um regime econômico compromissado com a democratização econômica¹⁹. Diversos preceitos constitucionais subordinam e limitam o processo econômico, a fim de direcioná-lo para a persecução do bem-estar de toda a sociedade, notadamente na melhoria da qualidade de vida (CUNHA JÚNIOR, 2008²⁰ *apud* FERNANDES, 2011, p. 1035).

Em síntese, a expressão ordem econômica possui quatro sentidos: a) modo de ser empírico de uma determinada economia real; b) conjunto de todas

¹⁷ Para Silva (2000, p. 760-764), “um regime de justiça social será aquele em que cada um deve poder dispor de meios materiais para viver confortavelmente segundo as exigências de sua natureza física, espiritual e política”.

¹⁸ CARVALHO NETTO, Menelick de. Requisitos pragmáticos da interpretação jurídica sob o paradigma do Estado Democrático de Direito. *Revista de Direito Comparado*. Belo Horizonte: Mandamento, 1999, v. 3, p. 110. “A autonomia privada [...] era um espaço isolado no qual o burguês poderia exercer a tão desejada liberdade contratual e amealhar patrimônio através da ampla faculdade de estipular contratos e adquirir propriedade, sem que o ordenamento jurídico (leia-se sociedade) pudesse interferir no exercício da atividade econômica do cidadão”. Requer-se “uma reformulação do conceito de autonomia privada, não mais como mera emanção do princípio da livre iniciativa, situada exclusivamente na esfera da ordem econômica - Constituição Federal - CF (BRASIL, 1988, art. 170.), porém como derivação do princípio da dignidade da pessoa humana” (FARIAS, 2011, p. 2). No mesmo sentido, Carvalho Netto: “com a chegada das sociedades hipercomplexas da era da computação ou pós-industrial, as relações tornaram-se extremamente complexas e fluidas. Nesse contexto, a relação entre o público e o privado é novamente rediscutida, as associações da sociedade civil passam a representar o interesse público contra um Estado privatizado ou omissivo. Surge, nesse *iter*, os chamados interesses ou direitos difusos, que compreendem os direitos do consumidor, ambientais, entre outros” (CARVALHO NETTO, 1999, p. 110).

¹⁹ Segundo o Instituto de Pesquisa Econômica Aplicada (IPEA), 39,52% da população brasileira não possuem sequer conta corrente e 48,56% dos não bancarizados recorrem a parentes e amigos para acesso ao crédito (BRASIL, 2012a).

²⁰ CUNHA JÚNIOR, Dirley da. *Curso de Direito Constitucional*. Salvador: Jus Podvim, 2008, p. 1063.

as normas e regras dos sujeitos econômicos; c) ordem jurídica da economia; d) conjunto de regras, na Constituição, que define o limite do dirigismo econômico estatal e estabelece os respectivos instrumentos (CASTILHO, 1998, p. 28-83). Um amálgama dos enfoques normativo e vulgar. É apreendida na pesquisa como conjunto de normas que define institucionalmente um determinado modo de produção econômica (GRAU, 2007, p. 70) e como meio para tornar o compromisso pela democratização econômica realizável.

Se havia uma “ordem econômica e social” destinada à segurança e ao desenvolvimento nacional, agora há um título para “direitos e garantias fundamentais” e outro para “ordem econômica e financeira” (BRASIL, 1988, art. 70)²¹, acolhendo:

[Primeiramente] uma economia de mercado, de natureza capitalista, pois a iniciativa privada é um princípio básico da ordem capitalista. Em segundo lugar significa que, embora capitalista, a ordem econômica dá prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da econômica de mercado. Conquanto se trate de declaração de princípio, essa prioridade tem sentido de orientar a intervenção do Estado, na economia, a fim de fazer valer os valores sociais do trabalho que, ao lado da iniciativa privada, constituem o fundamento não só da ordem econômica, mas da própria República Federativa do Brasil (art. 1º, IV) (SILVA, 2000, p. 762).

O sistema financeiro nacional, como executor da ordem jurídico-econômica (braço operacional), será analisado na próxima seção.

2.2 O sistema financeiro nacional: concepção e conceito adotado

O sistema financeiro nacional é um braço operacional da ordem econômica. Pode materializar o compromisso constitucional de democratização, econômica por promover a reciclagem de recursos financeiros, bem como por captar poupanças e canalizá-las para os setores carentes de recursos (CASTILHO, 1998, p. 96).

É notório que até 1960 o seu desenvolvimento e a sua estrutura eram incipientes. Apesar de haver dispositivos sobre fixação de competências

²¹ Para Silva (2000, p. 92), é “constituição cidadã”.

relacionadas à prática de operações financeiras, o sistema financeiro não era disciplinado diretamente pela Constituição de 1967, com Emenda n.1, de 1969.

A reforma bancária de 1964 foi responsável por impor novo regramento normativo ao sistema financeiro. Objetivou-se adequar a economia brasileira às regras da ordem econômica mundial que se desenhava nesse período.

A Constituição de 1988 promoveu o reconhecimento desse instrumento, vinculando suas atividades ao desenvolvimento equilibrado do país e subordinando-as aos interesses da coletividade (BRASIL, 1988, art. 192). Deixando de lado discussões sobre a existência ou não de um duplo sistema financeiro na vigente Constituição²², a previsão constitucional foi significativa.

A partir do substrato normativo, o sistema financeiro nacional pode ser conceituado em duas dimensões: a constitucional e a operacional.

Na primeira perspectiva, observa-se que os comandos constitucionais estão atrelados à concepção de que o ser humano não é e não pode ser visto como a máxima expressão de uma ideologia individualista oriunda do liberalismo burguês e para a qual a inserção social e o valor máximo a ser protegido resumiam-se ao direito de propriedade (ARAUJO JÚNIOR, 1995, p. 34-36)²³.

Como a exclusão financeira, em regra, está associada a outras formas de marginalização social, discorda-se de argumentos no sentido de que a Constituição tenha atribuído rigidez a uma atividade precipuamente dinâmica²⁴. Se se entende que a ordem jurídico-econômica destina-se a promover a democratização econômica com vistas a atribuir materialidade ao compromisso de justiça social e que o sistema financeiro nacional é um mecanismo funcional para tanto, não há como minimizar a força vinculante trazida pela Constituição

²² Silva (2000, p. 798) menciona dois sistemas financeiros: o público (que envolve as finanças públicas e os orçamentos públicos) e o parapúblico (sistema financeiro nacional, que cuida das instituições operadoras). Em edições recentes, isso não é repetido. Prado (2007, p. 169) também aborda o tema.

²³ “Está reconhecido que o homem não é absolutamente livre, nem igual. Há fortes e fracos, há ricos e pobres e, conseqüentemente, há dominação, há poder e as oportunidades não são idênticas, razões pelas quais nem todos podem desenvolver igual e livremente a sua personalidade. [...]. A imagem do homem, própria do Estado Democrático de Direito, é a do homem situado, do homem nas suas condições concretas; do homem em seu posto de trabalho, como trabalhador dependente; do homem como consumidor; do homem em seu ambiente; do homem como participante da ordem econômica, afeta a fins sociais. [...]. A inserção social do homem é [...] ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica”.

²⁴ Para Costa Júnior, Queijo e Machado (2002, p. 26): “a inclusão no Texto Constitucional, conseqüentemente, acarreta mais rigidez a uma atividade cujas principais características são o dinamismo e a flexibilidade de adaptação à velocidade de mudanças do mercado”. O originário artigo 192 da Constituição da República foi alterado em 2003, pela Emenda 40. A redação entabulava diretriz específica e era sobre ela que os autores se manifestavam.

(SILVA, 2000, p. 798). Para Florenzano, mudanças estruturais eram imprescindíveis para que o país pudesse superar, no âmbito político-econômico, o fenômeno nominado de estagflação:

[...] ao final da década de 80, época da edição da Constituição, o país vivia um momento de transição política, saindo de um longo período de ditadura militar, em que a situação econômica era das mais caóticas. O modelo de industrialização calcado na substituição de importações parecia ter esgotado as suas forças, as fontes de financiamento externas e internas também davam sinais claros de esgotamento e, para piorar as coisas, sofriamos um processo inflacionário crônico e ascendente que ameaçava chegar à hiperinflação e, conseqüentemente, à total desorganização do sistema produtivo. Vivíamos a conjuntura econômica batizada pelos economistas com o termo “estagflação”, estagnação do crescimento econômico com inflação elevada, que é o pior dos mundos, ou seja, o cenário econômico mais desfavorável. Portanto, mudanças profundas eram imprescindíveis e não poderiam deixar de passar por uma reforma ou reestruturação do sistema financeiro nacional (FLORENZANO, 2004, p. 120).

A síntese comparativa de Florenzano sobre o atual sistema financeiro e o existente à época da Constituição de 1988 evidencia a necessidade de reestruturação desse elemento para tornar o mercado brasileiro mais atrativo e competitivo:

[...] o sistema financeiro nacional apresentava-se fechado ao setor externo, com uma situação em que predominavam as instituições financeiras oficiais, notadamente o Banco do Brasil S/A, a Caixa Econômica e os demais bancos estaduais, seguidas por bancos nacionais privados, sendo que a participação do capital estrangeiro podia considerar-se irrisória. Havia, pois, baixa exposição à concorrência por parte das instituições que atuavam num mercado protegido e pouco competitivo, em que a principal fonte de receitas dos bancos era decorrente das altas taxas de inflação e da chamada “ciranda financeira”. Hoje, o sistema está mais aberto à participação do capital estrangeiro, sendo que os bancos estrangeiros, por intermédio de aquisições, fusões e aquisições, já conquistaram uma fatia significativa de mercado. Os bancos estaduais foram privatizados. Aumentou a participação das grandes instituições, aumentando, também, a concentração de mercado. As receitas decorrentes da inflação praticamente desapareceram, reduzindo os ganhos e a participação do setor financeiro em relação aos demais da economia. Além disso, houve inúmeros e significativos avanços tecnológicos, entre os quais destacamos os caixas eletrônicos e o novo Sistema de Pagamentos Brasileiro (SPB) (FLORENZANO, 2004, p. 127).

Impõe-se que o sistema financeiro nacional seja mediador na conciliação entre responsabilidade social e livre iniciativa privada, pois:

[...] têm responsabilidade social para com a comunidade na qual estão inseridas, que se pode traduzir pelo dever de proporcionar acesso aos produtos e serviços do sistema financeiro a todos os setores da sociedade, e não apenas à clientela de alta renda. Portanto, a responsabilidade a que estamos nos referindo implica o dever de proporcionar acesso ao sistema financeiro às camadas de baixa renda, incluindo pequenos agricultores, pequenas e microempresas e os pobres em geral. Admitindo, pois, que uma das finalidades da regulação do sistema financeiro é promover eficiência social, a questão passa a ser, então, a de conceber formas de regulação capazes de conciliar objetivos e políticas conflitantes. Sobretudo, conciliar o objetivo das instituições financeiras de realizar lucros com a ideia de responsabilidade social (FLORENZANO, 2004, p. 95).

O conceito operacional remonta à Lei nº 4.595, de 1964 (“lei de reforma bancária”), que dá o regramento básico no plano infraconstitucional.

O art. 1º dessa lei define que o sistema financeiro é constituído pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S/A, Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico (atual Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social) e pelas demais instituições financeiras públicas e privadas²⁵. Trata-se de conceito cunhado a partir de seus elementos constitutivos e não por suas funções, contemplando entes normativos, fiscalizadores e operadores.

O Conselho Monetário Nacional é o ente normativo responsável por expedir diretrizes para o bom funcionamento do sistema financeiro nacional²⁶.

O Banco Central do Brasil é autarquia vinculada ao Ministério da Fazenda, principal executor das diretrizes emanadas pelo Conselho Monetário Nacional e responsável por garantir o poder de compra da moeda nacional²⁷.

O Banco do Brasil é uma sociedade de economia mista. Compete-lhe como instrumento de execução da política creditícia e financeira do Governo Federal, exercer as funções que lhe são atribuídas em lei, em especial as previstas na Lei nº 4.595, de 1964²⁸.

O Banco Nacional do Desenvolvimento Econômico e Social é uma empresa pública sujeita à supervisão do Ministro de Estado do Desenvolvimento, Indústria e Comércio Exterior. É o principal instrumento de execução da política

²⁵ No mesmo sentido, Pimentel (1987, p. 29).

²⁶ A Comissão de Valores Mobiliários, o Conselho Nacional de Seguros Privados e o Conselho Nacional de Previdência Complementar são entes normativos.

²⁷ É ente supervisor, assim como a Comissão de Valores Mobiliários, a Superintendência de Seguros Privados e a Superintendência Nacional de Previdência Complementar.

²⁸ Conferir Estatuto Social da instituição (BRASIL, 2012b).

de investimento do Governo Federal e tem por objetivo primordial apoiar programas, projetos, obras e serviços que se relacionem com o desenvolvimento econômico e social do país²⁹.

Os operadores são as instituições financeiras, outros intermediários financeiros e captadores de recursos de terceiros, as bolsas de mercadorias e futuros, resseguradores, bancos de câmbio, bolsas de valores, sociedades seguradoras, sociedades de capitalização, entidades abertas de previdência complementar e entidades fechadas de previdência complementar³⁰. Os bancos e as cooperativas são apenas espécies de instituições financeiras.

Existem dois conceitos de instituição financeira na legislação brasileira, embora não sejam precisos (SAIDI, 2001, p. 18³¹ *apud* FLORENZANO, 2004, p. 29).

A Lei nº 4.595, de 1964, traz uma definição no artigo 17:

“Art. 17. Consideram-se instituições financeiras, para os efeitos da legislação em vigor, as pessoas jurídicas públicas ou privadas, que tenham 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.

Parágrafo único. Para os efeitos desta lei e da legislação em vigor, equiparam-se às instituições financeiras as pessoas físicas que exerçam qualquer das atividades referidas neste artigo, de forma permanente ou eventual”.

Para fins penais, o artigo 1º da Lei nº 7.492, de 1986, traz outro conceito:

“Art. 1º Considera-se instituição financeira, para efeito desta lei, a pessoa jurídica de direito público ou privado, que tenha como atividade principal ou acessória, cumulativamente ou não, a captação, intermediação ou aplicação de recursos financeiros (Vetado) de terceiros, em moeda nacional ou estrangeira, ou a custódia, emissão, distribuição, negociação, intermediação ou administração de valores mobiliários.

Parágrafo único. Equipara-se à instituição financeira:

I - a pessoa jurídica que capte ou administre seguros, câmbio, consórcio, capitalização ou qualquer tipo de poupança ou recursos de terceiros;

II - a pessoa natural que exerça quaisquer das atividades referidas neste artigo, ainda que de forma eventual”.

De acordo com Pimentel, a previsão de caráter penal é bastante vaga:

²⁹ BRASIL (2002a).

³⁰ Para definição, conferir sítio oficial do Banco Central do Brasil.

³¹ Para Saidí, não há conceito preciso de instituição financeira (SAIDI, Jairo. *Crise e regulação bancária*. São Paulo: Texto Novo, 2001, p. 18).

[...] isso se deveu, em grande parte, à casuística acumulada pelo Banco Central do Brasil, através de sucessivas experiências com as mais diversas entidades que lidavam com recursos de terceiros ou com títulos ou valores mobiliários. A rede de proteção lançada pelo art. 1º e seu parágrafo único foi trançada com malha fina, para que não escapasse conduta alguma, lesiva ou perigosa, contra o Sistema Financeiro Nacional, razão pela qual o dispositivo tornou-se excessivamente amplo. Originariamente esse art. 1º era ainda mais extenso, uma vez que aludia também a “recursos financeiros *próprios* ou de terceiros” (grifamos). A palavra “próprios” foi vetada pelo Presidente da República [...]³².

As atividades realizadas no sistema financeiro nacional são normatizadas³³ tanto pelos entes que possuem preponderantemente essa atribuição (Conselho Monetário Nacional e Banco Central do Brasil) como pela própria instituição³⁴.

O sistema nacional de crédito cooperativo é um elemento do sistema financeiro nacional e, em razão de suas particularidades, será adiante analisado.

2.3 O sistema nacional de crédito cooperativo como elemento do sistema financeiro

Considerando que o sistema financeiro nacional é um conjunto coordenado de instituições financeiras ou de entes equiparados, o sistema nacional de crédito cooperativo apresenta-se como um de seus elementos. Não tem existência autônoma e é integrado precipuamente por cooperativas de crédito, sociedades

³² A justificativa do veto era de que eventual prejuízo quanto aos recursos próprios não afetaria a coletividade e, por conseguinte, o sistema financeiro (PIMENTEL, 1987, p. 29). Para Betti, o objetivo é alcançar uma categoria de autores que com habitualidade procuram auferir lucros ilícitos (BETTI, 2000, p. 69).

³³ O Manual de Organização do Sistema Financeiro (SISORF) é o principal normativo e “tem por objetivo fornecer meio de consulta às informações sobre os aspectos legais, regulamentares e operacionais relativos aos atos que dependem de autorização do Banco Central do Brasil, de instituições financeiras, demais instituições autorizadas a funcionar pelo Banco Central do Brasil e administradoras de consórcio. O SISORF visa a propiciar melhor instrução dos respectivos processos, seja pela clareza e *maior* detalhamento dos procedimentos, que facilitem o entendimento das instruções, seja pela própria simplificação ou inclusão de novos procedimentos, o que deverá contribuir para reduzir as exigências de complementação na instrução dos processos, com redução de custos para o público, para o sistema financeiro e para o Banco Central do Brasil. A sua edição se dará de forma gradual, em capítulos segmentados de acordo com os assuntos sujeitos à aprovação do Banco Central, de sorte que os capítulos ora disponíveis para consulta poderão ser reestruturados para se ajustar aos demais que estão em elaboração” (BRASIL, 2012c).

³⁴ Para Florenzano (2004, p. 118), “é oportuno observar que as Resoluções do Conselho Monetário Nacional (CMN) e as Circulares do Banco Central, por delegação constitucional e infraconstitucional, acabam se transformando nas principais fontes de criação das normas que regulam a estrutura e o funcionamento do sistema financeiro nacional, configurando o que os autores denominam deslocamento das fontes produtoras do direito [...]”. O CMN exige que as instituições implementem sistemas de controles internos.

de pessoas fundadas no princípio da autogestão e que não visam ao lucro. Para Renato Lopes Becho (2002), a cooperativa é sociedade de pessoas, criada para prestar serviços aos sócios, sem fins lucrativos, de acordo com princípios jurídicos próprios e mantendo seus traços distintos intactos (BECHO, 2003, p. 22). Para o Fonseca (2006), é criada pelos que são seus fundadores e pelos que adere a ela para proveito e vantagem” (FONSECA, 2006, p. 50).

A perspectiva de que o sistema financeiro nacional é um agente comprometido com a ideia de responsabilidade social é incontestável no mencionado elemento, pois as cooperativas são constituídas por livre vontade popular e para pulverizar o acesso ao crédito nas localidades que não despertam os interesses financeiros dos grandes bancos.

Embora as formas organizadas de cooperação e solidariedade entre os indivíduos não sejam fenômenos modernos³⁵, o cooperativismo hoje existente surgiu em 1844³⁶, na cidade inglesa de Rochdale (PINHEIRO, 2008, p. 23). A primeira manifestação cooperada para o crédito surgiu em 1847, como associação de apoio para a população rural e, embora não fosse uma cooperativa, serviria de modelo para a futura atividade sob o modelo Raiffeisen³⁷. Posto que as condições socioeconômicas favoráveis ao desenvolvimento do cooperativismo emergiram da Revolução Industrial do século XVIII (REIS JÚNIOR, 2006, p. 26), este é qualificado como um sistema reformista³⁸.

³⁵ Para Fátima Nancy Andrighi (2003, p. 49), “as ações cooperativas datam de muitos séculos, conforme se depreende, inclusive, dos textos bíblicos, nos quais Jesus Cristo e seus Apóstolos e, *a posteriori*, seus seguidores, praticavam o cooperativismo como ideologia de vida, pregando o bem comum acima de qualquer outro valor”.

³⁶ Há dissenso; para Nilson Reis Júnior (2006, p. 26), “entretanto, em 1827, na cidade de Brigtom (Inglaterra), e em 1835, em Lyon (França), já havia ocorrido algumas experiências, embora efêmeras, visto que nessas ocasiões não havia condições socioeconômicas necessárias ao seu desenvolvimento”. Para o autor, a Revolução Industrial propiciou o desenvolvimento das sociedades cooperativas.

³⁷ Para Pinheiro (2008, p. 23), “as cooperativas criadas por Raiffeisen, tipicamente rurais, tinham como principais características a responsabilidade ilimitada e solidária dos associados, a singularidade de votos dos sócios, independentemente do número de quotas-parte, a área de atuação restrita, a ausência de capital social e a não distribuição de sobras, excedentes ou dividendos. Ainda hoje, esse tipo de cooperativa é bastante popular na Alemanha”. Para Campos (2003), a primeira cooperativa de crédito foi fundada em 1849, na Alemanha (CAMPOS, 2003).

³⁸ Para Reis Júnior (2006, p. 30), “[...] os rochdalianos proporcionaram, com base no espírito de solidariedade humana e equidade social, uma reforma naquela sociedade, em que a parte econômica é simples meio que visa a tornar materialmente possível a modificação das condições de dependência social entre aqueles que dispõem apenas da força de trabalho e os que controlam os meios de produção. De fato, estruturaram a vida dos cooperados na sua totalidade; [como] o movimento cooperativo avançava por toda a Europa, organizou-se a Aliança Cooperativa Internacional em 1892, cujo objetivo era servir de centro de informação e propaganda do cooperativismo”.

No Brasil, o fenômeno cooperativo organizado é recente: o primeiro ente a adotar a expressão “cooperativa” foi fundado em 27 de outubro de 1889, na então capital da província de Minas (Ouro Preto)³⁹. A primeira cooperativa do ramo de crédito foi constituída, em 28 de dezembro de 1902, na localidade de Linha Imperial (Nova Petrópolis/RS) (PINHEIRO, 2008, p. 28).

No plano normativo brasileiro (ALVES, 2003)⁴⁰, o Decreto 22.239, de 1932, é considerado o primeiro marco legal que deu forma jurídica às cooperativas e que, segundo o modelo rochdaliano, instituiu os princípios cooperativistas⁴¹. O cooperativismo estagnou-se até a Lei nº 5.764, de 1971, diploma que possibilitou o desenvolvimento e consolidação do segmento.

Na esfera constitucional, surgiu novo paradigma: garantiu-se a tais sociedades autonomia e autogestão livre de interferência estatal⁴². A proteção às formas associativistas encontra-se em diversos dispositivos e há comando expresso para que o Estado, como agente normativo e regulador da atividade econômica, apoie e estimule o cooperativismo⁴³.

Na cooperativa o resultado gerado (positivo ou negativo) é revertido para todos aqueles que integram a sociedade. Por isso, é um sistema democrático⁴⁴ que reage à exclusão social e à concentração de riquezas (RODRIGUES, 2001, p. 11). Para Perius:

Vê-se que o cooperativismo teve 50 anos de intervencionismo estatal, cujo período vai de 1938 a 1988. [...]. Em 1988, avançou o cooperativismo, pois os constituintes consagraram proteção ao sistema. Trata-se de um grande avanço e, comparado com as Constituições de outros países que também o protegem, pode-se afirmar, sem sombra de dúvida, que se trata de um dos melhores textos constitucionais sobre o cooperativismo (PERIUS, 2001, p. 28).

³⁹ Em sentido contrário: “os primórdios do movimento cooperativista no Brasil datam de 1847, com a fundação, nos sertões do Paraná, pelo médico francês Jean Maurice Faivrem, da colônia “Tereza Cristina”, que restou organizada em princípios cooperativistas” (REIS JÚNIOR, 2006, p. 31).

⁴⁰ Para detalhes: Pinheiro (2008), Bulgarelli (2000) e Alves (2003).

⁴¹ A expressão “sociedade cooperativa” surge com o Decreto n. 796, de 1890, mas até o Decreto 22.239, de 1932, ainda não possuíam contornos jurídicos (REIS JÚNIOR, 2006, p. 31-34).

⁴² As cooperativas de crédito estão sujeitas a autorização e fiscalização do Banco Central do Brasil em razão do tipo de atividade (CAMPOS, 2003, p. 56-62).

⁴³ Ver artigo 5º, inciso XVIII e artigos 146 174 e 187 da Constituição (BRASIL, 1988).

⁴⁴ Para Silva (2000, p. 773-774), a Constituição “abre caminho às transformações da sociedade com base em alguns instrumentos e mecanismos sociais e populares que consagrou”. Para ele, “se a ordem econômica estabelecida fosse mais progressista, por certo que a Constituição teria dado um passo importante, não necessariamente no sentido socialista, mas, quem sabe, ao menos no sentido da construção de uma sociedade nacional popular pós-capitalista”, cita Samir Amin, para quem esse objetivo seria alcançado por intermédio de cooperativas..

Tanto os bancos como as cooperativas de crédito devem cumprir uma função social. O sistema nacional de crédito cooperativo, inobstante, pode fomentar a atividade econômica em regiões periféricas, contribuindo, assim, para o desenvolvimento econômico e social da localidade em que a sociedade cooperativa está situada. Cabe lembrar que os bancos têm mais interesse pelos centros urbanos, o que atribui às cooperativas de crédito uma função diferenciada:

[...] as instituições financeiras [bancos] tendem a absorver recursos nas periferias do sistema (comunidades distantes) para aplicar nos grandes centros financeiros. Isso faz minguar a atividade econômica na periferia. A grande virtude do sistema cooperativo é que as cooperativas de crédito, por sua própria forma de constituição e organização, aplicam os recursos disponíveis na própria comunidade onde estão inseridas. Além disso, ao contribuir para a expansão da oferta de crédito, o sistema cooperativo também acaba contribuindo para a redução das taxas de juros (FLORENZANO, 2004, p. 131)⁴⁵.

Para Florenzano, a fragilidade e a instabilidade financeira impedem que as cooperativas de crédito atuem como agentes de transformação social. O autor explica que:

O grande problema do sistema cooperativo no Brasil tem sido a fragilidade e a instabilidade financeira que aflige boa parte das cooperativas de crédito em todo o país. Em parte, essa vulnerabilidade pode ser atribuída a alguns fatores como: despreparo ou a profissionalização insuficiente dos dirigentes das cooperativas; sistemas de auditoria e controles internos deficientes; conselhos fiscais pouco atuantes; delegação de poderes da diretoria para gerentes inadequadamente supervisionados; e, acima de tudo, a baixa participação dos associados. Além disso, a própria regulação do sistema cooperativo, muitas vezes, não é a mais favorável. Neste sentido, a regulação que impõe limitações ao quadro social ou que impõe a homogeneidade dos associados das cooperativas é um fator que pesa adversamente, pois torna o sistema mais vulnerável às oscilações de ramos específicos de atividade econômica. É o que ocorre, por exemplo, com cooperativas de crédito rural. Se a localidade onde a base territorial enfrenta problemas climáticos, como seca, excesso de chuvas, geada, etc., os agricultores (associados das cooperativas) que tomaram crédito para financiar a plantação vão ter dificuldades para restituir os empréstimos. Isso, de modo geral, abala a saúde financeira da cooperativa, que pode ser levada à insolvência.

⁴⁵ Em economias maduras, o crédito cooperativo impulsiona setores econômicos estratégicos. Alemanha, Bélgica, Espanha, França, Holanda e Portugal são os principais exemplos. Na Irlanda e no Canadá ocupa espaços não preenchidos pelos bancos (SOARES; BALLIANA, 2009, p. 17). Até 2009, a exclusão financeira era condição da maioria dos 70 milhões de brasileiros que dependem das microfinanças (BRASIL, 2009a).

Além disso, as limitações à expansão do quadro de associados (como obrigatoriedade de homogeneidade dos associados), muitas vezes, inviabiliza o próprio fortalecimento/crescimento das cooperativas, impedindo-as de alcançar um ponto de equilíbrio financeiro (FLORENZANO, 2002, p. 131-132).

No mesmo sentido, Washington Albino Peluso de Souza afirma que:

Sabe-se que, apesar de uma legislação razoável a respeito, o sistema cooperativo brasileiro é grandemente desvirtuado, na prática, por falta de espírito e de consciência adequados à sua própria natureza. Não é distinguido, entre nós, das sociedades comerciais tradicionais. Com referência ao crédito cooperativo, ainda mais lamentáveis têm sido as experiências, comprometendo a confiança em um dos mais importantes instrumentos de agregação e de apoio às atividades econômicas nos diversos países – o cooperativismo, independentemente de regimes e de sistemas políticos ou econômicos (SOUZA, 2002, p. 138).

No plano infraconstitucional, a Lei nº 5.764, de 1971, precisa ser reinterpretada à luz do regramento constitucional que impôs novas premissas ideológicas ao sistema financeiro. Além desse diploma, o Código Civil⁴⁶ possui dispositivos específicos para as cooperativas e a Lei Complementar nº 130, de 2009, institui legalmente o elemento ora analisado (BRASIL, 2009b).

Nas cooperativas, a responsabilidade dos associados é subsidiária; pode ser limitada ou ilimitada (BRASIL, 1071)⁴⁷.

As cooperativas dividem-se em três níveis: cooperativas singulares (1º grau), que são a soma de pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício de uma atividade econômica, de proveito comum, sem objetivo de lucro; cooperativas centrais ou federações (2º grau), que objetivam organizar, em comum e em maior escala, os serviços econômicos e assistenciais de interesse das filiadas; e confederações de cooperativas (3º grau), que se destinam a orientar e a coordenar as atividades das filiadas, nos casos em que o vulto dos empreendimentos transcender o âmbito de capacidade ou conveniência de atuação das centrais e federações⁴⁸. Essa estrutura é representada graficamente como uma pirâmide dividida, a partir da base, em três faixas. As cooperativas de crédito podem estar interligadas pelo regime de filiação e constituir outras instituições para melhor desempenharem suas atividades

⁴⁶ Para detalhes: Campos (2003), Reis Júnior (2006); Krueger (2003) e Becho (2002).

⁴⁷ Conferir artigos 11 e 13 da Lei nº 5.764, de 1971 e artigo 1.095 do Código Civil (BRASIL, 1971; BRASIL, 2002b).

⁴⁸ Conferir artigos 3º, 6º, 8º e 9º da Lei nº 5.764, de 1971 (BRASIL, 1971).

(bancos cooperativos, fundos garantidores, fundações, corretoras, etc.). Quando isso ocorre, são formados subsistemas dentro do sistema nacional de crédito cooperativo (sistemas secundários)⁴⁹.

As cooperativas possuem três órgãos sociais: a assembleia geral, com funções deliberativas; o conselho de administração e/ou diretoria executiva, com funções estratégicas e/ou executivas; e, conselho fiscal, órgão fiscalizador⁵⁰.

A assembleia geral é o órgão supremo que, dentro dos limites legais e estatutários, tem poderes para decidir os negócios relativos ao objeto da sociedade e tomar as resoluções convenientes ao desenvolvimento e defesa desta, com deliberações vinculativas a todos, ainda que ausentes ou discordantes.

O conselho de administração e/ou diretoria executiva tem a atribuição de administrar a sociedade (executar a vontade social). Há dois modelos de governança. No tradicional (Lei nº 5.764, de 1971), todos os membros dos órgãos sociais são associados eleitos pela assembleia geral e a diretoria executiva (se existente) integra o conselho de administração. As atribuições do conselho de administração e da diretoria executiva estão sobrepostas, pois recaem sob os mesmos administradores (modelo de atribuições sobrepostas). No modelo eclético (Lei Complementar nº 130, de 2009), a cooperativa pode optar por um conselho de administração e por uma diretoria executiva subordinada composta por associados ou não⁵¹. As atribuições do conselho de administração e da diretoria executiva são segregadas desde o plano formal (modelo de atribuições independentes).

O conselho fiscal destina-se a fiscalizar a administração e está subordinado hierarquicamente apenas à assembleia geral.

⁴⁹ Os sistemas Sicoob, Sicredi, Unicredi do Brasil e Confesol representam 73% do segmento (SOARES; BALLIANA, 2008, p. 24).

⁵⁰ Conferir artigos 38, 47 e 56 da Lei nº 5.764, de 1971 (BRASIL, 1971).

⁵¹ Na América Latina há dois modelos principais. Em um deles, adotado na Bolívia, Equador, Colômbia e Costa Rica, a administração estratégica é competência do conselho de administração (oriundos do quadro social) e a administração executiva compete ao gerente-geral (técnico do mercado, profissional de finanças ou bancário), cujas funções se equiparam à de diretor. No outro modelo, acolhido por Chile, Paraguai e Uruguai, o conselho de administração ou parte dele é gestor executivo e principal dirigente (oriundos do quadro social), cabendo ao gerente-geral funções de menor complexidade. Em ambos o gerente geral é escolhido e destituído pelo conselho de administração (observado em 11 de 12 países pesquisados pela Confederação Alemã de Cooperativas). Na Alemanha, existe apenas diretoria executiva profissional, cujos membros são eleitos pelo conselho fiscal de cada banco cooperativo. Na Austrália, a maior parte dos diretores (sempre provenientes do mercado) é eleita pelos associados (MELO SOBRINHO; BASTOS; FONTES FILHO, 2009, p. 130).

Pertencer a subsistemas traz benefícios para a cooperativa de crédito, mas alarga o campo das responsabilidades jurídicas na medida em que ela se torna corresponsável mediata pela perenidade e continuidade de outros entes que compõe o subgrupo.

Desde 2009 vige um novo marco de supervisão financeira. Se sob a égide da Lei nº 5.764, de 1971, as cooperativas centrais e confederações destinavam-se à prestação de serviços, a partir da Lei Complementar nº 130, de 2009, elas têm o dever-poder de supervisionar as cooperativas singulares filiadas⁵², com vistas ao funcionamento regular. A autonomia de cada cooperativa de crédito continua sendo preservada, mas há mitigação em alguns casos, como na instituição do regime de cogestão (regime de administração compartilhada). Trata-se do modelo de supervisão auxiliar⁵³, pelo qual as atribuições dessa natureza não se restringem ao Banco Central do Brasil (entidade de supervisão principal), mas são partilhadas com instituições que integram o sistema cooperativo secundário (entidades de supervisão local). Pelas premissas legais, a autarquia conserva todas as atribuições de supervisão; já essas entidades devem orientar seus objetivos para desempenhar atividades de supervisão, controle, auditoria, gestão ou execução em maior escala de suas atribuições operacionais, além de manter o ente de supervisão principal devidamente informado sobre o cumprimento desses papéis de trabalho⁵⁴.

Pelo exposto, importante analisar as relações entre os crimes contra o sistema financeiro, incluindo a perspectiva criminológica, e a construção do direito penal econômico.

⁵² Considera-se que “poder não é algo que se tem, senão algo que se exerce e pode ser, portanto, exercido de diversas maneiras” (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 21). Sendo assim, a expressão “dever-poder de supervisão” é entendida como o dever de exercer as atribuições de supervisão para assegurar a solidez, mitigar a ocorrência de situações de anormalidade e instabilidade financeira e institucional, com vistas ao regular funcionamento de suas filiadas.

⁵³ Em Portugal o Banco Central incumbe a caixa central (cooperativa central) da supervisão e controle das demais instituições; no modelo americano cabe à entidade integrante do próprio sistema a regulação e fiscalização das cooperativas de crédito; já na Alemanha a regulação compete à Superintendência dos Serviços Financeiros e ao Banco Central; na Espanha e no Canadá, compete ao Banco Central (BRASIL, 2006a).

⁵⁴ Em Portugal é criticado (SANTOS, 2001, p. 102).

3 CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO E A CONSTRUÇÃO DE UM DIREITO PENAL ECONÔMICO

No presente capítulo, analisam-se a perspectiva criminológica da criminalidade econômica e as suas relações com o direito penal econômico. Para isso, serão abordadas a teoria das associações diferenciais, a teoria do crime do colarinho branco (desenvolvidas por Sutherland), as críticas doutrinárias dirigidas a esta última, bem como as relações com o administrador de cooperativa de crédito. Após, será estudada a interligação entre a criminalidade econômica e o direito penal econômico.

3.1 Perspectiva criminológica: a teoria das associações diferenciais e a teoria do crime de colarinho branco de Sutherland

A teoria das associações diferenciais e a teoria do “crime do colarinho branco” foram desenvolvidas no contexto criminológico da Escola de Chicago⁵⁵, que objetivava demonstrar a falsidade das premissas teóricas da Escola Positiva⁵⁶. Segundo Sutherland⁵⁷, a metodologia da Escola Positiva Italiana não

⁵⁵ O empirismo é característica da Escola de Chicago, que concentra investigações nos problemas sociais. Para Garcia Pablos de Molina, “as teorias da criminalidade inclinaram-se progressivamente para a Sociologia, independentemente de suas distintas premissas filosóficas e metodológicas (de fato, concorrem no seio da Sociologia interacionista, etc.). [...]. Boa parte do êxito dos modelos sociológicos baseia-se na utilidade prática da informação que subministram para os efeitos político-criminais. [...]. Essas teorias partem da premissa de que o crime é um fenômeno social muito seletivo, estreitamente unido a certos processos, estruturas e conflitos sociais e tratam de isolar suas variáveis” (MOLINA, , 2000, p. 267-268).

⁵⁶ Conforme Molina (2000, p. 141) “a denominada criminologia “positivista” é legitimadora da ordem social constituída, porque não questiona seus fundamentos axiológicos, as definições oficiais ou o próprio funcionamento do sistema, pelo contrário, assume-o como um dogma, acriticamente, refugiando-se na suposta neutralidade do empirismo das cifras e das estatísticas. Para ela, nem o delito nem a reação social são problemáticos porque se parte da bondade suprema da ordem social e do efeito terapêutico e construtor da pena. Assim, a bagagem empírica criminológica reforça, legitima, revitaliza as definições legais e os dogmas do sistema, conferindo-lhe um fundamento mais sólido e racional. A criminologia positivista opera, em consequência, como fator de legitimação e consolidação do *status quo*”.

⁵⁷ Para Anitua, “Sutherland deu início à ideia das associações diferenciais como explicação do delito, com o que provocou uma grande ruptura no ambiente propriamente criminológico da época, que tinha perspectivas predominantemente psicobiológicas e multicausais e carecia de uma verdadeira “teoria” que não dependesse do direito sobre o que era o *delito*” (ANITUA, 2008, p. 488-489).

era idônea, pois ancorava suas pesquisas nas condições sociais, nas estatísticas sobre o delito (SUTHERLAND; CRESSEY, 1949, p. 59) e na observação dos indivíduos encarcerados⁵⁸, produzindo conclusões tendenciosas e preconceituosas sobre o fenômeno criminal. O crime era considerado uma doença e o criminoso era tratado como um doente (SUTHERLAND; CRESSEY, 1949, p. 7).

Com a nova abordagem da Escola de Chicago⁵⁹, revisaram-se profundamente tais premissas, promovendo-se a substituição do médico-jurista pelo sociólogo-jurista. O crime perdia seus matizes bioantropológicos para ser um fenômeno comum a toda estrutura social: o crime-doença cedeu espaço ao crime-desvio. Para Castilho:

Quando a investigação criminológica se desloca do criminoso e do seu meio para aquelas pessoas ou instituições que definem o criminoso, o objeto fundamental de análise são os mecanismos e o funcionamento do controle social, ou seja, os processos de criminalização primária e secundária, que se constituem em processos sucessivos de definição e seleção. São processos de dupla face. Se de um lado constroem a criminalidade, por outro desenham o mapa da impunidade. Ao mesmo tempo em que alguns são criminalizados, outros são imunizados. Alguns são incluídos, outros são excluídos (CASTILHO, 1998, p. 48).

A complexidade do fenômeno criminal é atribuída à expansão desgovernada da cidade, que teria incentivado a organização da sociedade em torno de valores eminentemente individuais e em detrimento de objetivos coletivos destinados à promoção do bem-estar⁶⁰. Além disso, justificou a busca pessoal

⁵⁸ Consoante o autor, as doenças sociais e pessoais “não são uma explicação adequada da conduta delitiva. As teorias gerais da conduta delitiva que tomam seus dados da pobreza e das condições relacionadas com ela são inadequadas e inválidas: primeiro, porque as teorias não concordam solidamente com os dados da conduta delitiva; segundo porque os casos em que se baseiam estas teorias são uma mostra tendenciosa de todos os atos delitivos” (SUTHERLAND, 1999, p. 62).

⁵⁹ “A Escola de Chicago é o berço da moderna sociologia americana. [...]. Caracterizou-se por seu empirismo e por sua finalidade pragmática, isto é, pelo emprego da observação direta em todas as investigações (da observação dos fatos são induzidas oportunas teses) e pela finalidade prática a que se orientavam: um diagnóstico confiável sobre os urgentes problemas sociais da realidade norte-americana de seu tempo. [...]” (MOLINA, 2000, p. 271-272).

⁶⁰ Para o autor, “as revoluções industrial e democrática suscitaram processos sociais que produziram a criminalidade geral de três maneiras: a) aumentou grandemente a necessidade de controle porque a área de interação social se ampliou imensamente, passando da comunidade local para a terra inteira; as pessoas se levantaram contra as reações movidas pela pressão da competição; a riqueza tornou-se características de todas as classes sociais, as necessidades básicas e a segurança geral foram negligenciadas ou delas se cuidou por caridade e uma ideologia de competição de direitos individuais e serviços individuais, mais do que os deveres e o bem social, foi um excelente *background* para o criminoso; b) os antigos agentes de controle na comunidade local e o controle institucional, como na autoridade da Igreja, foram eliminados ou

pela riqueza e o sucesso econômico por quaisquer maneiras (lícitas ou não). A partir desse viés, para Sutherland o comportamento humano ilícito é idêntico ao lícito: ambos são gerais e uniformes.

Segundo o autor, é possível desenvolver uma teoria geral do comportamento criminoso porque a explicação de cada ato individual é impossível⁶¹. Apesar de referida teoria geral ser desdobrada em sete premissas, há conexão temática em todas elas:

[1] Os processos que resultam no comportamento criminoso são fundamentalmente os mesmos, na forma, que os processos que resultam o comportamento legal sistemático.

[4] A probabilidade de participar uma pessoa do comportamento criminoso sistemático determina-se, grosso modo, pela frequência e consistência de seus contatos com os padrões de comportamento criminoso.

[5] As diferenças individuais entre as pessoas, com relação aos característicos pessoais ou situações sociais, causam o crime somente quando afetam a associação diferencial ou a frequência e a consistência dos contatos com padrões criminosos (SUTHERLAND, 1949, p. 12-15).

A ruptura ao paradigma bioantropológico da criminologia positivista é evidente. Como o comportamento criminoso não está relacionado aos processos genéticos de qualquer natureza, a diferença subsiste quanto ao conteúdo. Há expectativa de que o indivíduo seja respeitador da lei porque os padrões de comportamentos lícitos são predominantes em relação aos ilícitos. Como o comportamento real recebe influência de diversos valores, não há determinismo

grandemente enfraquecidos; c) a lei como agente de controle na área mais ampla foi mantida relativamente fraca e restringida pelo grupo de negócios dominante, devido, de início, ao princípio de que quanto menos governo houver, melhor será, e depois ao suborno direto e indireto visando à obtenção de privilégios especiais, não se desenvolvendo uma opinião pública consistente e importante. À vista dessas condições, era de esperar-se a criminalidade universal". Ele complementa que "o ponto de partida desse processo de desorganização foi a colonização da América, a qual lançou o Velho Mundo fora do equilíbrio econômico. [...] a Revolução Industrial e as revoluções democráticas introduziram um sistema de capitalismo, competição e democracia. [...] As restrições tradicionais sobre a atividade econômica eram fastidiosas quando o comércio começou a desenvolver-se e a revolta contra essas restrições resultou num sistema de competição relativamente livre, acompanhado de uma ideologia individualista segundo a qual se atinge o bem social quando todas as pessoas trabalham tendo em vista somente os seus próprios interesses egoísticos" (SUTHERLAND; CRESSEY, 1949, p. 87-91).

⁶¹ Para Molina (2000, p. 305-306), as teorias do processo social "constituem um grupo de teorias psicossociológicas para as quais o crime é uma função das interações psicossociais do indivíduo e dos diversos processos da sociedade. [...] As teorias da aprendizagem social ou *social learning* [as quais incluem a teoria da associação diferencial] sustentam que o comportamento delituoso se aprende do mesmo modo que o indivíduo aprende também outras condutas e atividades lícitas, em sua interação com pessoas e grupos e mediante um complexo processo de comunicação. O indivíduo aprende assim não só a conduta delitiva, senão também os próprios valores criminais, as técnicas comissivas e os mecanismos subjetivos de racionalização (justificação ou autojustificação) do comportamento desviado".

(o que ocorreria em condições ideais). O estigma criminal é relevante para a adoção de valores desviantes. Ainda que existam favorecimentos a certos estímulos⁶², a receptividade específica para um padrão criminoso é determinada pela frequência e consistência de contatos anteriores (SUTHERLAND; CRESSEY, 1949, p. 15, 90-91).

[2] O comportamento criminoso sistemático é determinado num processo de associação com aqueles que cometem crimes, exatamente como o comportamento legal sistemático é determinado num processo de associação com aqueles que são respeitadores da lei.

[3] A associação diferencial é o processo causal específico no desenvolvimento do comportamento criminoso sistemático (SUTHERLAND; CRESSEY, 1949, p. 13,90-91).

Tais premissas representam a gênese da teoria das associações diferenciais. A cultura do local-ambiente é relevante na medida em que é assimilada e incorporada “ao” e “pelo” agente. A influência da personalidade no comportamento desviante perde importância: deixa de ser fundamento para se limitar ao elemento inventividade. É um desdobramento que é o alicerce de graves críticas doutrinárias às teorias do sociólogo. A principal delas associa seus contributos ao “direito penal de autor”. Considerando o limitado papel social dos meios de comunicação no início do século XX, para Sutherland exerceriam pouca influência (SUTHERLAND; CRESSEY, 1949, p. 13,90-91).

[6] O conflito cultural é a causa fundamental da associação diferencial e, portanto, do comportamento criminoso sistemático.

[7] A desorganização social é a causa básica do comportamento criminoso sistemático (SUTHERLAND; CRESSEY, 1949, p. 16,90-91).

A existência de muitos grupos com culturas variadas na sociedade favorece a associação diferencial: as culturas baseadas em padrões criminosos e as fundadas em padrões legais coexistem. A desorganização social surge dessa interação e é composta de dois aspectos: pelos interesses em torno dos quais a sociedade se organiza e pelos conflitos. A sociedade é corresponsável pelo processo de desorganização social, pois não se organiza em favor das condições

⁶² O que permite afirmar não ser Sutherland, de fato, um partidário específico da teoria das subculturas criminosas. Ele menciona, por exemplo, que o fato de residir em locais com altas taxas de delinquência não seria por si causa do comportamento, pois os pais podem impedir que o filho tenha contato com criminosos.

e situações que podem promover o bem-estar social⁶³. Para Sutherland:

(...) o comportamento criminoso deve-se imediatamente à associação diferencial numa situação em que existem conflitos culturais, e, em última análise, à desorganização nessa situação. Um crime específico ou incidental de determinada pessoa deve-se geralmente ao mesmo processo, mas não é possível incluir aí todos os casos, dado o caráter acidental da delinquência quando encarada na forma de atos específicos ou incidentais (SUTHERLAND; CRESSEY, 1949, p. 18,90-91).

As reflexões dessas premissas levaram à teoria do crime de colarinho branco (SUTHERLAND; CRESSEY, 1949, p. 16,90-91).

A expressão “crime do colarinho branco” (“*white-collar crime*”) foi proferida por Sutherland, em 1939, em discurso quando presidia a Sociedade Americana de Sociologia⁶⁴, e aparece como uma conveniência doutrinária para se referir a alguns crimes praticados pelas classes socioeconômicas mais altas, embora não intentasse ser definitivo⁶⁵. Em contraposição à expressão “*blue collar crime*”, designa que as pessoas das classes mais altas são levadas a praticar crimes pela existência de elementos favoráveis à realização da conduta qualificada como criminosa em todos os processos de interação social.

Para Saldanha, “tornou-se óbvio, sobretudo depois da teoria social do século XIX, que o direito se encaixa, como ordem sistemática, num regime de classes” (SALDANHA, 1999, p. 81):

⁶³ Igual conclusão pode ser encontrada em Santos (2001, p. 44): “[...] a teoria da associação diferencial assenta, pois, na consideração de que quer a motivação da prática do crime quer o conhecimento dos procedimentos para o cometer são apreendidos através de processos de comunicação no interior de grupos. Ou seja, quando os valores dominantes no seio do grupo forem propícios ao cometimento da infração, o indivíduo violará a lei, precisamente porque os estímulos favoráveis a tal comportamento excedem os desfavoráveis.”

⁶⁴ Ferro afirma que o ensaio do autor sobre o crime de colarinho branco, no universo da Criminologia, publicado em 1949, foi a sensação editorial daquela década (FERRO, 2008).

⁶⁵ Para Sutherland (1999, p. 65), “estas violações da lei por parte de pessoas da classe social alta são, por conveniência, chamadas delitos de ‘colarinho branco’. Este conceito não intenta ser definitivo, senão somente chamar a atenção sobre os delitos que não se incluem ordinariamente dentro do campo da criminologia”. Quanto à proposta de teoria integradora, o autor ressalta que, “*primeiro*, devem ser consideradas as outras teorias criminológicas; *segundo*, a execução de um crime requer o desejo dos resultados a serem obtidos pelo crime, carência ou fraqueza de inibições internas e de inibições externas e capacidade técnica para executar o crime; *terceiro*, a delinquência é acidental quando considerada como ato específico de uma pessoa específica” (grifos originais). Para detalhes: cf. Sutherland e Cressey (1949, p. 11,90-91).

A existência, em todos os tipos de sociedades evoluídas, de camadas sociais foi reconhecida, e o problema da estratificação veio sendo reiteradamente estudado, quer pela ótica economicista quer pelo relativismo cultural; quer pelo dualismo marxista, quer pelo pluralismo típico dos pesquisadores norte-americanos, que dividiram as camadas dentro das áreas de pesquisa, já entendendo as classes como duas, já respeitando a tríade clássica (alta, média e baixa) e aceitando ou não a ideia das classes como necessidade inextirpável [...] (SALDANHA, 1999, p. 81).

A forma ou medida em que a dominação social vigente se reflete na ordem jurídica varia conforme a cultura, a época histórica e o tipo de sociedade (SALDANHA, 1999, p. 82). Os estudos sobre a criminalidade econômica e o direito penal não passam imunes à constatação de que há uma sociedade diferenciada e hierarquizada, mas também instabilizada e em perene movimento⁶⁶.

Os estudos empíricos de Sutherland identificaram que os valores ilegítimos (que infringem as normas) não são assim valorados pelas classes mais altas, imunes à incidência penal. As condutas ilícitas são consideradas “regras do mercado” ou “jogos do mercado”⁶⁷. O sociólogo assevera que:

[...] as explicações convencionais da conduta delitiva são inválidas porque estão baseadas em estatísticas viciadas: [...]

a) as pessoas das classes socioeconômicas altas são mais poderosas política e financeiramente e escapam da prisão e da condenação muito mais que as pessoas que carecem desse poder, ainda quando sejam culpáveis de delitos. As pessoas ricas podem contratar advogados hábeis e de outras formas influir na administração da justiça para seu próprio benefício, com mais efetividade que a pessoas de classe social mais baixa. Até os delinquentes profissionais, que têm poder financeiro e político, escapam da prisão e da condenação mais efetivamente do que os delinquentes ocasionais que têm poder político ou financeiro.

b) muito mais importante é a parcialidade na administração da justiça penal nas leis que se aplicam exclusivamente aos negócios e as profissionais e que, portanto, compreendem somente a classe econômica mais alta (SUTHERLAND, 1999, p. 64).

O crime do colarinho branco, para Sutherland⁶⁸, pode surgir em razão da ausência (anomia) ou de conflito de padrões de comportamento (zonas específicas de valores) (SUTHERLAND, 1999, p. 277).

A palavra anomia foi usada pela primeira vez por Durkeim (SALDANHA,

⁶⁶ A conceituação de sociedade como estrutura decorre de estudos de Nelson Saldanha. Conferir: Saldanha (1999, p. 67).

⁶⁷ No mesmo sentido, Santos (2001, p. 48).

⁶⁸ Para o autor excluem-se os delitos não relacionados às suas ocupações funcionais. (SUTHERLAND, 1999, p. 65).

1999, p. 199). De certa forma, “todos deveriam estar empenhados em manter um comportamento em harmonia com as normas de conduta social, de sorte a não existir desvio. Mas não é o que ocorre” (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 200). Para Durkeim, a perda de visão da obra comum e do seu sentido gera o enfraquecimento do sentimento de solidariedade grupal; o indivíduo se isola dentro do grupo, junta-se a outros indivíduos de sua especialidade, formando grupos menores, às vezes até com interesses antagônicos aos interesses do grupo (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 202). Já para Robert Merton, o desvio individual (ou em grupo) decorre do desequilíbrio entre meios e metas. O indivíduo, no empenho de alcançar as metas que lhes foram sugeridas e não dispondo de meios para tanto, buscaria outros meios, mesmo que contrários aos interesses sociais (CAVALIERI FILHO, 1998, p. 204).

O conceito de crime do colarinho branco possui duas características: a caracterização do agente e o tipo de crime cometido⁶⁹⁻⁷⁰.

O delinquente de colarinho branco, para Sutherland, é um indivíduo com elevado *status* socioeconômico, que viola as leis destinadas a regular suas atividades profissionais (SUTHERLAND, 1999, p. 330) e que conta com blindagem penal em razão de como a lei é aplicada (SUTHERLAND, 1999, p. 337). Para Santos:

[...] da circunstância de o criminoso de colarinho branco ser, muitas vezes, uma pessoa instruída e astuciosa colocada numa posição de confiança deriva uma maior facilidade no cometimento do crime – sem ter necessidade de recorrer aos dramáticos métodos do delinquente comum; àquele é suficiente abusar da posição privilegiada em que se encontra. O que, mais uma vez, torna dificilmente apreensível a prática da infração (SANTOS, 2001, p. 102-103).

O frágil controle da conduta empresarial pelo corpo social é favorecido porque a conduta é complexa, técnica e não é observável por cidadãos inexperientes, bem como pelo fato de que as práticas comerciais são bastante mutáveis (SUTHERLAND, 1999, p. 295). Atualmente, algumas delas sequer são

⁶⁹ No mesmo sentido, Santos (2001, p. 45): “Sutherland propõe uma definição de *white-collar crime* de entorno claramente subjectivo, centrando a sua atenção nas características do agente”.

⁷⁰ Pérez Del Valle também associa a criminalidade dos poderosos aos fatos puníveis cometidos por pessoas com posições especiais e em uma situação de poder fundada nessas posições para o fortalecimento ou defesa desse poder. Segundo ele, os paradigmas são diversos: enquanto ele parte do paradigma de um direito penal do fato, Sutherland partiria do direito penal do autor. (PÉREZ DEL VALLE, 2004, p. 36).

reconhecidas como padrões, tornando mais fugidia a ideia de que a criminalidade dos blindados é nociva para a sociedade. Sendo assim, é difícil identificar quais *standards* de conduta podem dar suporte à norma. É mais um elemento para que a própria instituição opte por instituir referenciais de comportamentos superiores ao exigido pela legislação.

Os estudos de Sutherland, além de permitirem reflexões sobre os processos de criminalização (SUTHERLAND, 1999, p. 65), influenciaram análises posteriores sobre o crime como criação política (SUTHERLAND; CRESSEY, 1949, p. 9-91)⁷¹:

A criminalização primária é o ato e o efeito de sancionar uma lei penal material que incrimina ou permite a punição de certas pessoas. [...]. A criminalização secundária é a ação punitiva exercida sobre pessoas concretas que têm lugar quando as agências policiais detectam uma pessoa a que se atribui a realização de certo ato criminalizado primariamente, a investiga, em alguns casos a priva de sua liberdade ambulatorial, a submete à agência judicial [...] (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 7.).

Baratta (2004) identifica nos estudos Sutherland elementos da sociologia do conflito:

Esta concepção de Sutherland contém todos os elementos principais de uma criminologia do conflito. Parece oportuno destacar três de seus elementos:

a) a precedência lógica concedida ao processo de criminalização sobre o comportamento criminal; b) a referência ao processo de criminalização e do comportamento criminal à existência, aos interesses e à atividade de grupos sociais em conflito; c) o caráter político que assume todo o fenômeno criminal: criminalização, comportamento criminalizado e pena são todos aspectos de um conflito que se resolve por meio da instrumentalização do direito e do Estado, isto é, de um conflito em que o grupo mais forte logra definir comportamentos ilegais (contrários ao próprio interesse) de outro grupo, que se vê assim compelido a atuar contra a lei (BARATTA, 2004, p. 131-132)⁷².

⁷¹ Os autores afirmam que “a sociedade política define como crime certos atos considerados indesejáveis. Apesar dessa definição, algumas pessoas persistem no comportamento e assim cometem crimes; a sociedade política reage pelo castigo ou outro tratamento ou pela prevenção”. Ainda, segundo o autor, “considera-se a feição ou caráter político quase universalmente em nossos dias como elemento necessário do Direito Criminal” e o considera arbitrário, sem definição nítida.

⁷² De acordo com Baratta, os mesmos elementos já enunciados por Sutherland estão presentes em Vold, representante da sociologia do conflito.

Como a criminalização primária é um programa estatal, a disparidade entre a quantidade de delitos reais e os que são apenas comunicados às instituições oficiais de persecução penal geram a denominada cifra negra ou cifra oculta⁷³.

O estigma de criminoso não é atribuído a esses agentes porque não se empregam com eles os mesmos procedimentos oficiais destinados aos demais e principalmente porque eles não se definem como tal (SUTHERLAND, 1999, p. 68)⁷⁴. A criminalização continua se interessando por fatos grosseiros e por pessoas que causem menos problemas por sua incapacidade de acesso real ao poder político-econômico e/ou aos meios de comunicação de massa (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 7-8).

Quanto às condutas criminosas das classes mais poderosas, a imprecisão é tamanha que, além de mascarar a sua real nocividade⁷⁵, a incriminação não chega a atingir patamares mínimos de efetividade. Para Castilho, é perceptível que as estatísticas não registram os “crimes cometidos por pessoas de alto *status* socioeconômico – a menos que tenham sido excepcionalmente escandalosos – e, portanto, também não aparecem as formas delitivas que são características dessa classe social”⁷⁶. Resume a autora que a impunidade do crime de colarinho branco decorre do funcionamento estruturalmente seletivo do sistema penal, que, por sua vez, guarda relação funcional com a desigualdade socioeconômica. Suas causas referem-se às características da conduta, à atitude social e às dificuldades na criminalização primária e secundária (CASTILHO, 1998, p. 52-57). Ainda quando são “especialmente escandalosos”, os supostos sujeitos ativos figuram como bodes expiatórios, submetidos a penas concretas mais duras – tudo para reforçar a construção de uma figura arquetípica de eficácia do direito penal não

⁷³ Para se referir à criminalidade econômica, há uso também da expressão “cifra dourada”.

⁷⁴ De acordo com Brodt (2011, p. 97-137), “a história e a realidade do exercício do poder punitivo demonstram que este sempre se esforça por incidir sobre pessoas selecionadas em atenção a certos estereótipos historicamente condicionados, conforme sua natureza essencialmente discriminatória”.

⁷⁵ Segundo Sutherland (1999, p. 68), “o custo financeiro do delito de colarinho branco é provavelmente várias vezes superior ao custo financeiro de todos os delitos que se costuma considerar como o problema delitivo”. Para ele, “as descrições anteriores dos delitos das corporações têm mostrado que estas cometem delitos contra uma ou mais das seguintes classes de vítimas: consumidores, concorrentes, acionistas e outros investidores, inventores e empregados, assim como contra o Estado na forma de fraudes e corrupção (suborno) de agentes públicos. Estes delitos não são violações discretas nem despercebidas de regulamentos técnicos. São atos deliberados e têm uma relativa unidade constituída” (SUTHERLAND, 1999, p. 261).

⁷⁶ Para Castilho (1998, p. 50-56), correspondem às “cifras douradas, expressão que segundo Cervini teria sido cunhada por Versele para designar a cifra oculta dos crimes praticados pelos agentes que têm o poder político e o exercem impunemente em benefício próprio ou de uma minoria, bem como os agentes que dispõem de poder econômico”.

excludente. Não se trata de fenômeno exclusivo da América Latina:

Um problema geral que se tem manifestado até agora como uma constante à repressão da “criminalidade no crédito” da Alemanha concerne à dimensão **funcional** do controle penal. É este um setor caracterizado por uma drástica **seleção** e, conseqüentemente, por elevados **cifras negras**. A propósito, a doutrina concorda em individuar o fator principal de tal seleção na esporádica transmissão das relativas *notitiae criminis* à autoridade judiciária (DOLCINI, 1992, p.64, grifos originais)⁷⁷.

As críticas à teoria do crime do colarinho branco são agrupadas em dois grupos: as propostas de reconstrução conceitual e propostas de dispensabilidade do conceito.

3.2 Críticas à teoria do crime de colarinho branco de Sutherland

Para Cláudia Maria Cruz Santos, a teoria do crime do colarinho branco de Sutherland continua prisioneira de seu ambiente e desconsidera as opções individuais por um modelo determinado de conduta:

[...] há que reconhecer que a rejeição da tese da anormalidade do delinquente estava já implícita em outras construções que marcaram a criminologia do princípio do século. [...]. Ao considerar que o delinquente, apesar de não ser compelido a violar a lei por força das suas características biológicas ou psicológicas, o faz por ter aprendido as valorações que são favoráveis ao delito e as técnicas necessárias à infração, é ainda, essencialmente, de um homem prisioneiro do seu ambiente que se fala. Desvalorizam-se, assim, as escolhas individuais de modelos de comportamento e as opções racionais feitas por cada um (SANTOS, 2001, p. 192).

A crítica, embora procedente, não pode ser acolhida em sua integralidade. Isso porque no Estado real as oportunidades não iguais para todos. Não há acesso igualitário e efetivo ao poder político-econômico. Sendo assim, não parece adequado considerar que há escolha completamente livre por um padrão desvalorado, pois o crime (criação política) é utilizado como forma de dominação

⁷⁷ O autor registra que na Itália “as figuras específicas de crime previstas pela legislação bancária compõem um quadro pobre, escassamente orgânico e, às vezes, contraditório sob o perfil político criminal”; relativamente à França, afirma que “considerado em conjunto, o Direito Penal bancário francês parece caracterizar-se, antes de mais nada, por uma insuficiente coordenação sistemática e por uma discutível técnica de descrição dos tipos. [...] parece orientado para notáveis standards de severidade [...]. Trata-se, porém de uma severidade de fachada” (DOLCINI, 1992, p.20-25).

e seleção de pessoas. Como o Estado de Direito é um gigantesco projeto político, juridicizado, de contenção de poder e de proclamação da igualdade dos homens (MELLO, 2012, p. 49-51)⁷⁸, um comportamento criminoso nem sempre está adstrito unicamente ao crivo de uma escolha puramente pautada na racionalidade. O crime nem “sempre corresponde a padrões racionais e utilitários: existem crimes absurdos, ocasionais, espontâneos, impulsivos, alheios por completo a qualquer mecanismo de aprendizagem” (MOLINA, 2000, p. 311).

Para Edelhertz (1970⁷⁹ *apud* SANTOS, 2001, p. 61-62), a teoria de Sutherland é restritiva. O crime de colarinho branco é “um ato ilegal ou uma série de atos ilegais praticados por meios não físicos e com dissimulação ou engano, para obter dinheiro ou bens, para evitar o pagamento ou perda de dinheiro ou bens ou para obter vantagens negociais ou pessoais”.

Pode-se atribuir a Edelhertz a crítica inversa. A amplitude do conceito é tamanha que conduz à sua dispensabilidade prática e teórica: contempla a inclusão de condutas que não configuram ilícitos penais. Não há compromisso com a teoria do bem jurídico e com as funções que ela exerce, em especial a de delimitar a incriminação, a de limitar a atividade punitiva e a de proteger minimamente a pessoa contra a irracionalidade da atividade punitiva.

Susan Shapiro (1990⁸⁰ *apud* SANTOS, 2001) pretende libertar a compreensão da criminalidade de colarinho branco de várias ideias a ela geralmente associadas. De acordo com Santos:

Um conceito que logrou alguma unanimidade – merecendo-nos, pois, uma especial atenção, até por força de sua actualidade – radica na consideração de que o crime de colarinho branco se traduz sempre numa violação de confiança (SHAPIRO, 1990 *apud* SANTOS, 2001, p. 61-62).

Os crimes de colarinho branco que compõem o substrato empírico de Sutherland não são todos baseados em violação de fidúcia, atributo que é inerente a algumas atividades.

⁷⁸ Para o autor, a história política da humanidade é a história da luta dos membros da coletividade contra os detentores do poder até o instante em que se percebeu que os homens eram também esmagados, sacrificados, espoliados pelos detentores de poder econômico.

⁷⁹ EDELHERTZ, Herbet. *The nature, impact e prosecution of white-collar crime*, ICR, 1970.

⁸⁰ SHAPIRO, Susan. Collaring the criminal, not the criminal. *American Sociological Review*, vol. 55, 1990. Consoante Santos, Shapiro atribui certa ironia às contribuições de Sutherland por acreditar que o conceito tenha se tornado refém de sua própria estrutura (SHAPIRO, 1990).

É inconsistente considerar como nota diferencial uma característica que é intrínseca (imaneente) ao fenômeno. Trata-se de argumento que simplifica uma manifestação social bastante complexa. O afastamento da base teórica de Sutherland, ademais, não conduz, por si, à reconstrução do conceito.

Klaus Tiedemann⁸¹ (*apud* SANTOS, 2001, p. 63) entende que a principal característica do crime econômico deve “procurar-se menos na personalidade do delinquente e na sua pertença às classes socioeconômicas superiores do que na específica forma da sua actuação e no objecto dos seus actos”. Para ele, embora o conceito possa conduzir ao direito penal do autor, há correspondência jurídico-dogmática na medida em que se considera um grupo específico de sujeito ativo (TIEDEMANN, 2009, p. 72). O alemão acolhe a teoria do crime do branco de Sutherland para definir o conceito de direito penal econômico a partir de uma perspectiva criminológica (TIEDEMANN, 2009, p. 72).

Considerando que os discursos penal e criminológico se relacionam, é adequado que a dogmática se aproveite de pesquisas de natureza deste último. A crítica deve ser avaliada com certa atenuação, pois é possível criminalizar condutas a partir do sujeito ativo.

Cláudia Maria Cruz Santos conclui que o mérito de Sutherland está na teoria em si, mas nos efeitos desencadeados:

Esses argumentos, associados à já considerada fragilidade das teorias da associação diferencial e da organização social diferencial, permitem-nos concluir que o mérito da obra de Sutherland não reside nas respostas que encontrou para os problemas criminológicos que o atormentavam, mas sim nas reflexões que desencadeou, nos estudos que posteriormente vieram a centrar-se em questões por si intuídas... (SANTOS, 2001, p. 193).

A relevância das reflexões desencadeadas em vários ramos do conhecimento é inegável. Mas, reduzi-la a isso parece desmedido, consoante os argumentos já expostos.

García Pablos de Molina resume que várias foram as objeções dirigidas contra a teoria de Sutherland: ambiguidade, déficit empírico e excessivos níveis de abstração. Segundo ele, o próprio Sutherland, no trabalho “*Critique of the Teory*”, em *The Sutherlands Papers*, reconheceu a necessidade de levar em

⁸¹ TIEDEMANN, Klaus. *Aspects criminologiques de la délinquance d'affaires. Études relatives à recherche criminologique*, volume XV, Conseil de l'Europe, 1977.

conta a incidência de fatores individuais na associação e demais complexos processos psicossociais (MOLINA, 2000, p. 307-311)⁸².

Apesar disso, as teorias de Sutherland podem “evitar uma desigualdade no tratamento criminal entre o criminoso comum e o de colarinho branco, buscando a sanção que melhor atenda aos seus fins, considerando a distinta característica do agente” (OLIVEIRA, 2009, p. 121). É com esse intento que se valida, na presente pesquisa, a teoria do crime do colarinho branco.

Para Cavalieri Filho (1998, p. 124), trata-se de categoria não convencional de crimes e criminosos. Ela se distingue da criminalidade convencional pelo fato de ser integrada por pessoas de alta classe e respeitabilidade, detentores de poder político ou econômico.

É importante mencionar que a intitulada “criminalidade de colarinho branco” difunde conteúdo semântico que está dissociado da carga axiológica de seus primórdios. Abrange apenas a criminalidade econômica. De gênero “criminalidade especial” passou a designar uma espécie desta. Nesse sentido, Pérez Del Valle (2004, p. 36-38) reconhece que a criminalidade dos poderosos compreende a soma de fatos puníveis que são realizados por pessoas com posições especiais de poder com vistas ao fortalecimento e/ou defesa deste⁸³.

⁸² Ainda segundo o autor: “em todo caso, parece desmedido o intento de enquadrar todo comportamento delitivo em um processo social normal de aprendizagem. Pois, sem dúvida, há experiências que não são aprendidas, assim como fatores ocultos e inconscientes que influem na conduta”. Inobstante, reconhece que “a teoria da associação diferencial traça um modelo teórico generalizador, capaz de explicar também a criminalidade das classes médias e privilegiadas. Contribuiu para fomentar cientificamente e dar sentidos a conceitos que, desde então, encontram na ideia genérica de aprendizagem uma referência obrigatória: os conceitos de reeducação, modificação de conduta, aprendizagem compensatória etc. Até mesmo as teorias subculturais encontraram um reforço valioso na concepção de Sutherland, que as complementa, incorporando, ademais, um significativo caráter diferencial: a ideia de que o crime não procede da desorganização social, senão da organização diferencial e da aprendizagem”.

⁸³ Para o autor: “a origem da criminalidade econômica em relação com a denominada “criminalidade de colarinho branco” é indiscutível. Não obstante, não se deve olvidar que o fundamento das investigações da “delinquência de colarinho branco” é a informação sobre os delitos cometidos por pessoas pertencentes a classes socioeconômicas altas em momento histórico determinado. Na contraposição entre “delinquência de colarinho branco” e “delinquência de colarinho azul” ocorria, sem dúvida, uma visão crítica da sociedade especialmente adequada para uma carga ideológica determinada. Com o transcurso do tempo se produziu uma desmistificação da teoria originária, posto que a criminalidade de colarinho branco se “democratizou”. Ainda quando é certo que a “delinquência de colarinho branco”, que resulta lucrativa desde um ponto de vista econômico, somente pode ser realizada por um setor limitado da população. Portanto, a ideia de criminalidade econômica, que na atualidade constitui o objeto político-criminal do Direito Penal Econômico, não é coincidente com a delinquência de colarinho branco” (PÉREZ DEL VALLE, 2004, p. 36-38).

3.3 Relações com o administrador de cooperativa de crédito

O criminoso de colarinho branco, segundo suas origens teóricas, pode ser identificado como pessoas detentoras de especiais condições de poder político-econômico e blindadas quanto aos processos de criminalização. Segundo Sutherland, o conceito refere-se às pessoas que violam normas relacionadas às suas atividades ocupacionais e que não recebem o estigma de criminoso, em razão de como a lei é aplicada a elas.

A aplicação da teoria de Sutherland aos administradores de cooperativas de crédito é relativizada em razão da constituição de tais sociedades (formação por livre vontade popular), pelos objetivos sociais perseguidos (geralmente destinados à reciclagem de recursos financeiros em zonas periféricas) e pelo princípio da autogestão.

Nem sempre os dois requisitos que caracterizam o agente de colarinho branco (nos termos cunhados por aquele sociólogo) estarão presentes.

O primeiro requisito – pessoas que não cumprem normas regulamentares da atividade que desempenham – geralmente será atendido no caso concreto – até porque as atividades exercidas no âmbito do sistema financeiro são amplamente normatizadas e, também, porque, segundo já mencionado, o sistema cooperativo é comprometido com fragilidades e instabilidades financeiras. É possível encontrar administradores legitimamente eleitos pelo quadro social que não detêm o poder político-econômico que caracteriza tais agentes (mas administradores com boa vontade e honestidade), mas sem habilitação técnica compatível com a complexidade do funcionamento do sistema financeiro (deficiência que tem sido combatida pelo Banco Central do Brasil).

A teoria da anomia, na perspectiva de Robert Merton, pode encontrar espaço para aplicação, na medida em que o alcance das metas sugeridas pode ser buscado por meios contrários aos interesses sociais. É fora de dúvida que o desequilíbrio entre meios e metas é uma das principais causas do comportamento desviante⁸⁴. O sistema de governança apresenta-se como uma ferramenta para dissipar esse ambiente, assim como o modelo de atribuições independentes, que

⁸⁴ Nesse sentido, Cavalieri Filho (1998, p. 201).

permite a eleição (pelo conselho de administração) de executivos que não integram o quadro social.

Em cooperativas de crédito cuja administração cabe a pessoas que ocupam cargos há muitos anos, a ausência de um ou outro requisito é mais nítida.

Relativamente ao processo de criminalização primária (no prisma abstrato) não há atenuação, porque ostentam a qualidade de administrador de instituição financeira, e este é o atributo que dá substrato a grande parte da legislação a que estão sujeitos. Já no plano concretamente considerado (processo de criminalização secundária), o caráter criminoso da conduta pode, por sua vez, ser afastado.

Isso posto, não se rejeita integralmente a relevância teórica dos contributos de Sutherland sobre a teoria do colarinho para, a partir de especificidades do cooperativismo de crédito, difundir propostas para a proteção do sistema financeiro⁸⁵ nem se alija o conceito da figura do administrador de cooperativa de crédito.

Como a teoria do crime do crime de colarinho branco está imbricada às discussões sobre criminalidade econômica e direito penal econômico, o assunto será abordado adiante.

3.4 A criminalidade econômica e o direito penal econômico

As discussões sobre o direito penal econômico acompanham a adoção de medidas de intervenção estatal na economia, bem como os estudos sobre a nocividade decorrente da violação de bens jurídicos que extrapolam o prisma individual, impulsionados pela teoria do crime do colarinho branco. Prefere-se adotar a locução criminalidade econômica com vistas a afastar qualquer fundamentação teórica voltada para tipos de autor.

De acordo com Arana⁸⁶ (*apud* OLIVEIRA, 2009, p. 98), o ordenamento jurídico dos séculos XVIII e XIX associa-se ao que alguns denominaram “direito penal clássico”, com orientação para garantir a liberdade do cidadão. A partir daí,

⁸⁵ Apesar disso, não se desprestigia a preocupação quanto à possível ineficiência do modelo de supervisão auxiliar, que, reduzido ao nível formal, pode significar reforçar blindagem penal.

⁸⁶ ARANA, Raúl Pariona. El derecho penal moderno: sobre la necesaria legitimidad de las intervenciones penales. *Revista Brasileira de Ciências Criminais*, São Paulo, n. 68.

surge um “direito penal moderno” que rompe as tradições até então existentes e passa a ter como paradigma a prevenção. Associam-se, respectivamente, as expressões “direito penal nuclear” e “direito penal secundário”. O direito penal econômico está inserido nesse último grupo.

Nascido como consequência da crise do sistema econômico liberal, o direito penal econômico e as questões que o acompanham transcendem os enlaces jurídico-dogmáticos (TIEDEMANN, 2009, p. 77): divisão de trabalho empresarial, delegação de responsabilidade, erro sobre complemento de normas penais em branco, causas de justificação e/ou de exclusão da culpabilidade (como, por exemplo, a adequação social no que o autor denomina “direito penal bancário”), causalidade em caso de decisões colegiadas, responsabilidade penal das pessoas jurídicas, interpretação de cláusulas gerais, interdisciplinaridade entre os ramos do direito, perigo abstrato, etc.

Não há consenso quanto ao conceito ou autonomia do direito penal econômico. Essa análise não pode ser olvidada, porque influencia diretamente a análise dogmática dos tipos penais da Lei nº 7.492, de 1986. Se se entende que há um direito penal econômico, isso significa que o quadro normativo, principiológico e dogmático do direito penal podem ser revisitados e, em certos casos, até abandonados.

Os conceitos e a autonomia do direito penal econômico serão adiante analisados.

3.4.1 O surgimento e os conceitos de direito penal econômico

Pinto afirma que “o Direito Penal Econômico surgiu, de forma embrionária, nos quadros das Corporações da Idade Média e, na época da Revolução Francesa, pela lei *Du Maximum*”, com vistas a punir aqueles que “perturbavam o bom andamento das relações econômicas vigentes” (PINTO, 2009, p. 30).

Para Carvalho, “surge o direito penal econômico – necessidade das sociedades industriais e consequência do intervencionismo estatal – para recobrir a ordem econômica com a sua proteção” (CARVALHO, 1992, p. 98).

Helena Cláudio Fragoso assevera que:

Corresponde o direito penal econômico ao direito econômico, que surge com a Primeira Guerra Mundial e com o fim da economia liberal, através da intervenção do Estado no processo econômico, que é fenômeno impressionante dos tempos modernos. {...}. Um direito penal econômico é, portanto, o que se refere a fatos que lesam ou expõem a perigo uma determinada ordem econômica. São claramente crimes econômicos [...] (FRAGOSO, 1982, p. 1).

No mesmo sentido, Tiedemann afirma que o direito penal econômico nasce relacionado a “aspectos supraindividuais de política/planejamento econômico-social de uma forma parecida com o que ocorre no direito econômico, vale dizer, do direito econômico administrativo” (TIEDEMANN, 2009, p. 77). Segundo o autor, “em âmbitos especialmente perigosos se prevê a necessidade de permissão estatal (jurídico-econômica) para transações econômicas, o que afeta, sobremaneira, as empresas de serviço financeiro” (TIEDEMANN, 2009, p. 62). Segundo o autor, os aspectos criminológicos relacionados à internacionalização da criminalidade econômica e a luta contra ela têm sido relegados, sendo necessária a adoção de medidas transnacionais de combate (TIEDEMANN, 2009, p. 48-49). No Brasil, Castilho tem o mesmo entendimento (CASTILHO, 1998, p. 110)⁸⁷.

Dolcini e Paliero, manifestando-se sobre o ordenamento alemão e em síntese histórica, afirmam que:

Numa primeira fase histórica (prolonga-se até a metade dos anos 70), o sistema alemão era caracterizado pela absoluta esporadicidade de tipos “específicos” voltados a prevenir os abusos diretamente conexos à gestão do crédito e/ou realizados através de instrumentos jurídico-econômicos do banco, em qualquer medida, controlados. [...]. Isto significa, praticamente, que, de modo particular, no setor de crédito os tipos penais ficavam no papel, os procedimentos penais eram esporádicos e a própria casuística jurisprudencial, difícil de encontrar. [...]. Na segunda fase histórica, [...], tomou-se consciência da insuficiência, em relação à criminalidade econômica e à criminalidade do crédito em particular, de um modelo global de tutela, assim considerado: “desequilibrado”, isto é, entre os dois polos opostos dos macrotipos genéricos contra o patrimônio, de um lado, e da constelação de [específicas sanções administrativas], de outro, sem o filtro intermediário de tipos penais específicos. Em uma recentíssima terceira fase histórico-legislativa [voltou para uma progressiva recuperação de tipos penais específicos] (DOLCINI, 1992, p. 60-64).

⁸⁷ A autora refere-se ao dissenso doutrinário quanto ao conceito normativo de criminalidade econômica, bem como à inexistência de investigações sérias sobre a criminalidade econômica no plano criminológico.

Para Tiedemann, o direito penal econômico constitui um extenso e complexo ramo do direito que goza de atualidade e interesse prático e doutrinário, sendo que a sua maior parte é acessória, dependente de regulamentações extrapenais (TIEDEMANN, 2009, p. 44). Seus componentes empíricos e valorativo-normativos são coconfigurados mediante normas sociais, jurisprudência e doutrina, o que torna a “maioria dos delitos e contravenções dependente do sistema, isto é, está condicionada por uma configuração do sistema econômico” (TIEDEMANN, 2009, p. 47-48)⁸⁸.

Para Aftalión (1955, p. 38), o direito penal econômico nasce permeado por deficiências técnicas, transgressões a princípios fundamentais de direito penal clássico, excessos e discricionariedades. Apesar de não negar que a atividade econômica requeira “uma atividade legiferante e regulamentar intensa em razão da instabilidade e fluidez das condições econômicas e da interdependência dos mercados” (AFTALIÓN, 1955, p. 69)⁸⁹, afirma que:

A aparição e o crescimento de uma legislação penal social-econômica respondeu à pressão das circunstâncias, que impuseram aos legisladores, com caráter de urgência, a emissão de normas sancionadoras com eficácia intimidatória bastante como para manter as pessoas dentro das causas previstas pelo sistema econômico. Órfão, em seu nascimento, do auspício e do auxílio da doutrina penal, não é de estranhar que o novo Direito Penal Social-econômico exibira notórias peculiaridades e anomalias, de difícil disposição dentro dos princípios de direito penal clássico, evidentemente sobrecarregado. [...] (AFTALIÓN, 1955, p. 69-70).

Denota-se que o conceito de direito penal econômico geralmente é elaborado a partir da supraindividualidade do bem jurídico envolvido, o que permite que o conceito de crime econômico constitua a própria definição desse ramo. Para Carvalho, os bens protegidos dizem respeito à atuação da

⁸⁸ O autor exemplifica que o “sistema de pagamento sem dinheiro efetivo”, mediante cheque, por exemplo, é hipótese de um instrumento econômico neutro que se aplicam de modo relativamente independente da configuração do sistema econômico. A primeira edição da obra citada ocorreu em 2006; o autor, entretanto, é pesquisador do tema pelo menos desde meados de 1970. Nesse sentido, entende-se que a explicação do autor quanto ao instrumento neutro ao sistema econômico é correto se não se olvida o contexto histórico. Discordam-se no âmbito fático atual que o pagamento em cheque e/ou utilização da Internet sejam elementos neutros.

⁸⁹ Para o autor: “a afirmação, por parte do Congresso, da dependência do Direito Penal socioeconômico com respeito ao Direito Penal comum não significou desconhecer os traços peculiares que são próprios daquele, suas particularidades, no dizer dos franceses. Daí que a Resolução número 1/b afirma que a aplicação dos princípios de Direito Penal Geral deve fazer-se “com uma adaptação constante aos traços característicos da matéria” (AFTALIÓN, 1955, p. 48). O autor refere-se ao VI Congresso Internacional de Direito Penal ocorrido em 1953, em Roma, no qual se debateu, como principal tema, o então denominado “Direito Penal Econômico”.

personalidade do cidadão como fenômeno social e relaciona-se à ordem de valores constitucionais (CARVALHO, 1992, p. 101). Segundo Righi, o bem jurídico, apreendido em sentido teleológico e em perspectiva ético-social, atribui materialidade ao conceito de crime econômico, sendo mais difícil determinar a esfera da ação quanto menos sólidas são a política econômica e a estabilidade política (RIGHI, 1980, p. 98) – cenário até então comum na América Latina.

Os conceitos de direito penal econômico podem ser agrupados em corrente restrita e em corrente extremada.

Para a corrente restrita, o conceito está adstrito à lesão ou ameaça de dano à ordem econômica, consistente na intervenção do Estado na economia. As raízes dessa vertente remontam a Eberhard Schmidt e à sua conhecida fórmula constante na Lei Penal Econômica de 1949 (Alemanha) (TIEDEMANN, 2009, p. 79). A essência da proposição acolhe como condição suficiente para a configuração do delito econômico a lesão a um interesse estatal na existência e preservação do ordenamento econômico (TIEDEMANN, 2009, p. 80).

Fabián Balcarce (2003, p. 27) ressalta que para essa corrente há um bem jurídico geral consistente na ordem econômica nacional.

Na doutrina nacional são partidários dessa corrente Pimentel e Fragoso.

Pimentel define o direito penal econômico como:

Conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhes são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes. No entanto, não é uniforme o pensamento dos autores (PIMENTEL, 1973, p. 10)⁹⁰.

Segundo o autor, o objeto do direito penal econômico não se confunde com a economia popular; trata de algo mais específico, abrangendo bens e interesses relacionados à política econômica do Estado (PIMENTEL, 1973, p. 19).

Para Fragoso, não entram no conceito de direito penal econômico nem os delitos das sociedades comerciais nem os da propriedade industrial nem os delitos fiscais ou aduaneiros (FRAGOSO, 1982, p. 1). O autor utiliza a locução “direito penal dos negócios” (oriunda do direito penal francês) e que aparece relacionada, em algum momento, com atividade comercial legítima e representa a

⁹⁰ O autor menciona que, para Miranda Gallino, o Direito Penal não tutela ou protege a realização do fenômeno econômico como fato em si, mas sim a integridade da ordem que se estima necessária para o cumprimento desse fato.

criminalidade do homem de negócios no exercício abusivo ou fraudulento de sua atividade comercial legítima (FRAGOSO, 1982, p. 2-3).

Na Argentina, foi partidário dessa corrente Enrique Aftalión, para quem as infrações das regulações econômicas, nascidas para lutar contra o egoísmo humano, para frear a especulação e o afã de lucro, constituem o objeto do direito penal econômico (AFTALIÓN, 1955, p. 38).

Pode-se observar que tais propostas sobre o conceito de direito penal econômico são diretamente influenciadas pela elaboração histórica e pelas críticas que envolvem o bem jurídico-penal. O delito econômico lastreia-se em livre interesse da vontade estatal e não ultrapassa a barreira da mera referência normativa. Com essas críticas, a corrente restrita foi aos poucos abandonada.

A corrente extremada entende que a confiança socialmente depositada no agente econômico pode resultar a ofensa a um bem individual e em decorrência à ordem econômica (OLIVEIRA, 2009, p. 92). O então fundamento passa a ser efeito de tais delitos.

Para Fabián Balcarce (2003), o direito penal econômico pode ser conceituado como:

El conjunto de normas en las cuales la sanción tiende a proteger los fines y políticas económicas del Estado en la sociedad, o, desde otro punto de vista, a la genérica política de protección de las condiciones de la vida económica, prestando especial atención a ciertos derechos supraindividuales y derechos individuales que hacen a la producción, circulación y consumo de bienes tradicionales y de última generación para asegurar en definitiva el objetivo de justicia social propio de su conformación contemporánea (BALCARCE, 2003, p. 27).

Na doutrina nacional, Carvalho é partidária dessa corrente. Para ela, o direito penal econômico é uma nova fase do direito penal, cujo intento é a proteção de bens jurídicos relevantes para o sistema econômico e que são resultantes do intervencionismo estatal na ordem econômica (CARVALHO, 1992, p. 102). A autora ressalta que a ideia que envolve o crime econômico é a grande criminalidade econômica que compõe o direito penal financeiro, tributário, ambiental, etc. Importa a magnitude dos interesses lesados como marca registrada do crime econômico (CARVALHO, 1992, p. 107).

Segundo Castilho, o anteprojeto da Parte Especial do Código Penal, apresentado em 1984, sufragou a concepção extremada (ampla) de direito penal econômico.

Na doutrina comparada, Bacigalupo, Tiedemann e Cervini aderem a essa vertente.

Para Bacigalupo (2004a, p. 9), o direito penal econômico inicialmente era o símbolo de uma situação crítica transitória (guerras e crises econômicas) e está em nova fase: não se aplica somente à economia, mas a todas as relações derivadas da atividade econômica e política.

De acordo com Tiedemann, o direito penal econômico destina-se a proteger bens jurídicos supraindividuais (sociais ou coletivos e os interesses da comunidade) (TIEDEMANN, 2009, p. 73). Segundo o autor, rebatem-se as críticas formuladas especialmente por Hassemer no sentido de que tais bens seriam construções etéreas ou nebulosas (TIEDEMANN, 2009, p. 74). Como partidário da concepção extremada, Tiedemann afirma que:

O crime econômico e o direito penal econômico caracterizam-se porque o fato não se dirige somente contra interesses individuais, senão contra interesses sociais e supraindividuais do acontecer econômico, é dizer, são lesionados bens jurídicos sociais e supraindividuais da vida econômica ou se abusa de instrumentos da vida econômica atual. Com isso, o bem de proteção está constituído, em primeiro lugar, não pelo interesse individual do indivíduo que atua na economia, senão pelo ordenamento econômico estatal em sua totalidade, o decurso da economia em sua organização; em resumo: pela economia do país com cada um de seus ramos (TIEDEMANN, 2007, p. 7).

Cervini (2009, p. 52-55) ressalta que o direito penal econômico consiste no conjunto de delitos compostos por comportamentos violadores dos mecanismos ordinários da economia que afetam a um interesse patrimonial individual e/ou colocam em perigo o equilíbrio econômico de uma coletividade determinada.

Em resumo, são delitos especiais caracterizados por uma relação especial existente entre o autor e o bem jurídico protegido e estão, na maioria dos casos, descritos expressamente na lei (TIEDEMANN, 2009, p.83). Pode-se inferir que os conceitos são demasiadamente amplos e não se vinculam a um conceito de bem jurídico-penal de forma satisfatória.

Segundo Pérez del Valle não há conceito, e sim “aproximação conceitual”, que ocorre a partir da caracterização de crime econômico. Ele entende que o

direito penal econômico (em sentido estrito) está dedicado ao estudo de crimes econômicos e das consequências jurídicas que as leis preveem para seus autores. Já delitos econômicos são comportamentos descritos nas leis que lesionam a confiança na ordem econômica vigente com caráter geral ou em alguma de suas instituições em particular e, portanto, colocam em perigo a própria existência e as formas de atividade dessa ordem econômica (PÉREZ DEL VALLE, 2004, p. 31-35)⁹¹.

Apesar do dissenso entre as correntes restrita e extremada, Pimentel ressalta um traço comum: finalidade de proteger bens e interesses relacionados com a economia (PIMENTEL, 1973, p. 19-25).

Essas correntes podem ser reconduzidas ao conceito dogmático, que parte da proteção de bens jurídicos supraindividuais e que permitiria conceituação satisfatória da maioria dos delitos econômicos, devendo ser complementada pela proteção de instrumentos econômicos utilizados abusivamente (TIEDEMANN, 2009, p. 69-76).

A doutrina também sugere o conceito processual e criminológico (TIEDEMANN, 2009, p. 70-75).

O conceito processual descreve os delitos econômicos como delitos patrimoniais puros com complexidades probatório-processuais e entende que o principal problema de direito penal econômico e da criminalidade econômica se solucionaria melhorando-se a justiça penal com a adoção de medidas relativas à pessoa, a recursos materiais e a questões de organização. É complementar ao conceito dogmático, segundo Tiedemann, estando relacionado ao abuso de certos instrumentos econômicos (TIEDEMANN, 2009, p. 75). O bem jurídico geralmente é restrito ao patrimônio, motivo pelo qual não logra êxito na proteção de bens que exorbitam esse âmbito. Ademais, as alegações de dificuldades probatórias não podem fundamentar ou justificar a incriminação.

O conceito criminológico parte de aspectos criminológicos que se baseiam tanto nas extensas repercussões do delito como no abuso de confiança institucional e, também, em particularidades do autor. Para o desenvolvimento desse conceito, os estudos de Sutherland, já abordados em linhas antecedentes,

⁹¹ Quanto à “aproximação”, advirta-se que esta pesquisa não considera a ordem econômica como bem jurídico-penal, senão seu instrumento (sistema financeiro nacional). No mesmo sentido é a proposta de Rodolfo Tigre Maria (2008).

foram bastante importantes. Também influenciam a elaboração conceitual as críticas dirigidas às teorias do sociólogo.

3.4.2 A autonomia do direito penal econômico

Considerando o processo de espiritualização do bem jurídico-penal, cujo conceito tem sido manipulado para atender aos interesses político-econômicos de um determinado momento no tempo e no espaço, a doutrina tem promovido as discussões voltadas para a existência ou não de um direito penal econômico autônomo científica e academicamente.

A pretendida autonomia passa pela necessidade de fixação de conceitos prévios para orientar os tipos penais de matéria econômica e pelas reflexões teóricas decorrentes. Há quem entenda, inclusive, ser necessária a fixação de parte geral da parte especial⁹². Concorda-se com Tiedemann, que critica o argumento, afirmando que “não existe primazia da parte geral sobre a parte especial; há configuração de tipos penais de maneira autônoma que devem ser interpretados a partir de si próprios e segundo seus objetivos; não devem ser construídos como figuras da parte geral” (TIEDEMANN, 2009, p. 127-128).

As discussões tornaram-se calorosas desde a década de 50 do século passado. Três vertentes ganham relevo especial: concepções que reconhecem autonomia em relação ao direito administrativo, concepções que propugnam pela independência quanto ao direito penal e concepções que negam a existência de ramo autônomo, reconduzindo os delitos econômicos ao âmbito do direito penal.

Quanto à primeira, a autonomia quanto ao direito administrativo, cabe frisar que surge inicialmente a partir de constatação de possíveis diferenças ontológicas ou qualitativas entre os ilícitos penal e administrativo. O verdadeiro direito penal administrativo abarca os atentados contra interesses próprios da administração. As raízes dessa concepção remontam ao século XIX, sendo James Goldschmidt, o seu principal defensor (1902). Em resumo, as diferenças entre o injusto criminal e o injusto administrativo não guardariam diferenças de essência, senão de grau.

⁹² Nesse sentido, Tiedemann (2009, p. 127).

Tal tese estava justificada sobre o terreno do Estado liberal (TIEDEMANN, 2007, p. 43).

O autor destaca que o direito penal administrativo deve se afastar do direito penal e aproximar-se do direito administrativo. Com isso, permite-se relativização do eixo científico e principiológico que rege o direito penal. O objeto jurídico do novo ramo são as disposições normativas a partir das quais a administração promove o bem-estar público e vincula uma pena em caso de não cumprimento.

O direito penal administrativo, segundo Tiedemann, alcançou uma forma totalitária na época do Estado de poder administrativo do nacional-socialismo, tendo ocorrido, após 1945, reformas com vistas a dismantelar esse amplo poder penal disciplinar da administração no setor econômico (TIEDEMANN, 207, p. 42-46).

Na Argentina, Enrique R. Aftalión foi estudioso do tema⁹³ e preleciona:

As peculiaridades que pode oferecer o direito penal administrativo não são essenciais: não tem alcance lógico e ontológico, senão somente dogmático-valorativo. Na há dúvida que, com estas reservas, fica sempre aberta a possibilidade de traçar novos quadros [...] dentro da experiência jurídica. Mas não há que olvidar que cada vez que a subdivisão se faz sobre a base de critérios e valorações contingentes, não é possível assinalar outro sentido que o de um dos tantos recursos técnicos de que lança mão a ciência jurídica para o trabalho sistemático, expositivo e didático. O direito penal administrativo é, assim, não um direito autônomo, senão essencialmente, um ramo do direito penal – direito penal especial – que segue mantendo estreita vinculação de dependência com sua fonte originária (ATALIÓN, 1955, p. 18).

⁹³ Terradillos Basoco afirma que: “com efeito, nenhum dos sistemas jurídico-positivos de que conhecemos renuncia à utilização de meios de planejamento, gestão, controle e sanção próprios de direito administrativo sancionador. Por isso, quando ademais – tal como é a regra geral em direito comparado – se criminalizam condutas gravemente atentatórias aos bens jurídicos [...] se suscitam inevitavelmente uma série de relações entre as ordens normativas que nem sempre são harmônicas. E não são harmônicas [...] porque refletem permanentemente a tensão entre dois princípios definidores do modelo de Estado Democrático de Direito: por um lado, tem vocação objetiva de ampliar as zonas de liberdade e não as de punição, e, por outro, não pode inibir-se ante a importância e frequência dos ataques aos bens jurídicos relevantes. Trata-se, de outro modo, de conseguir o máximo de eficácia protetora, mas respeitando suas últimas consequências o princípio da intervenção mínima. De acordo com isso, parece óbvio que somente possa se recorrer ao Direito Penal quando haja demonstrado a impotência do direito administrativo sancionador. Por isso mesmo, somente pode-se recorrer a este quando se tenham esgotado os meios de planejamento, incentivos e controle de que conta a administração. Em cumprimento de planejamento e incentivos, a administração atua inicialmente dirigindo os mecanismos próprios do sistema de mercado para objetivos protecionistas. Trata-se de aproveitar a importância estratégica de que para a solução de problemas sociais tem os atores individuais e coletivos da sociedade civil, uma vez aceito que os objetivos de justiça não podem alcançar-se somente através da lei, senão, antes de tudo, por meio da ação de cidadãos conscientes guiados por princípios” (TERRADILLOS BASOCO, 1996, p. 295).

Observa-se que o autor formula ácida crítica a James Goldschmidt e defende que o direito penal administrativo é espécie de direito penal (está a este subordinado).

Costuma-se referir que a hipertrofia do direito penal inicia-se nesse momento. Antonio Ripollés, citando o que Aftalión denominou como “inflação penal”, menciona que a expressão designa a intensa atividade legiferante em campo econômico (AFTALIÓN, 1955, p. 69-70). Também Tiedemann menciona a existência de um direito penal expandido, existente, por certo, em todos os ordenamentos jurídicos (TIEDEMANN, 2007, p. 48).

No Brasil, Pimentel reporta que a distinção ocorre em razão da delimitação dos objetos jurídicos. Partindo de conceito de Jiménez de Ásua, afirma que por direito penal administrativo entende-se o conjunto de disposições que associam uma pena ao não cumprimento de um concreto dever dos particulares com a administração. O objeto jurídico seria o interesse específico da administração pública relativamente ao cumprimento do dever dos particulares (PIMENTEL, 1973, p. 17).

O tratamento “exclusivamente administrativo” do assunto “parece tentador porque retira os delitos de natureza econômica do âmbito do direito penal, preservando-o como *ultima ratio*”, com ganhos para os direitos individuais” (OLIVEIRA, 2009, p. 125). Mas a questão não é tão simplista.

Consoante Celso Antonio Bandeira de Mello, o direito administrativo consagra os princípios da supremacia do interesse público sobre o privado e da indisponibilidade do interesse público como pedras angulares (“pedras de toque”), sendo comum pensar-se em interesse público como algo antagônico ou contraposto ao direito individual, quando o adequado é falar-se em “interesse do todo”. Segundo o autor, isso leva à errônea de acentuar-se um “falso antagonismo entre o interesse das partes e o interesse do todo, propiciando-se a errônea suposição de que se trata de um interesse *a se stante*, autônomo, desvinculado do interesse de cada uma das partes que compõe o todo” (MELLO, 2009, p. 55-59). “O interesse público, ou seja, o interesse do todo, é ‘função’ qualificada dos interesses das partes, um aspecto, uma forma específica de sua manifestação” (MELLO, 2009, p. 59). Há, também, em direito administrativo a necessidade de que um interesse coletivo convirja para o ser individualmente considerado (sofra o processo de redução individual), rechaçando-se a sua acolhida como algo

autônomo, dotado de consciência e valor próprios e estanques. Trata-se de concepção cujo pano de fundo é semelhante ao já defendido como nota característica dos bens jurídico-penais supraindividuais: a convergência primeva ao indivíduo.

Isso, por si só, denota ser simplória a premissa de que o direito penal é residual ao direito administrativo. Não se pode, de resto, relegar a questão livremente ao arbítrio político-legislativo. Há de se ressaltar que medidas sancionadoras de direito administrativo nem sempre se revestem de garantias condizentes com os objetivos de todos os envolvidos⁹⁴ e que por vezes o interesse primário (este sim interesse coletivo) é substituído pelo interesse secundário do Estado (interesse da pessoa jurídica enquanto tal). Frise-se que a jurisdição penal não pode ser uma instância superior a que apelar com o fim de controlar a atividade administrativa. Ademais, os aspectos formais podem levar às distorções de punibilidade – especialmente quanto a pessoa jurídica é interposta (HIRSCH, 2000, p. 73). Não se pode negar que a corrupção, como um fenômeno de dimensão político-estatal que se caracteriza pela desnaturalização do sistema institucional, provoca séria alteração do funcionamento do Estado na medida em que converte o exercício do poder público na sua forma de “comércio de decisões de política estatal” (BACIGALUPO, 2004, p. 11) e que está presente nas instituições. O interesse público cede espaço ao de quem maneja a máquina administrativa.

No grupo dos autores que defendem a autonomia do direito penal econômico, Tiedemann é o principal expoente. Para ele, o direito penal econômico ainda conta com dificuldades próprias, mas é independente quanto ao direito administrativo e ao direito penal:

Por Direito penal econômico se entendia na doutrina (completamente dominante) da Alemanha somente aquela parte estreita do direito penal que reforça com ameaças penais o direito administrativo econômico. É dizer, o direito da direção estatal e do controle da econômica. Depois que o direito penal econômico se converteu em um disciplina independente, separada do direito administrativo, o direito penal econômico na Alemanha começou a ser entendido em sentido mais amplo [...].

⁹⁴ Nesse sentido, Oliveira (2009, p. 126).

Desta maneira, o conceito e o âmbito do direito penal econômico tem alcançado uma extensão na Alemanha que corresponde, aproximadamente, ao conceito francês do *Droit penal des affaires* (incluindo o *Droit penal économique et financier*) e que toma em conta a transcendental importância do direito penal econômico para toda a vida econômica. Não obstante, com isso se produzem novas dificuldades na definição e na delimitação do direito penal econômico. Também surge o problema de se tratar, em tal medida, de uma disciplina científica independente dentro de toda a ciência penal (TIEDEMANN, 2007, p. 3).

Considerando questões envolvendo normas penais em branco, uso de cláusulas gerais e conceitos jurídicos indeterminados, problemas de autoria e participação, tipos de perigo abstrato e ampliação da punibilidade dos crimes imprudentes, Tiedemann afirma que “o direito penal econômico não poucas vezes se converte no precursor e motor de novos desenvolvimentos na dogmática penal e na legislação penal” (TIEDEMANN, 2009, p. 23-35).

O ponto comum entre os expoentes que pleiteiam a independência do direito penal econômico cinge-se a questões de ordem preventista, no sentido de que seria instrumento indispensável para combater a crescente e complexidade criminalidade econômica. Para tanto, a teoria do direito penal deve ser revisitada para fins de adaptá-la às exigências da modernidade. Não parece um argumento aceitável. Em linhas atrás, demonstrou-se que funções e interesses da administração não são bens jurídico-penais. Sendo assim, não há como aceitar que possam ser legitimamente pressupostos da incriminação.

Para Aftalión, o direito penal econômico não é autônomo:

No estado atual de sua evolução [década de 50 do século passado], o direito penal social-econômico tem, sem prejuízo de seu particularismo, para sua simplificação sistemática, e a enquadrar-se, no possível, dentro dos princípios de direito penal clássico. Enquanto a tese da autonomia do direito penal social-econômico conduz, na prática, à insegurança, a postura que propugna a sua vinculação ao direito penal o leva ao campo do previsível, do regulado, do racional (AFTALIÓN, 1955, p. 69-70).

O argentino Esteban Righi relembra que a rejeição inicial por um direito penal econômico é fundamentada na adoção de uma ideologia até então direcionada para um liberalismo irrestrito no qual o Estado assume o papel de mero observador (RIGHI, 1980, p. 94). É inegável que o Estado deve se despojar desse atributo, especialmente porque, como já arguido, o processo econômico é acomodado para atender à coletividade a partir do indivíduo. Esse autor acredita que não há autonomia, embora seja necessário demonstrar a existência de uma

problemática parcialmente diversa do direito penal em geral, que no caso dos delitos econômicos relaciona-se com o fato de que se trata da proteção de bens jurídicos coletivos e não individuais (RIGHI, 1980, p. 96). A partir de excursão histórica, afirma que quanto maior a ingerência do Estado na economia, maior é o número de normas penais destinadas a proteger essa intervenção (RIGHI, 1980, p. 93).

Para Pérez Del Valle, deve-se enquadrar adequadamente o direito penal econômico no marco do direito penal (PÉREZ DEL VALLE, 2004, p. 35).

Em Portugal, Dias⁹⁵ (*apud* OLIVEIRA, 2009, p. 99) também rejeita a autonomia do direito penal econômico, apesar de admitir especificidade quanto ao bem jurídico.

Na doutrina nacional, Pimentel repele a tese de que o direito penal econômico é ramo autônomo. E comenta:

Estamos convencidos, também, de que o direito penal econômico, sem embargo da especialidade de que se revestem as leis que o organizam, não é autônomo. Trata-se, simplesmente, de um ramo do direito penal comum e, como tal, sujeito aos mesmos princípios fundamentais deste. Não há como negar que se trata de um conjunto de leis especiais, necessariamente editadas sob a pressão de necessidades novas, objetivando a defesa dos bens e interesses ligados à política econômica do Estado. Mas, inegável é, igualmente, que tais leis de caráter penal não podem fugir às exigências que se *colocam* em volta de todos os preceitos penais. Não se trata, portanto, de um direito desligado dos compromissos dogmáticos próprios do direito penal comum, que toma emprestada apenas a sanção mais severa, que é a pena. Não é a natureza especial das normas, incorporadas em setor diverso do Código Penal, em leis extravagantes, que permite a afirmação de autonomia do direito penal econômico. Nem mesmo a alegação de que este direito necessita de maior agilidade, na defesa dos bens e interesses objetivados, poderia justificar a quebra dos princípios gerais do direito penal, aqueles mesmos já mencionados, como os da reserva legal e da responsabilidade subjetiva (PIMENTEL, 1973, p. 15-17).

No cenário internacional, Pimentel menciona que Jiménez de Asúa, Rafael Miranda Gallino, Aftalión, Juan Del Rosal e Paulo Salvador Frontini negam a autonomia ao direito penal comum (PIMENTEL, 1973, p. 12-14). Para o autor brasileiro:

⁹⁵ DIAS, Jorge de Figueiredo. Breves considerações sobre o fundamento, o sentido e a aplicação das penas em direito penal econômico. *In: CICLO de debates de direito penal econômico*. Coimbra: Centro de Estudos 1985.

O tratamento especial de cada um deles se justifica em razão das diferenças específicas existentes, todavia, não são mais do que partes especializadas do direito penal comum. É o que acontece, por exemplo, com o direito penal econômico que, defendendo bens e interesses relacionados com a política econômica do Estado, alcança também o patrimônio de indeterminado número de pessoas, protegendo-o contra fraudes, ardis e especulações ruinosas. Tal proteção, no entanto, é consequência, e não objetivo primordial, daquela que é dada ao objeto específico desse ramo do direito (PIMENTEL, 1973, p. 20).

Influenciado pelos estudos de cunho criminológico, Fragoso afirmava que havia uma consciência universal no sentido de que pessoas respeitáveis praticavam criminalidade grave contra o patrimônio e a ordem social, cujos danos eram incomparavelmente maiores do que os produzidos pela criminalidade convencional (FRAGOSO, 1982, p. 1). Ainda assim, entendia que fatos que lesam ou ameaçam o processo econômico não podiam ser alijados do direito penal.

Pinto entende que o direito penal econômico “é ramo não emancipado do direito penal, destinado a prevenir e reprimir as infrações penais que lhe são próprias por meio das sanções referentes” (PINTO, 2009, p. 38, grifos originais). O conceito desse autor, entretanto, não esclarece claramente de que infrações se trata ou, de outra maneira, qual seria o objeto do direito penal econômico (dada a vagueza semântica). Como não há sinalização sequer quanto à ideia de bem jurídico como objeto material, entende-se que a definição esboça unicamente a não adesão à autonomia daquele em face do direito penal nuclear.

Callegari defende também que não há autonomia (CALLEGARI, 2003, p. 21).

Com a opinião de que “a concepção de direito penal mudou e a consequência foi flexibilizar alguns dogmas tradicionais”, De Sanctis (2003, p. 15) afirma que, “com isso, o direito penal econômico [é] ramo do direito penal moderno”.

O direito penal econômico, conforme Carvalho (1992, p. 99), não é ramo autônomo do direito penal. Este precisa se transformar para “assumir sua nova roupagem de direito penal econômico, pois, insistindo em sua roupagem clássica, tende a desmoralizar-se cada vez mais”.

Apesar do profundo dissenso, entende-se que o direito penal econômico faz parte do direito penal; não há autonomia. Para definir que há ramo autônomo, é preciso que se reconheçam princípios e regras articuladas para a formação de um conjunto normativo que o peculiarize. O agrupamento de condutas tipificadas

como ilícitos penais econômicos não é suficiente para que o direito penal econômico seja considerado vertente especial do direito penal (como ocorre com o direito penal militar). Com razoabilidade, a classificação em torno do bem jurídico-penal envolvido para fins teórico-discursivos pode ser aceita.

Outro argumento invocado para recusar a autonomia do direito penal econômico é a imprescindibilidade de uma teoria do bem jurídico para o direito penal, cujo intento seja a limitação material da atividade punitiva. A rigor, outro entendimento promove a continuidade de sua hipertrofia e coaduna-se com o avanço do poder punitivo a partir de vagos mandados de criminalização de finalidades administrativas e propostas de flexibilidades de garantias individuais - uma expansão desmedida em nome da “boa e adequada consecução e imprescindibilidade dos instrumentos da ordem econômica”.

Já que valores e opções de política econômica influenciam diretamente o que tem sido reconduzido ao suposto direito de penal econômico e que estes variam conforme o país, não parece adequado acolher concepção unitária de direito penal econômico⁹⁶ (ainda que os efeitos de tais crimes sejam transnacionais).

Há experiências no direito comparado que acolhem um modelo intermediário. Alemanha e Portugal contam com ramos que não podem ser agrupados propriamente no direito penal ou no direito administrativo e que são mencionados como terceira via.

Oliveira afirma que em Portugal esse modelo intermediário surgiu como incremento da intervenção econômica do Estado e a consequente necessidade de dotá-lo de instrumentos adequados. Recebeu a denominação de “Direito de Ordenação Social” ou de “Mera Ordenação” ou, ainda, de “Contraordenações”. Já na Alemanha fala-se em “Direito de Intervenção Especial”, com garantias menos exigentes que em direito penal (OLIVEIRA, 2009, p. 127).

Dada a complexidade que envolve o assunto, acolhem-se propostas de conciliação entre o direito penal e os instrumentos de direito administrativo para, no Brasil, adotar não uma terceira via ou um ramo autônomo, mas para dar efetividade a instrumentos que já existem (como é o caso do sistema de governança, do modelo de supervisão auxiliar, etc.).

⁹⁶ Nesse sentido: Righi (1980, p. 108).

Não se olvide que o surgimento desse terceiro ramo emerge de um direito administrativo baseado em peculiaridades históricas. No sistema francês, que influenciou grande parte do continente europeu, havia (e há) um Conselho de Estado integrado ao Poder Executivo, responsável por dirimir contendas entre administração e administrados e dotado de poderes jurisdicionais. Trata-se da jurisdição administrativa. O afastamento do Poder Judiciário do exame dos atos administrativos (que nasce no contexto Revolução Francesa) parte da necessidade fática de proteção contra atos do Poder Judiciário (parlamento) conservador que invadia as competências alheias (MELLO, 2012, p. 38-43). Esse sistema jurisdicional, conhecido como jurisdicional misto, não é acolhido pela Constituição brasileira. Ao falar-se em terceira via, deve-se necessariamente levar em consideração essa limitação constitucional.

Bandeira de Mello, no que nomina de “servilismo intelectual”, com brilhantismo assevera que o “certo”, o “errado”, o “belo” ou o “feio”, o “progressista” ou o “retrógado”, o “útil” e o “inútil” muitas vezes não são pautas geradas “desde dentro”; são consideradas em vista do olhar dos países cênicos e, portanto, a partir de suas próprias realidades – que não são abastecidas por situações de dependência, mas sim de dominação ou supremacia, o que leva muitos a verdadeiros malabarismos para acomodar a importação teórica aos mandamentos constitucionais, descurando-se de gritantes inconstitucionalidades. Entende-se que a análise sobre a pertinência e acomodação de uma terceira via ou terceiro ramo no Brasil deva passar também por essa advertência.

Se se renuncia a isso, já não se pode falar de algum modo de um direito penal conforme o Estado de Direito, que preserve o indivíduo da repressão arbitrária do Estado. Quando se propõe que a mera infração de normas penais gerais de comportamento pode bastar como ponto de partida da responsabilidade penal e como pressuposto legítimo da incriminação, questiona-se de que maneira isso pode legitimar a aplicação de sanção estatal.

Concorda-se com Brodt, o qual afirma que o direito penal, no qual a “Constituição tem a natureza de pacto social e todos os poderes constituídos estão cingidos à garantia e ao respeito dos direitos fundamentais, tem obrigatoriamente de atender aos postulados do minimalismo” (BRODT, 2005, p. 41).

A questão do bem jurídico será adiante analisada.

4 A QUESTÃO DO BEM JURÍDICO-PENAL: O SISTEMA NACIONAL DE CRÉDITO COOPERATIVO COMO ELEMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO

A noção de bem jurídico surge com a ilustração.

Antes disso, confundiam-se delito e pecado: a conduta penalmente relevante apresentava-se como violação da vontade divina. O conceito de crime estava aprisionado ao ambiente político-ideológico que subordinava o direito aos ditames de cunho religioso e autoritário sustentados pela superstição, leis vagas e atroztes, bem como pela ideia preponderante de intimidação. Considerando a ilimitada atividade punitiva (crime viola a vontade do ditador) e o intento pela manutenção da configuração social posta, o sistema é conhecido pela desumanidade, crueldade e arbítrio. Imperava um direito imoderado de punir. O direito era um instrumento gerador de privilégios, que permitia aos juízes, dentro do mais desmedido arbítrio, julgar os homens de acordo com a sua condição social (BITENCOURT, 2008, p. 49).

Com isso, as relações sociais sofriam modificações a partir da vontade do soberano exteriorizada nas leis editadas unilateralmente.

Saldanha lembra que, com o advento dos tempos modernos, o saber jurídico passa pelo prisma individualista da Renascença e atravessa as formas absolutistas em que os juristas assessoravam reis e suas intenções. Ainda de acordo com o autor, “aos poucos, o individualismo filosófico e social se impõe nos grandes países e ao mesmo tempo o ‘Iluminismo’ põe em novo estilo os debates jurídicos, racionalizando-os” (SALDANHA, 1999, p. 61).

Com a conquista das liberdades clássicas na Era da Razão, o súdito é convertido em cidadão; há redimensionamento do ser humano, que, despido da qualidade de servo, passa a ser detentor de direito à liberdade e à propriedade (ainda que sem sentido formal). A limitação estatal dada pelo direito atinge também o poder soberano. Direitos fundamentais, separação dos poderes e estrutura do Estado são invocados como condições necessárias para garantir o funcionamento da sociedade e impedir a tirania do poder político. Para Saldanha, o “direito natural se entende como direito de cada qual e a ideia de igualdade

entra na problemática jurídica” (SALDANHA, 1999, p. 61).

Aníbal Bruno, referindo-se à Escola Clássica (Escola Criminal influenciada pelo Iluminismo), afirma que o resultado foi uma missão histórica compromissada com a humanidade e a justiça e direcionada para a restauração da dignidade do homem em face da tirania do poder político, da integração do direito penal em sua autonomia e na sua nobreza (BRUNO, 1978, p. 109)⁹⁷.

Feuerbach, como representante da Escola Clássica, definiu que o crime era uma violação a um direito subjetivo.

Com influência kantiana, o ser humano é apreendido, para o autor, como um fim em si mesmo. O crime, para Feuerbach (2007, p. 55), “é toda injúria [violação] contida em uma lei penal ou uma ação contrária ao direito do outro, cominada com sanção penal”. Direito subjetivo representava a faculdade jurídica privada ou uma atribuição externa e individual (PRADO, 1997, p. 27-28).

A intervenção penal não podia prescindir da violação de um direito subjetivo, da danosidade social da ação e da necessidade de pena (cujo fundamento jurídico é a obrigação de assegurar proteção aos direitos do outro). Como a lei penal visa a proteger os direitos do homem e do Estado, a titularidade do direito atingido variava conforme a espécie delitiva (PRADO, 1997, p. 27).

A proposta de Feuerbach, com esses requisitos, representou uma tentativa teórica pioneira destinada a atribuir limitação material ao poder punitivo, ainda que existam críticas em sentido contrário. Revelou-se, por outro lado, deficitária, em razão de dois aspectos essenciais: a perda da autonomia do direito penal e a impossibilidade de demonstrar empiricamente a existência de lesão ou violação a direitos subjetivos em alguns delitos.

Apesar disso, a relevância dos contributos de Feuerbach é inegável para o pensamento criminal iluminista – que está positivado na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão de 1789.

Consoante Bianchini, também Carrara (na Itália, principal expoente da dogmática penal italiana), invocando o primado dos direitos naturais, proclamava o delito como violação a um direito subjetivo (BIANCHINI, 2009, p. 253). Para o autor, não se podia falar de delito senão nas ações que ofendem ou ameaçam os direitos dos coassociados, sendo o delito um fato exterior lesivo de direito ou

⁹⁷ Também Bitencourt (2008, p. 50) afirma que não houve uma Escola Clássica propriamente dita.

perigoso ao mesmo (CARRARA, 1989⁹⁸ *apud* BIANCHINI, 2009, p. 253).

É de ressaltar que Itália e Alemanha desenvolveram tais vertentes teóricas em momento temporal contemporâneo.

A ideia de que um bem é o objeto do crime foi cunhada por Birnbaum.

Em reação às propostas conceituais do pensamento jurídico-penal de Feuerbach, para Birnbaum os direitos não são suscetíveis de serem lesionados ou submetidos a perigo de lesão. A partir de uma dimensão “segundo a natureza das coisas”, afirmava o autor que somente o bem pode ser diminuído, cuja importância (maior ou menor) decorre da carga valorativa que lhe é atribuída pelo sujeito. Birnbaum contestou a abstração teórica do pensamento de Feuerbach promovendo, a partir das elaborações iniciais no período do Iluminismo, uma redefinição material do conceito de bem jurídico.

O conceito de delito como lesão de direitos passa a ser tido como um conceito artificial (BIRNBAUN, 2010, p. 50) e, porque se se quer considerar o delito como lesão, esse conceito tem que se referir, naturalmente, à lesão de um bem, não à de um direito (BIRNBAUN, 2010, p. 57).

É discutível que essa contribuição teórica tenha sido construída para limitar a atividade punitiva do Estado. Apesar de Birnbaum criticar a ideia de delito como violação aos direitos subjetivos e de atribuir ao Estado o papel de sujeito que valora o objeto do crime, não se pode afirmar que ele rompe com o pensamento iluminista⁹⁹. Há certa contraposição ao individualismo reinante e abertura para legitimação da norma por critério formal.

Tavares assevera que Birnbaum (2010), com sua elaboração, tinha o propósito de adequar a teoria jurídica do delito às normas do direito penal vigente, que conflitavam com a ideia da violação de direito subjetivo. Com isso, perdeu-se a vinculação da incriminação aos seus pressupostos de legitimidade que, de qualquer modo, estavam presentes em Feuerbach (TAVARES, 2002, p. 184-185).

Para Dalbora (2010, p. 11):

⁹⁸ CARRARA, Francesco. *Programma del corso di diritto criminale. Parte Generale*. 7ed. Lucca: Tipografia Di G. Ganovetti, 1989.

⁹⁹ Para detalhes, conferir Bianchini (2009, p. 254).

Haber identificado el objeto de la tutela en bienes, los que décadas más tarde recibirán la calificación de bienes jurídicos, entrelazando su contenido con el problema de la definición filosófica del delito, representó una tríplice e insospechada contribución. Primero, para la formación de conceptos y la organización del sistema en la dogmática punitiva, por más que la idea en palabra pasase de momento inadvertida y tuviese que esperar la hora de la pandectística para desplegar sus posibilidades analíticas de realización. Seguidamente, la iusfilosofía, que de mano del neokantismo enclavará la aportación en el catálogo de nociones a priori del conocimiento jurídico, cual modalidad del concepto fundamental de objeto de Derecho. En fin, también la política jurídica, un pliegue de la dogmática en general que dentro de la rama penalista adopta de proyectar el derecho venidero al dictado de la necesidad de proteger únicamente bienes jurídicos.

4.1 Conceito de bem jurídico: concepções positivistas e metodológicas

Com o positivismo, o Estado é reconduzido a elemento central das construções científicas. A distinção entre “ser” e “dever-ser” ganha relevância: o direito passa a ser configurado unicamente por normas positivadas. O direito positivado passa a ser objeto teórico livre de qualquer carga axiológica. O indivíduo é um ser dotado de autodeterminação (livre arbítrio) e o delito, embora seja uma criação jurídica (BIANCHINI, 2009, p. 255), revela má-utilização da liberdade natural e inata ao ser. Surge no contexto de um acelerado desenvolvimento das ciências sociais, o que influenciou a ciência jurídica de forma significativa.

Como máxima manifestação do racionalismo, o homem concreto deixa de ser considerado uma realidade em si para ser substituído pelo hipotético homem racional e autorresponsável por suas condutas (delitivas ou não).

De acordo com Tavares, a postura fundamental das correntes positivistas é a necessidade de que toda norma incriminadora possua um antecedente causal, que poderá ser a vontade do Estado ou as condições da vida (TAVARES, 2002, p. 187).

Enquanto Binding compreende o conceito de bem jurídico como categoria hermética, isolada dos dados da realidade, von Liszt aceita certa aproximação empírica. Também divergem tais autores quanto à margem de liberdade dada ao legislador na criminalização de condutas.

Para Binding, seguidor das teorias de Kant e Hegel, o conceito de bem jurídico, por ser uma criação jurídica, autoriza o Estado a criminalizar aquilo que considerar adequado e necessário para a sua própria manutenção. Os objetos jurídicos encerram a vontade declarada do Estado (TAVARES, 2002, p. 187). Trata-se de uma concepção puramente formal do delito como dever de obediência à norma. Para Binding, o criminoso não infringe a lei penal, mas a norma, o preceito imperativo ou proibitivo que lhe serve de fundamento à qualificação do fato pela norma (LISZT, 1899, p. 97). Sendo assim, o agente realiza a lei penal e viola a norma de conduta que ela acolhe. O direito, apesar de ser positivo, é, por essência, uma ordem razoável (BIANCHINI, 2009, p. 122).

O autor conduz o bem jurídico a um lugar central na teoria do delito e o desvincula das referências metajurídicas características das teses naturalistas. Crime é qualquer comportamento qualificado pelo legislador e revelado pela norma, não sendo admitidos direitos inatos a serem reconhecidos. O conteúdo do delito é a lesão a um direito subjetivo do Estado. O indivíduo perde o papel central conquistado na Era da Razão e é reconduzido à condição de súdito, o que legitima, com aparência de legalidade, um panorama de arbitrariedades estatais fundadas em poder punitivo ilimitado. No futuro, irá tal concepção ser resgatada para fundamentar Estados totalitários (GODÓI, 2006, p. 64). Em resumo, para Binding, bem jurídico é bem do direito ou da ordem jurídica, é igual à “*ratio legis*”. A pena é um direito e um dever do Estado; fere o delinquent, porque ele violou o dever fundamental de obediência. É retribuição e satisfação. O que se pretende é conservar intacta a norma violada (BRUNO, 1978, p. 109).

Para von Liszt (1899, p. 93), o bem jurídico é o interesse juridicamente protegido. Há esforço teórico para resgatar o conteúdo material de delito. Ele cita:

Todo direito existe por amor dos homens e tem por fim proteger interesses da vida humana. A protecção de interesses é a essência do direito, li idéa finalística a força que o produz. Chamamos bens jurídicos os interesses que [o] direito protege.

A ordem jurídica não cria o interesse para Liszt. A ideia privatística do momento histórico invade o discurso penal. O interesse é preexistente à norma e deve ser objeto de proteção porque permite a configuração da sociedade. Sendo

criado pela vida, cabe ao direito elevá-lo à condição de bem jurídico, independentemente de juízo de valor do legislador:

O direito extrema os círculos da eficiência de cada um; determina até onde a vontade pode manifestar-se livremente, e sobretudo até onde, exigindo uma ação ou inação alheia, pôde penetrar na esfera da actividade de outras pessoas; garante a liberdade, o poder autorizado de querer, e proíbe o arbitrio; converte as relações da vida em relações jurídicas, os interesses em bens jurídicos; ligando direitos e deveres a determinados pressupostos, faz do commercio da vida um commercio segundo o direito. Assim, ordenando e proibindo, prescrevendo uma determinada ação ou inação sob certas condições, as normas vêm a ser o anteparo dos bens jurídicos. A protecção, que a ordem jurídica dispensa aos interesses, é "*protecção segundo normas (Normen-scliutzj*. O bem jurídico e a norma são, pois, as duas idéas fundamentaes do direito (LISZT, 1899, p. 96).

Ainda que o conceito de Liszt esteja subordinado à realidade concreta, não existem elementos para delinear quais bens jurídicos podem ser acolhidos pela norma. Não se pode assegurar uma função limitadora da atividade punitiva, mas sim legitimante. Cabe à vontade geral (proeminente em relação à vontade individual) a missão de desvendar os bens jurídicos. O poder público, que emerge da ordem pacífica das relações públicas, deve dispor de força necessária para reduzir os recalcitrantes à obediência de suas normas. O direito é ordem de paz e de combate (LISZT, 1899, p. 95-97):

Para que não prorompa a guerra de todos contra todos, faz-se mister uma ordem ou estado de paz, a circumscripção da eficiência de cada um, a protecção de certos interesses e a não protecção de certos outros. A vontade geral, que paira acima da vontade individual, toma a si esta missão, e a desempenha estabelecendo a *ordem jurídica*, isto é, discriminando os interesses legítimos e autorizados dos que não o são.

Para Liszt, a própria missão do direito penal é a protecção de interesses, cuja violação revela o núcleo da ilicitude material¹⁰⁰.

No Brasil, Aníbal Bruno defendia que o bem jurídico é elemento central do preceito contido na norma jurídico-penal e da descrição do fato punível que aí se encontra e na qual está implícito o preceito. O autor afirmava que são esses bens valores que a própria natureza do homem e as condições da vida social têm criado e que o Direito, reconhecendo-os e protegendo-os, elevou à categoria de bens jurídicos (BRUNO, 1978, p. 31).

¹⁰⁰ Nesse sentido, Toledo (1984, p. 9).

Binding e Liszt possuem, então, o mesmo ponto de partida. A distinção teórica, quanto ao conceito de bem jurídico, reside na primazia, dada por aquele, ao antecedente causal da norma que repousa na vontade estatal (considerada pedra angular de todo o sistema de direito penal) (LISZT, 1899, p. 96). Em momento posterior, a concepção de Liszt influenciará construções teóricas do bem jurídico no sentido de limitar a atividade legiferante estatal. Para Godoi, diversamente dos pensadores que o antecederem, o alemão propõe a existência de um conteúdo material do delito (GODÓI, 2006, p. 67).

Como o direito penal vigente nesse marco histórico podia ser visto como instrumento do Estado para realização de fins, Scheerer afirma que:

O direito penal tinha uma relação muito forte com a moral, mas nenhuma com a política. E praticamente nenhuma com a efetividade, pois não se considerava a relação custo-benefício. De modo geral, não queria atingir fins sociais – nem mesmo para o autor do delito – para a vítima nem para a sociedade. Era, para utilizar a terminologia da Sociedade do direito de Max Weber, não racional para os fins, mas racional para com os valores. Queria ser justo, não conveniente. Poder-se-ia penalizar, ou dever-se-ia penalizar – quando os muitos pressupostos fossem cumpridos (SCHERER, 2002, p. 13).

Ambas as teorias permitiram a consolidação do caráter constitutivo do direito penal – ainda que esta não tenha sido a finalidade primordial. Não se pode olvidar, todavia, que, com Franz von Liszt a legitimidade da norma penal é questionada no âmbito teórico.

As teorias metodológicas, na Itália, são assim denominadas em razão da adoção do método técnico-jurídico, que preconiza que o objeto de investigação da ciência penal é o direito positivo. São desligadas de eventuais substratos da realidade. As considerações de cunho filosófico também são rejeitadas na primeira fase¹⁰¹. De acordo com Aníbal Bruno, esse último ponto afasta a escola dos modelos alemães (BRUNO, 1978, p. 31). O objeto de tutela penal para o tecnicismo existe unicamente no contexto das disposições normativas, como reflexo do fim perseguido pelo legislador na configuração de cada tipo penal (GODÓI, 2006, p. 70-71). O estudo do homem concreto e do direito natural é dispensado (BIANCHINI, 2009, p. 74). Há um resgate da concepção formal desenvolvida por Binding, se se admite que o parâmetro de análise é o direito

¹⁰¹ Na segunda fase, o tecnicismo italiano retoma considerações de ordem jusnaturalista, resultando em um classismo (BRUNO, 1978, p. 132.)

positivo. O bem jurídico deixa de ser preexistente à norma porque o Direito constrói e cria suas realidades. Quaisquer ideias e valores são justificados com aparente legitimidade.

Para o italiano Arturo Rocco, qualquer contemplação metafísica, jusnaturalista ou empírica pode macular a natureza jurídica da ciência jurídica ou o método que ela reclama (BIANCHINI, 2009, p. 119). O método desenvolve-se em três fases: a exegética, a sistemática (ambas descobrem como o direito “é”) e a crítica (destinada a desvendar como “deveria ser”). A teoria do autor permitiu que o bem jurídico se confundisse com a “*ratio legis*” na medida em que o objeto do delito é extraído das disposições normativas. Aníbal Bruno ressalta que, apesar da decomposição do método técnico-jurídico em três fases, seus partidários geralmente só praticam a dogmática (exegética) (BRUNO, 1978, p. 133).

Para Antolisei, o escopo da norma é a finalidade que enseja a norma e exerce primazia em relação ao valor expressado pelo bem jurídico. O autor substitui o conceito de bem jurídico pelo conceito de escopo da norma, legitimando a ideia de que o crime é mera criação política. Não há negação direta do conceito de bem jurídico, reduzido à função secundária para a elaboração do conceito de delito (GODÓI, 2006, p. 72-77). A autoridade do Estado é alargada e os crimes de mera desobediência são aceitos.

Sales assevera que as teorias metodológicas terminam por identificar o bem jurídico objeto da tutela, com o escopo da norma penal, não se cogitando da necessidade do instrumento penal. Redundou em positivismo jurídico sem limites (SALES, 2005, p. 118).

Com a Escola de Kiel (período da 2ª Grande Guerra) o direito deixa de ser um conjunto de normas para ser um conjunto de casos, cuja análise podia ser feita casuisticamente com base na intuição (BIANCHINI, 2009, p. 132-133) (elevada à categoria de método). A proeminência do escopo da norma foi caracterizada como pilar da ordem jurídica.

Como os institutos de direito penal foram manipulados para legitimar um direito penal da vontade, o conceito de bem jurídico foi desvirtuado e esvaziado pela Escola de Kiel. Postulava-se que o fundamento do conceito de crime era a violação formal da norma. O bem jurídico perde a primazia, sendo substituído pelo ético dever de cumprimento da norma.

A especial disposição de ânimo defeituosa, para os partidários dessa Escola, emerge da transgressão do comando normativo e é por isso que a vontade deve ser combatida pelo Estado (mediante quaisquer meios). A desobediência ao dever de cumprimento imposto pela vontade estatal é uma traição ao povo, uma infidelidade à nação (GODÓI, 2006, p. 80).

Toledo afirma que a Escola de Kiel, para redefinir o conceito de crime como uma vazia “infração de dever”, ao gosto do Estado totalitário de então, teve que primeiro procurar remover o sério obstáculo representado pela ideia de bem jurídico (TOLEDO, 1994, p. 18).

Ferrajoli conclui que:

Com o movimento espiritualista e irracionalista que se produziu na cultura alemã do início do século XX, o conceito de bem desmaterializa-se, definitivamente, transformando-se, de critério, de delimitação e deslegitimação externa, em instrumento positivo e autorreflexivo de legitimação política dos interesses tutelados – e com eles, das normas positivas – diretamente assumidos como “valores ético-culturais”, ou, simplesmente, como valores, cuja violação dá lugar a comportamentos imorais. Neste ponto, reproduz-se integralmente, em dimensão ético-formal, a confusão entre direito e moral, alcançando o conceito de bem jurídico o fim de sua parábola. Aos juristas nazistas, no marco do novo modelo acentuadamente, ético subjetivista do direito penal da vontade, não lhes restava senão decretar seu arquivamento e a coerente substituição pelos conceitos de “violação do dever”, “desvalor da atitude interna” ou “infidelidade” ao Estado ou ao chefe (FERRAJOLI, 2010, p. 429).

4.2 Conceito de bem jurídico: concepções sociológicas

Com vistas a reintroduzir o conceito de bem jurídico na dogmática penal, surgem as concepções sociológicas, que partem do critério de danosidade social (cujo contorno é desvelado a partir de critérios de política criminal).

Essa perspectiva acolhe representantes das escolas do finalismo e dos funcionalismos penais. Aquela surge em meados de 1930 e está fundada em premissas que subordinam previamente o legislador a uma constelação de estruturas lógico-objetivas. As vertentes funcionalistas do delito pretendem reconstruir os institutos do direito a partir dos fins que este deve desempenhar em determinada sociedade. Embora não rejeitem integralmente os dados ontológicos,

para os funcionalistas as categorias do delito devem reinterpretadas mediante a abstração de fundamentos ônticos.

Como partidários das concepções sociológicas do bem jurídico, podem ser mencionados os finalistas Hans Welzel, Reinhart Maurach e o funcionalista Günther Jakobs. Também Winfried Hassemer é expoente de tais concepções. Na doutrina nacional, ocuparam-se do assunto nessa perspectiva, entre vários, os autores Fragoso e Toledo.

Para o ontologismo finalista de Hans Welzel (MAURACH, 1962, p. 156), a proteção dos valores elementares de consciência e de caráter ético-social chega a ser propriamente a missão do direito penal, ao qual, somente por inclusão cabe a proteção dos bens jurídicos particulares (WEZEL, 1976, p. 5). Trata-se de uma dicotomia centrada na divisão de valores sociais relevantes a partir do sujeito a que se referem. Consoante Tavares, o bem jurídico conserva seu sentido de objeto de proteção da norma, mas se vê substituído pelos chamados “valores ético-sociais” (TAVARES, 2002, p. 191).

Considerando que bem jurídico teria definição mais ampla, sendo “todo estado social desejável que o direito quer resguardar de lesões”, ao direito penal competiria mandar ou proibir ações configuradas de determinada maneira (WEZEL, 1976, p. 5). Há clara proposta de eticização do direito penal, embora os fundamentos sejam diversos daqueles que associavam o crime ao pecado. Existe, para Welzel, um dever incondicional vinculado a cada pessoa e sobre a qual repousa a responsabilidade pelo seu desatendimento (TAVARES, 2002, p. 191).

Para o finalista, a pauta do legislador representa os “valores do atuar conforme ao direito, arraigados permanentemente na consciência jurídica”, e constituem “o fundo ético-social positivo das normas jurídico-penais” (WEZEL, 1976, p. 2). Em resumo: a missão do direito penal é assegurar a vigência inquebrantável dessa ordem segundo uma pauta de fundo ético-moral:

O processo de formação da vontade estatal tem que estar sob o princípio da tolerância mútua; o direito tem que se limitar ao “mínimo ético” e aos traços fundamentais das instituições sociais [...]. A luta, que não acabará nunca na história humana, por lograr a configuração justa das relações sociais tem que ser levada e mantida pelo direito positivo em campo que permita a discussão espiritual, e não liquidá-la com a submissão forçosa ou a aniquilação de homens por outros homens. Este é o papel ético-social do direito positivo, papel que enxerga muito mais adiante do âmbito do mero direito e põe em evidência que existe uma interdependência entre a situação de direito positivo e a verdadeira vida ética de um povo (WEZEL, 1971, p. 112).

Para Welzel, tais valores estariam embutidos na consciência, como forma de imanência de uma lei moral transcendente, que cada um tem em conta ao manifestar seu projeto de ação (TAVARES, 2002, p. 193) - apesar de a Constituição ser o principal substrato de que se serve o discurso penal (WEZEL, 1971, p. 112). O direito penal é impregnado pelo marco cultural de uma época, mas não há uma indicação sobre como esse processo de descoberta de valores ocorre:

[...] o Direito Penal se estende além de si mesmo e se insere no marco cultural de uma época. (...) Tem que se limitar ao castigo de lesões dos elementares deveres ético-sociais: nesse sentido tem um caráter fragmentário. Por isso, o Estado deve aplicar as graves medidas que implica a pena (e a privação de liberdade) em relação à vida, à liberdade e à honra das pessoas somente dentro do Direito Penal como consequência jurídica do delito (princípio da exclusividade dos meios punitivos específicos). Assim, quando se utiliza essas medidas para fins extrapenais (e outras de gravidade equivalente), por exemplo, para lograr objetivos estatais, econômicos ou para combater convicções políticas, comove a força de formação ética das normas penais e empurra o direito penal para o caminho da simples medida intimidatória. Quando as disposições penais constroem quase todas as atividades vitais, quanto até os atos de defesa da existência podem ser puníveis, então o Direito Penal padece de excesso de punição (WEZEL, 1976, p. 6).

O conceito de bem jurídico de Welzel representa rudimentos para a limitação material da atividade punitiva, mas permite a sua manipulação substancial (apesar de o autor não ter pretendido impor ou legitimar uma ditadura ético-moral). Não logra combinar o desvalor da ação e o desvalor do resultado de forma satisfatória e não consegue explicar de modo entendível a dimensão social do injusto mediante a restrição da proteção de bens jurídicos (ROXIN, 2006, p. 43). Para Tavares, a proteção de valores ético-sociais nada mais é do que incriminação da antissociabilidade. O grande problema que apresenta é imprimir

ao direito penal um conteúdo programático de orientação de condutas e deixar de concebê-lo dentro de suas limitações e garantias (TAVARES, 2002, p. 190-191).

De qualquer modo, Welzel é o responsável pelo retorno do conceito de bem jurídico para o centro da teoria do delito (BIANHINI, 2009, p. 258).

Para Reinhart Maurach o valor de uma definição ético-social para o direito penal (a partir do delito) não deve ser subestimado e também funciona como pauta para o legislador. Segundo o autor, a partir daí seria possível indicar que ações, desde o ponto de vista do critério da coletividade, seriam consideradas graves. As unidades de valor visavam atender imediatamente os anseios da coletividade, sendo possível inferir uma implícita subordinação do homem aos interesses dela (MAURACH, 1962, p. 156). Da mesma forma, parte Maurach de um dever de obediência imanente, arraigado na consciência humana.

No Brasil, Fragoso afirmava que o bem jurídico não é apenas um esquema conceitual. É um valor da vida humana que o direito reconhece, estando sua preservação predisposta à norma jurídica (FRAGOSO, 1987, p. 277-278).

Também Toledo, inclinado ao finalismo, define que “bens jurídicos são valores ético-sociais que o direito seleciona, com o objetivo de assegurar a paz social, e coloca sob sua proteção para que não sejam expostos a perigo de ataque ou a lesões efetivas” (TOLEDO, 1994, p. 16)¹⁰².

Para o funcionalista Günther Jakobs (modelo funcional próprio), na Alemanha, uma vida social não pode ser definida mediante a integridade de bens jurídicos. O conceito de bem jurídico fundamenta uma concepção dicotômica de autor e inimigo, revelando-se verdadeira linha demarcatória:

O princípio da proteção de bens jurídicos induz a crer na legitimação de tudo aquilo que pode ser posto em uma relação positiva com o conceito de bem jurídico. [...]. Tomar o bem jurídico como exclusivo ponto de partida sem dúvida conduz ao extravasamento, porque com isso cai completamente fora da perspectiva a esfera jurídica do autor. [...]. Para a definição do autor como inimigo do bem jurídico, segundo a qual poderiam ser combatidos já os mais prematuros sinais de perigo, embora isso possa não ser oportuno no caso concreto, deve-se contrapor aqui uma definição do autor como cidadão.

¹⁰² Para Bianchini (2009, p. 233), “bem jurídico-penal, por seu turno, compreende os bens existenciais pessoais [bem relevante para o indivíduo e/ou coletividade] valorados *positivamente* pelo direito e protegidos dentro e nos limites de uma determinada relação social conflitiva por uma norma penal”.

O autor não somente deve ser considerado como potencialmente perigoso para os bens da vítima, como deve ser definido também, de antemão, por seu direito a uma esfera isenta de controle; e, será mostrado que do *status* de cidadão podem se derivar limites, até certo ponto firmes, para as antecipações de punibilidade (JAKOBS, 2003, p. 1101-111).

É bom que se frise que “situações de emergência” fazem parte da história da atividade punitiva. Portanto, não é uma inovação da sociedade complexa que hoje impera. Anitua ressalta que a “Inquisição foi a primeira agência burocratizada dominante destinada à aplicação de castigos e à definição de verdades”. Sendo assim, “foi a primeira a formular um discurso de tipo criminológico. Estes seriam os primeiros produtos do poder punitivo na qualidade de justificativas de sua forma de atuar” (ANITUA, 2008, p. 54).

Com Jakobs a legitimação material do direito penal ocorre porque as leis penais são necessárias à manutenção da configuração da sociedade e do Estado (JAKOBS, 2009, p. 61), ou seja, à vigência de um suposto equilíbrio harmônico:

Não existe um conteúdo genuíno das normas penais; os conteúdos possíveis orientam-se segundo o contexto da regulação em questão. Ao contexto da regulação pertencem as realidades da vida social, bem como as normas, em especial as de caráter constitucional. A contribuição que o Direito Penal presta à manutenção da configuração da sociedade e do Estado é a garantia das normas. Esta reside no fato de as expectativas indispensáveis ao funcionamento da vida social, na forma exigida legalmente, não precisarem ser abandonadas em caso de decepção. Por isso – contrariando, porém, a linguagem usual, pode-se definir como bem a ser protegido pelo Direito Penal a solidez das expectativas normativas essenciais frente à decepção – solidez esta que se encontra coberta pela eficácia normativa posta em prática; na sequência, esse bem será denominado “bem jurídico penal” (JAKOBS, 2009, p. 61-62).

Apesar de atribuir importância às normas constitucionais, o conceito de bem jurídico está novamente diante de propostas de esvaziamento substancial¹⁰³ e integra um círculo tautológico: à norma penal somente interessa assegurar uma conduta correta; conduta correta é a que não implica decepção de expectativas (TAVARES, 2002, p. 197).

Consoante Zaffaroni, o autor parte de paradigma diverso do da Escola de

¹⁰³ Ainda acrescenta que “somente essa visão que eleva o bem jurídico penal ao plano no qual a interação social se realiza por intermédio do direito penal: o da *significação* do comportamento (delitivo) *enquanto* negação do *significado* das normas e da adesão ao *significado* normativo por meio da reação punitiva. Consoante essa solução, bem jurídico-penal [...] é a vinculatoriedade prática da norma” (JAKOBS, 2009, p. 63-64, grifo original).

Kiel, pois enquanto esta se baseia numa disposição interior de ânimo, a teoria de Jakobs considera a violação de um papel (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 219). Como se trata de violar papéis, é possível contemplar, como bens jurídicos, as transgressões administrativas e os estados sociais adequados (como paz pública). Para Jakobs, “o caráter bom do bem jurídico deve constituir um ‘interesse vital’ antes mesmo de seu reconhecimento jurídico”¹⁰⁴. O autor não dispensa a categoria do bem jurídico para teoria do delito e atribui a ela a função de filtro da nocividade social – o que, segundo reconhecido pelo próprio autor, não possui contornos definidos. Para ele, as normas que passam por aquele filtro são, “em parte, protetoras de bens jurídicos, em parte normas sobre a produção de bens jurídicos (crimes especiais e crimes de mão própria) e, em parte, normas sobre a proteção da paz” (JAKOBS, 2009, p. 78-79). O autor não atribui relevância ao valor *per se*; a importância se dá em virtude da relação com a sociedade.

É discutível a premissa de que a motivação de alguém ocorre precipuamente em razão do que a norma penal prevê. Além disso, a norma não pode pretender apenas a obediência dos cidadãos, mas visar ao estabelecimento de um estado determinado (ROXIN, 2006, p. 34). Com Jakobs, o direito penal está claramente subordinado à volatilidade do sistema social. Trata-se de orientação sistêmica que, em muitas hipóteses, prescinde de valorações axiológicas.

Para Winfried Hassemer, não há que se falar em proteção de elementos sistêmicos sem redução ao prisma individual. O conceito de bem jurídico elaborado por Roxin é semelhante aos estudos de Hassemer. O ponto dissonante é a redução que este último promove quanto aos valores: o conceito pessoal de bem jurídico é voltado unicamente para valores que por si só são individuais. O legislador está vinculado a uma pauta de valores hierarquizados, não havendo liberdade para selecionar quais deles podem ser assim qualificados (BIANCHINI, 2009, p. 258).

De acordo com Prado, para Hassemer, o que importa não é a posição objetiva do bem e da conduta lesiva, mas a valoração subjetiva, com as variantes

¹⁰⁴ O autor complementa que “não é o ordenamento jurídico que gera o interesse, mas a vida; no entanto, é a proteção jurídica que eleva o interesse vital à categoria de bem jurídico, não estando claros, aqui, todavia, os critérios segundo os quais o direito positivo distingue entre interesses a serem reconhecidos e interesses a serem rejeitados (criminosos também perseguem interesses)” (JAKOBS, 2009, p. 69).

dos contextos social e político (PRADO, 1997, p. 37).

O conceito de bem jurídico, para Hassemer, não é capaz de isoladamente vincular-se à missão do direito penal. Sem repelir que intervém juntamente com muitas instituições sociais e estatais, afirma o autor que o elemento deve ser caracterizado pelo modo como leva a efeito tarefa protetora de bens jurídicos, especificamente quando se ocupa das infrações mais graves (HASSEMER; MUNÓZ CONDE, 1989, p. 116)¹⁰⁵. A partir do controle formal, somente os interesses humanos fundamentais que não podem ser defendidos de outra maneira (HASSEMER; MUNÓZ CONDE, 1989, p. 122) devem ser protegidos.

Para Winfried Hassemer, o conceito de bem jurídico não concilia os interesses de política criminal com os da ciência penal (HASSEMER, 1995, p. 23-36) (o que, segundo ele, era previsível), pois as dificuldades originárias acentuaram-se, erigindo-se bens jurídicos universais, com formulação extremamente vaga, a tema fundamental de política criminal (HASSEMER, 1995, p. 23-36). A norma perdeu a função de combater o perigo que ameaça o bem jurídico a partir de prisma individual para acolhê-lo como elemento tipificado de uma perigosa grande perturbação¹⁰⁶. Trata-se de uma prevenção geral de situações problemáticas, que culmina num direito penal comprometido com imagens de insegurança global e sociedade de risco (HASSEMER, 1995, p. 23-36).

No mesmo sentido, Scheerer afirma que:

Tal direito penal [direito penal moderno] não conhece mais as fronteiras de princípios morais, mas sim vai, como um cordeiro da política, até os cantos mais distantes. Direito penal de risco (ou de perigo) [...] emancipado, que conhece a subsidiariedade apenas como confissão auricular (labial). Ele penetra em todas as camadas da sociedade e se alastra como uma erva daninha, criando uma teia intrincada: de um lado, normas sensatas; do outro, normas absurdas, que cada vez mais no direito penal de perigo (Urs Kindhäuser) entra em primeiro plano. O direito penal transformou-se de proteção do cidadão em sua ameaça e modificou-se de proteção da sociedade civil em um perigo para as suas instituições e funções (SCHERER, 2002, P. 14).

¹⁰⁵ Hirsch (2000, p. 66) afirma que Hassemer baseia-se na teoria do contrato social; aquele critica a transposição desse fundamento para as sociedades complexas, qualifica-o como simplista e afirma que este reconheceu posteriormente que bens jurídicos coletivos podem recair ao direito penal.

¹⁰⁶ O autor menciona: criminalização antecipada da lesão do bem jurídico; proteção do bem-estar dos homens em sentido eminentemente somático em vez da proteção da vida e da saúde das pessoas; saúde pública, funcionamento do mercado; proteção estatal empresarial (HASSEMER, 1995, p. 23-36).

Prado também reconhece que a norma penal tem acolhido bens jurídicos universais, acompanhando a tendência do Estado Social:

Assiste-se, na atualidade, a novas e ampliadas formas de tutela, resultado do processo evolutivo do Estado liberal para o Estado social, e à afirmação deste último que engendra a assunção de novos deveres (v.g., assistência e promoção), novos riscos (v.g., manipulação genética, energia nuclear, transgênicos) e encaminhamentos, tal como o de salvaguarda de direitos que transcendem à esfera individual, e se projetam em grupos ou na sociedade globalmente considerada, ou ampliam-se os já existentes. [...]. Essa categoria de bens jurídicos, denominados genericamente de bens jurídicos universais, macrossociais, supraindividuais, metaindividuais ou transindividuais, apresenta inúmeras características que permitem conceituá-los ou classificá-los conforme sua predominância ou a perspectiva com que são vistos ou analisados (PRADO, 2008, p. 251-251).

Para Fiandaca, a teoria de Hassemer tem o mérito de destacar “a exigência de dilatar o horizonte cognoscitivo da doutrina do bem jurídico até nela compreender o estudo das condições empíricas que lhe garantem o sucesso prático e de destacar o papel orientador da Constituição” (FIANDACA, 1982¹⁰⁷ *apud* SALOMÃO, 2001, p. 37).

O conceito de danosidade social, substrato comum nessas teorias, é dotado de demasiada vagueza e, apesar de contribuir para a aferição da ofensividade ou não de um comportamento penalmente relevante, não se revela adequado para, por si só, limitar atividade punitiva: em muitos casos a legítima.

4.3 Conceito de bem jurídico: concepções constitucionalmente orientadas

As constituições contemporâneas têm uma pauta indicativa que pode “alargar a incidência do direito criminal no sentido de fazê-lo um instrumento de proteção de direitos coletivos, cuja tutela se impõe para que haja atendimento às exigências de justiça material” (LUIZI, 2003, p. 57).

Há de se considerar que o pós-guerra propiciou novas reflexões teóricas sobre o devido lugar da Constituição, bem como do papel que esta deve

¹⁰⁷ FIANDACA, Giovanni. Il benne giuridico come problema teórico e come criterio di politica criminale. *Revista Italiana di diritto e Procedura Penale*, 1982.

desempenhar no Estado de Direito¹⁰⁸ (tanto em relação à eficácia de direitos nas relações verticais como nas horizontais e diagonais). Isso não significa que uma concepção constitucionalmente orientada esteja, somente por isso, compromissada efetivamente com os postulados minimalistas – dada a diversidade entre os fins do direito penal e do direito constitucional.

Para o professor Luiz Luisi:

É nas constituições que o Direito Penal deve encontrar os bens que lhe cabe proteger com suas sanções. E o penalista assim deve orientar-se, uma vez que nas constituições já estão feitas as valorações criadoras dos bens jurídicos, cabendo ao penalista, em função da relevância social desses bens, tê-los obrigatoriamente presentes, inclusive a eles se limitando, no processo de formação da tipologia criminal (LUIZI, 1998, p. 103-108).

Tais concepções podem ser agrupadas em três vertentes: teorias de fundamentação constitucional de caráter geral, teorias de fundamentação constitucional de caráter estrito e teorias ecléticas. A divergência entre elas é tão somente quanto à maneira de vinculação à norma constitucional (PRADO, 1997, p. 51).

Para as teorias de fundamentação constitucional de caráter geral o legislador possui ampla margem de liberdade, desde que respeitado o quadro axiológico geral emanado da Constituição. Os valores acolhidos expressamente pela Constituição não contemplam todos aqueles que são relevantes para a sociedade. A incriminação, em síntese, não pode contrariar o bloco (chave) constitucional¹⁰⁹. A referência às disposições constitucionais ocorre de modo genérico, amplo, com remissão à forma de Estado constitucionalmente estabelecida e com os princípios que a inspiram (PRADO, 1997, p. 51).

De acordo com Prado, a “interpretação conforme a Constituição implica [*sic*] uma correlação lógica de proibição de qualquer construção interpretativa ou doutrinária que seja direta ou indiretamente contrária aos valores fundamentais” (PRADO, 1997, p. 70). Em resumo: a “Constituição cria potencialmente o direito

¹⁰⁸ O marco histórico do novo direito constitucional, na Europa Ocidental, foi o constitucionalismo do pós-guerra (BARROSO, 2007).

¹⁰⁹ O bloco de constitucionalidade, segundo a doutrina estrangeira, é composto pelas normas infraconstitucionais materialmente constitucionais, pelos costumes jurídico-constitucionais e pelas jurisprudências constitucionais. Trata-se de conceito desenvolvido pelo francês Louis Favoreu. No Brasil, o bloco constitucional é um parâmetro para o controle de constitucionalidade. “Nesse sentido, somente a Constituição formal e suas normas constitucionais expressas ou implícitas é que servem de parâmetro para o controle de constitucionalidade” (FERNANDES, 2012, p. 60-61).

penal, fixando-lhe as bases e os limites” (QUEIROZ, 2002, p. 58-59).

O funcionalista Claus Roxin, na Alemanha, pode ser considerado adepto dessa teoria porque a política criminal de que ele parte está ancorada em base constitucional¹¹⁰. Para ele, bens jurídicos são “circunstâncias reais dadas ou finalidades necessárias para uma vida segura e livre que garanta todos os direitos humanos e civis de cada um na sociedade ou para o funcionamento de um sistema que se baseia nesses objetivos” e constituem a própria razão de ser do direito penal. A proteção de bens jurídicos constitui a própria missão do direito penal na medida em que cabe a ele garantir a seus cidadãos uma existência pacífica, livre e socialmente segura, sempre e quando essas metas não possam ser alcançadas com outras medidas político-sociais (ROXIN, 2006, p. 16). O autor propõe um conceito crítico de bem jurídico com a legislação, cujo intento é demonstrar ao legislador as fronteiras de uma punição legítima (ROXIN, 2006, p. 18-25).

O próprio Roxin reconhece que a teoria do bem jurídico não é o único critério para aferir a legitimação dos tipos penais. Como está situada no marco das finalidades constitucionais e suscetível às modificações sociais e aos progressos do conhecimento científico (ROXIN, 1997, p. 57-58), a sua concepção não seria estática, e sim dinâmica. O conceito contempla, então, os estados previamente encontrados pelo direito e os deveres de cumprimento de normas criados por ele mesmo (ROXIN, 1997, p. 56) (finalidades).

As finalidades públicas, que representam “o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da sociedade pelo simples fato de o serem” (MELLO, 2012, p. 62-68), não se confundem com finalidades administrativas. Trata-se de distinção que mitiga a falsa desvinculação absoluta elas e permite observar que o Estado e as demais pessoas jurídicas de direito público podem ter interesses que lhes são particulares. Enquanto estas caracterizam o interesse público primário, as finalidades administrativas são interesses públicos secundários¹¹¹.

¹¹⁰ Para Juarez Tavares (2002, p. 197), a teoria do bem jurídico elaborado por Roxin continua responsável pela manutenção do sistema. Sendo assim, o autor inclui Roxin como partidário de concepções sociológicas.

¹¹¹ É de se lembrar que o Estado interventor do bem-estar transformou-se em empresa acima das outras empresas. E com a chegada das sociedades hipercomplexas da era da computação ou

Embora a intervenção penal esteja submetida a parâmetros de limitação constitucionais, o conceito de bem jurídico de Roxin pode ser manipulado pelo legislador com vistas ao acolhimento de interesses públicos secundários (além de, também, aceitar antecipações de punibilidade), especialmente nos casos em que a Constituição é prolixa e não conta com graus aceitáveis de estabilidade jurídica. Apesar de se assentar em base sistêmica, caminha para a construção de um sistema de garantias (TAVARES, 2002, p. 197).

O alemão Hans Joachim Rudolphi (1970¹¹² *apud* PRADO, 1997, p. 52) entende que os valores fundamentais devem ter referência constitucional e que o legislador ordinário está obrigatoriamente vinculado à proteção de bens jurídicos prévios ao ordenamento penal, cujo conteúdo é determinado de conformidade com os valores da Constituição. Para Luiz Luisi, a posição de Rudolphi expressa bem essa teoria à medida que ensina que a busca dos bens jurídicos há de partir de uma precisa determinação da sociedade estatal, como se desenvolve no marco da Constituição, assim como também de uma profunda análise da vida social, dentro da Constituição, que deve proteger-se de danos e perturbações (LUISI, 1998, p. 103-108). Em suma, decisões valorativas que dão origem aos bens tutelados pelo direito penal pertencem à ordem constitucional e somente a partir das Constituições podem ser compreendidas (GODÓI, 2006, p. 134-138).

Figueiredo Dias, em Portugal, é um partidário dessa concepção. Segundo ele, toda a atividade legiferante deve estar submetida à Constituição e fundar-se na legalidade democrática. A ordem legal dos bens jurídicos há de constituir, antes de mais, uma ordenação axiológica como aquele que preside a Constituição, verificando-se em ambas uma mútua relação (DIAS, 1982, p. 44). Essa simbiose é a fronteira de uma criminalização legítima.

Para as teorias de fundamentação constitucional estrita, somente os valores expressamente consagrados na Constituição podem ser objeto de criminalização. Luisi assevera que o “legislador penal encontra nas constituições prescrições específicas e explícitas nas quais estão presentes os bens jurídicos a serem recebidos na ordem jurídico penal” (LUISI, 1998, p. 103-108). Em face de constituições rígidas, a atividade legislativa não conseguiria acompanhar as

pós-industrial as relações tornaram-se complexas e fluidas (FERNANDES, 2012, p. 73). Então, não se rejeita a distinção promovida.

¹¹² RUDOLPHI, Hans Joachim. Die verschiedenen aspekte des Rechtsgutsbegriffs. In: *Festschrift für Richard M. Honig*. Göttingen: Verlag, 1970.

modificações da própria sociedade que rege. As diretrizes dessas concepções reduzem o papel do direito penal ao de mero sancionador de bens jurídicos de referência constitucional explícita (SALES, 2005, p. 123,124).

Prado resume que “de outro passo, as teorias constitucionais estritas, representadas por Bricola, Musco, Angione e Gonzalez Rus, orientam-se firmemente e em primeiro lugar pelo texto constitucional, em nível de prescrições específicas” (PRADO, 1997, p. 53).

Ferrajoli lembra que na tradição do constitucionalismo democrático, as necessidades e os interesses vitais das pessoas estipulados como merecedores de tutela têm sido expressados quase sempre sob a forma de direitos fundamentais. Paralelamente, foram, sobretudo, os direitos fundamentais os que delinearão o sistema de limites e vínculos substanciais aos poderes públicos denominados “esfera do decidível”, formada por aquilo que a nenhum poder, nem mesmo à maioria, é consentido decidir ou não decidir (FERRAJOLI, 2010, p. 49)¹¹³. Para o expoente, a história do bem jurídico coincide, em boa parte, com a história do conceito de delito (FERRAJOLI, 2010, p. 429)¹¹⁴. Tem razão o autor italiano: como já observado, o conceito de crime cunhado no período iluminista traz subjacente a ideia de que existe um objeto e que é possível questionar a legitimidade do pressuposto da incriminação.

A teoria do bem jurídico, para Ferrajoli, dificilmente pode dizer (positivamente) que determinada proposição penal é justa enquanto protege um determinado bem jurídico. Pode oferecer unicamente uma série de critérios negativos de deslegitimação para afirmar que determinada proibição penal ou a punição de uma concreta conduta proibida carecem de justificação ou a têm escassamente (FERRAJOLI, 2010, p. 432). Para o italiano, a função de limite ou garantia consiste no fato de que a lesão de um bem jurídico deve ser condição necessária, embora não suficiente, para justificar sua proibição e punição como

¹¹³ Na essência, a “esfera do decidível assemelha-se à teoria alemã intitulada teoria do limite dos limites”.

¹¹⁴ Para o autor italiano, “a ideia de bem jurídico, que remete ao princípio da ofensividade dos delitos como condição necessária para a justificação das proibições penais, configura-se como limite axiológico externo (referente a bens considerados politicamente primários) ou interno (com referência a bens estimados, constitucionalmente protegidos) do direito penal; [...] as políticas do direito penal parecem orientar-se hoje em sentido diametralmente oposto. [...]. Cada vez mais a sanção penal aparece como a única forma de sanção e a única técnica de responsabilização dotada de eficácia e de efetividade. Daí resulta que a inflação dos interesses penalmente protegidos, que perdeu toda a consistência conceitual da figura do bem jurídico” (FERRAJOLI, 1992, p. 5).

delito (FERRAJOLI, 2010, p. 433).

As concepções de caráter eclético, embora acrescentem às concepções de caráter estrito a possibilidade de criminalização de valores constitucionais implícitos, são compatíveis com o direito penal garantista em razão dos filtros de moderação.

Na doutrina nacional, Luiz Regis Prado é partidário dessa concepção. A tarefa legislativa, para o autor, há de estar sempre que possível vinculada a determinados critérios reitores positivados na Lei Maior que operam como marco de referência geral ou de previsão específica expressa ou implícita de bens jurídicos e a forma de sua garantia. A linha reguladora constitucional de ordem hierarquicamente superior deve servir para impor contornos inequívocos ao direito de punir (PRADO, 1997, p. 73-74). O autor brasileiro assevera que para as correntes constitucionalistas do bem jurídico, os parâmetros gerais de natureza constitucional dão colorido especial ao conteúdo bem jurídico-penal ao imporem “certa e necessária direção restritiva ao legislador ordinário, quando da criação do injusto penal” (PRADO, 1997, p. 73).

Cerezo Mir, na Espanha, assinala que a relevância constitucional de um bem é critério hábil a decidir se é um interesse da vida social e sobre a necessidade de proteção penal, mas a questão não pode resolver-se somente assim. Deve-se ter em conta a importância social do bem jurídico (CEREZO, 1994¹¹⁵ *apud* SALES, 2005, p. 125).

Não há incompatibilidade entre as concepções citadas. São complementares.

4.4 Conceito de bem jurídico: conceito adotado e relação com o sistema financeiro nacional

A atual crise existencial do bem jurídico-penal cinge mais fortemente sobre quais opções valorativas podem ser acolhidas do que sobre sua dispensabilidade teórica. As discussões sobre os filtros de legitimidade da teoria do bem jurídico passam também pela análise da titularidade do valor, especialmente pelo fato de

¹¹⁵ CEREZO MIR, José. Bien jurídico e bien jurídico-penal como límite del ius puniendi. *In: El derecho penal en el estado social y democrático de derecho*. Barcelona: Ariel, 1994.

o conceito de bem jurídico estar sofrendo um processo de espiritualização ou desmaterialização.

Os bens jurídicos, quanto à titularidade, são individuais ou supraindividuais.

Os bens jurídicos individuais dizem respeito às pessoas individualmente consideradas. De acordo com Prado, os bens jurídicos supraindividuais exorbitam tal âmbito:

São característicos de uma titularidade de caráter não pessoal, de massa ou universal (coletiva ou difusa); estão para além do indivíduo – afetam um grupo de pessoas ou toda a coletividade –; supõem, desse modo, um raio ou âmbito de proteção que transcende, ultrapassa a esfera individual, sem deixar, todavia, de envolver a pessoa como membros indistintos de uma comunidade. [...] nestes [bens jurídicos supraindividuais], a referência pessoal é indireta, em maior ou menor grau. São bens universais da sociedade como um todo, com um marco individual mais ou menos acentuado (PRADO, 2008, p. 251-253)¹¹⁶.

Três teorias, com nítida influência de estudos de Ihering desenvolvidos no âmbito direito privado, discorrem sobre a classificação dos bens jurídicos segundo a titularidade: a teoria monista pessoal, a teoria monista não pessoal e a teoria dualista.

Para adeptos da teoria monista pessoal, os valores acolhidos como bens jurídicos devem referir-se ao indivíduo. Hassemer é um dos partidários dessa vertente, cuja base é nitidamente antropocêntrica. Propugna o autor que a pessoa humana ocupe papel central na intervenção penal. O objetivo é traçar lineamentos que permitam a avaliação dos bens jurídicos a partir do indivíduo (HASSEMER, 1989).

Para a teoria monista não pessoal, a figura do Estado exerce primazia frente ao indivíduo, motivo pelo qual todos os bens teriam, primariamente, natureza coletiva. Nesse momento contemporâneo, Günther Jakobs é o principal adepto dessa vertente. Em épocas pretéritas, assim entendia Binding. Acolher que o ser humano está subordinado ao Estado conduz à sua instrumentalização. Trata-se de pleitear a proteção mediata da pessoa, eis que há restauração do Estado como elemento central da sociedade civil. Não se trata de uma concepção

¹¹⁶ O sistema financeiro nacional é um direito coletivo *stricto sensu*, conceituado como “direitos transindividuais, de natureza indivisível, de que são titular grupo, categoria ou classe de pessoas (indeterminadas, mas determináveis, frise-se, enquanto grupo, categoria ou classe determinável) ligadas entre si, ou com a parte contrária, por uma relação jurídica base” (DIDIER JR.; ZANETI JR., 2012, p. 75).

compatível com as imposições constitucionais ou com a exigência de que o conceito de bem jurídico-penal acolha valores importantes para o indivíduo.

Para a teoria dualista, há bens jurídicos individuais e bens coletivos. Tiedemann é partidário dessa vertente. Se os bens coletivos nem sempre se referem a interesses do indivíduo, então as finalidades administrativas (funções) também são bens jurídicos.

A discussão sobre a titularidade do bem jurídico não perde relevância se se considera que há abertura epistemológica para acolher com mais facilidade “necessidades nem sempre individualmente identificáveis e pertencentes a um número plural de pessoas” (OLIVEIRA, 2009).

Embora seja comum encontrar entendimentos no sentido de que estes se sobrepõem aos bens jurídicos individuais, entende-se que não há essa primazia. Devem ser vistos como realidades coexistentes:

[...] convém advertir que não há num Estado democrático de Direito nenhuma preponderância do bem jurídico transindividual sobre o individual. Muito ao contrário. O que está em debate aqui nada mais é que a tutela de bens jurídicos que se encontram além do indivíduo em si, que se fazem presentes em uma dimensão mais ampla, grupal ou comunitária, e não sobre o indivíduo no sentido de lhe ser hierarquicamente superior (PRADO, 2008, p. 251-253).

A pesquisa acolhe a teoria constitucional eclética do bem jurídico e a teoria monista pessoal como pontos de partida para a legitimação dos tipos penais.

As concepções da Escola Clássica são afastadas, inclusive a teoria de Birnbaum (2010), que tecnicamente define de forma adequada o conceito de bem jurídico. Assumir que o Estado possa ser o sujeito que valora as premissas de legitimação do bem jurídico não se revela adequado para limitar a atividade punitiva.

As concepções positivas e metodológicas, igualmente, não são acolhidas, pois o conceito de bem jurídico subordina-se à discricionariedade de uma vontade geral (vontade estatal). Não limitam a atividade punitiva e fundamentam o caráter constitutivo do direito penal. A incriminação, para essas vertentes, prescinde da danosidade e seu conteúdo obedece ao intento do poder político dominante. A categoria confunde-se com a “*ratio legis*” em clara redução formal e esvaziamento

substancial (HIRSH, 2000, p. 79)¹¹⁷.

As concepções sociológicas de base ontológica, assim como a vertente fundada no modelo funcionalista próprio (Jakobs), também não são acolhidas. Isso porque permitem que funções sejam protegidas como se bens jurídicos fossem – o que é inadmissível. A concepção de Jakobs, de forma radical, também conduz ao esvaziamento substancial do conceito, que perde qualquer vinculação axiológica para fundamentar um caráter estritamente normativo e de cunho intimidatório e preventivo. No que concerne à teoria desenvolvida por Hassemer, entende-se ser adequada no ponto em que, desvelando um conceito crítico com o sistema, exige que os bens jurídicos sofram, quando da aferição dos pressupostos de legitimidade, um processo de redução individual. O bem jurídico, de fato, deve ser funcionalizado a partir da pessoa humana e submetido a mandados de moderação, mas isso não implica desconsiderar valores que, do ponto de vista da titularidade, exorbitam a esfera individual. Não há como negar, na atualidade, a relevância de bens coletivos (como meio ambiente sadio).

As concepções constitucionais de caráter geral não são capazes de, por si sós, evitarem a hipertrofia do direito penal. A justificativa de que, em razão da configuração atual da sociedade (contatos anônimos e de riscos incalculáveis), deve o direito penal agir preventivamente não é legítima. Os direitos constitucionais não podem ser todos qualificados como fundamento da incriminação (especialmente quando o substrato é uma constituição prolixa). Sendo assim, são rejeitadas. Também não se acolhem as concepções constitucionais restritas, posto engessarem a atividade incriminadora.

As concepções constitucionais de caráter eclético são acolhidas como premissas nesta pesquisa, embora se entenda que a Constituição (limite da incriminação) não defina uma hierarquia de valores¹¹⁸.

Esse argumento é controverso na doutrina brasileira. As propostas de hierarquização de bens jurídicos partem de concepção subjetiva, pois não há comando constitucional sobre a temática.

Carvalho afirma que “no balanço dos bens jurídicos dignos de proteção,

¹¹⁷ O autor afirma que a apenação de infrações à norma foi um dos pontos mais críticos do Projeto de Código Penal Alemão de 1962 e que não compreende como atualmente isso poderia ser válido.

¹¹⁸ É importante frisar que não se prescinde de um direito internacional como garantia dos limites do ordenamento constitucional nacional. Os tratados internacionais de direito humanos também limitam a atividade punitiva.

ganham mais força os pertinentes à defesa da ordem econômico-social, cultural e ambiental, hierarquicamente superiores, pela Constituição, aos clássicos crimes contra o patrimônio” (CARVALHO, 1992, p. 48). A conclusão da autora parece lastrear-se nos artigos 1º e 3º da Constituição de 1988.

Para Lopes, o artigo 5º da Constituição traz um comando hierárquico de valores:

O modo como está redigido o art. 5º, *caput*, da Constituição brasileira indica que entre os bens jurídico-constitucionais vida, liberdade, igualdade, segurança e propriedade vige uma ordem hierárquica. Mas, o que informa essa hierarquia é o caráter ético que preside essa noção de valores e bens jurídicos na Constituição brasileira que decorre de seu compromisso com a instituição de um Estado Democrático destinado a assegurar o exercício dos direitos sociais e individuais, a liberdade, a segurança, o bem-estar, o desenvolvimento, a igualdade e a justiça como valores supremos de uma sociedade fraterna, pluralista e sem preconceitos, fundada na harmonia social e comprometida com a solução pacífica das controvérsias e que deve corresponder, no Direito Penal, a uma construção proporcional do sistema de penas e dinamicamente disciplinado por mecanismos de controle eficientes (LOPES, 1999, p. 842).

Já Prado afirma que se encontram, “portanto, na norma constitucional as linhas substanciais prioritárias para a incriminação ou não de condutas” (PRADO, 1997, p. 76).

No mesmo sentido, Fernandes afirma que:

A constituição de 1988 elenca um rol de direitos fundamentais notadamente em seu artigo 5º, sem, contudo, como já discutimos, criar impedimentos para que existam outros direitos fundamentais para além desse dispositivo normativo. Também, lembramos, não é possível afirmar hierarquização prévia, *in abstracto*, entre direitos fundamentais, o que somente pode se verificar no caso a caso (FERNANDES, 2012, p. 357)¹¹⁹.

Na Alemanha, Robert Alexy (2008, p. 158-160) também entende ser discutível o estabelecimento de uma ordem hierárquica de valores constitucionais:

¹¹⁹ Vale lembrar que as vertentes teóricas ora mencionadas partem de pressupostos teórico-metodológicos diversos.

Já é questionável se uma única pessoa consegue indicar os valores concretos que, segundo seu modo de ver, podem ser relevantes para julgá-lo e o decidir no âmbito dos direitos fundamentais. Um catálogo completo, acerca do qual todos estejam de acordo, seria praticamente impossível estabelecer. Isso já é suficiente para colocar em dificuldades o conceito de ordem hierarquizada de valores. Se não é possível estabelecer um catálogo exaustivo, é, então, necessário ordenar algo conhecido de maneira incompleta. Ainda mais difícil que o problema da identificação daquilo que deve ser ordenado são os problemas da ordenação em si mesma (ALEXY, 2008, p. 159).

A adesão às concepções constitucionalistas de caráter eclético não implica o acolhimento de funções como bens jurídicos.

Para Juarez Tavares, o bem jurídico é tanto objeto de preferência (como valor vinculado à finalidade da ordem jurídica) como objeto de referência (pressuposto de validade da norma), residindo, nesse duplo aspecto, a confusão entre tal elemento e as funções:

A principal fonte de confusão entre bem jurídico e função está situada, porém, na indefinição acerca do objeto de referência da norma. O bem jurídico constitui, ao mesmo tempo, objeto de preferência, como valor vinculado à finalidade da ordem jurídica em torno da proteção da pessoa humana, e objeto de referência, como pressuposto de validade da norma, bem como de sua própria eficácia. Neste último caso, ao subordiná-la à demonstração de lesão ou colocação em perigo do bem jurídico. A doutrina tem normalmente trabalhado, com essas duas categorias, ou modos de expressão do bem jurídico, sem atentar para o fato de que a segunda (objeto de referência) constitui objeto dependente da primeira (objeto de preferência). Na medida em que toma o bem jurídico apenas como objeto de referência, é fácil confundi-lo com qualquer função, pois na condição de objeto de referência desempenha o bem jurídico, efetivamente, uma função de validade e eficácia da norma. A fim de torná-lo objeto de garantia e não simplesmente de incriminação, é indispensável pensá-lo como objeto de preferência, vinculado a um valor (TAVARES, 2002, p. 205).

O conceito de função parte da ideia de que tem sempre uma característica de instrumentalidade e de dependência de outro objeto (TAVARES, 2002, p. 206) e não é suscetível de preferência, pois não constitui um valor e, portanto, não pode ser confundida com um bem (TAVARES, 2002, p. 208), embora algumas funções se materializem a ponto de suas emanções constituírem uma realidade (TAVARES, 2004, p. 65):

[...] a função não existe por si mesma, depende de uma relação e de suas variáveis, possibilitando unicamente cálculos de predicados, que não podem ser confundidos com valores. Não importa, assim, ao conceito de função que essa ou aquela atividade de controle possa ser útil ou inútil, adequada ou inadequada. [...]. Já o bem jurídico – por exemplo, a vida humana – deve ser tomado como valor por si mesmo, quer se refira a uma pessoa virtuosa, quer a uma pessoa moralmente execrável. Não há possibilidade de se medir, quantitativamente, o grau de intensidade de valor da vida, porque isto implicaria a edificação de uma ordem jurídica puramente utilitarista, de todo modo inadmissível¹²⁰.

Entender que a função é um bem jurídico acarreta um direito penal hiperatrofiado e simbólico. Manifesta-se quando ele cumpre ou pretende cumprir uma função diferente da referida no objeto que menciona. A legislação projeta efeitos diversos dos originários¹²¹.

Para Zaffaroni, o fenômeno acarreta o “embuste da ilusão punitiva”: em troca da vingança simbólica, os setores vulneráveis azeitam discursivamente as engrenagens do poder punitivo e legitimam sua própria criminalização (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 217). Se se admite que a função do direito penal possa ser simbólica, o bem jurídico manifesto torna-se secundário enquanto o latente passa a ser a falsa imagem do Estado como provedor de soluções aos conflitos (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 490-491).

Concorda-se quando Castilho afirma que:

¹²⁰ Acrescenta o autor que “não contradiz essa assertiva, igualmente, a relativização de alguma modalidade de projeção da vida, como a ampliação das causas de permissibilidade do aborto, porque, neste caso, a vida humana em formação se faz objeto de um juízo de valor em face da pessoa humana da mãe e de suas condições reais de existência. Quer dizer, não se está procedendo a uma avaliação meramente predicativa ou de quantidade, mas de substância, entre a manutenção da vida já formada da vida da mãe, e de suas condições reais e qualitativas de existência, e a da vida em formação do feto. Há, aqui, um conflito real de bens jurídicos e não de funções. Como a função depende da relação na qual se processa e cuja entidade é, no fim, a consequência de uma metamorfose e não a representação de uma realidade substancial, não detém a função caráter de autonomia ou independência. Em oposição a isso, deve-se entender o bem jurídico como um valor da pessoa humana, de caráter universal, material ou ideal, mas real, que independe, para sua existência e essência, de qualquer relação funcional” (TAVARES, 2002, p. 214).

¹²¹ Rememora-se teorema de Thomas – citado por Cirino dos Santos em artigo que aborda o tema: “*situações definidas como reais produzem efeitos reais*, conforme costumava repetir Baratta: **se imagens da realidade produzem efeitos reais, então** é desnecessário *agir sobre a realidade* para obter resultados práticos; ao contrário, pesquisas mostram a suficiência de *ações sobre a imagem da realidade* para criar efeitos reais na opinião pública – por exemplo, efeitos de legitimação ou de desestabilização de governos, como ocorre na América Latina” (SANTOS, 2011, grifos originais).

Se a pretendida função instrumental do Direito Penal (prevenção e limite do *ius puniendi*) oculta a função latente de reprodução ideológica e material das relações de desigualdade na sociedade, pode-se concluir que a impunidade da criminalidade econômica existirá enquanto persistirem essas relações de desigualdade (CASTILHO, 1998, p. 58)¹²².

Para Ferrajoli:

O resultado de tal inflação [do direito penal], apenas polida pelas distintas leis descriminalizadoras dos últimos anos, é, simplesmente, a dissolução do conceito de bem penal como critério axiológico de orientação e delimitação das opções penais. A multiplicidade, a casualidade, a contingência e, às vezes, a inconsistência dos bens equivalem, de fato, à desvalorização da ideia mesma de bem e indicam a sobrecarga de funções impróprias que lastreiam nossa justiça penal. A análise dos bens, valores ou privilégios legalmente tutelados reveste-se de uma relevância não só científica senão também política, pois proporciona o pressuposto de toda a valoração crítica e de toda consideração de reforma do direito vigente (FERRAJOLI, 2010, p. 436).

A legitimidade do conceito de bem jurídico não reside apenas na dignidade da pessoa. Salomão afirma que a relação entre o valor e a sua recondução à pessoa humana é questão “mal colocada” (SALOMÃO, 2001a, p. 175-176).

De fato, é preciso cautela na construção de argumentos dessa natureza, pois os bens jurídicos supraindividuais, por si sós, têm sido objeto de tutela a partir das relações que emanam e não como unidades de valor convergentes para o ser humano, exatamente em razão da proteção à dignidade da pessoa humana.

Essa cláusula, que conta com foros de fundamento da República, é um daqueles temas sobre os quais a própria definição é inviável (já que conduz a limitações). Embora não seja adequado conceituá-la, as discussões sobre a violação ou não do núcleo mínimo individual em casos concretos são necessárias. Antes de ser um princípio, é um atributo da pessoa e condição de legitimação de todo o ordenamento jurídico. É mais eficaz analisar “quando”, “como” “e por que” suas manifestações contribuem para a garantia de iguais liberdades subjetivas para a ação (FERNANDES, 2012, p. 2999-360).

Para Prado, todavia, rege-se por critérios axiológicos:

¹²² Mais uma razão para que a democratização econômica seja funcional e real.

Não se pode esquecer jamais que a pessoa humana não é um objeto, um meio, mas um fim em si mesmo e como tal deve ser respeitada. Com efeito, pontifica-se, com acerto, que o “respeito à dignidade da pessoa humana é um princípio material de justiça de validade *a priori*”. Isto se o direito não quer ser mera força, mero terror, se quer obrigar aos cidadãos em sua consciência, há de respeitar a condição do homem como pessoa, como ser responsável, com um ser capaz de reger-se pelos critérios do sentido, da verdade e do valor (do que tem sentido ou é o absurdo; do verdadeiro ou do falso; do que é valioso e do que não o é). O direito já tem força obrigatória por sua simples positividade [...] (PRADO, 1997, p. 65-66).

Apesar de permitir a edificação da teoria dos direitos fundamentais, há transferência para o intérprete de uma dose importante de discricionariedade. Luiz Roberto Barroso (2007), constitucionalista de relevo no Brasil, ressalta que a menor densidade jurídica de normas dessa natureza impede que delas se extraia, no seu relato abstrato, a solução completa das questões sobre as quais incidem (BARROSO, 2007).

Também para Canotilho a dignidade da pessoa humana é um conceito com abertura de valoração e que tem de ser preenchida, em grande medida, pelos órgãos ou agentes de concretização das normas. Ele reporta que:

A densificação dos direitos, liberdades e garantias é mais fácil do que a determinação do sentido específico do enunciado dignidade da pessoa humana. Pela análise dos direitos fundamentais constitucionalmente consagrados, deduz-se que a raiz antropológica se reconduz como *pessoa*, como *cidadão*, como *administrado*. Quanto à dignidade da pessoa humana, a literatura mais recente procura evitar um conceito fixista, filosoficamente sobrecarregado (CANOTILHO, 1993, p. 219-363).

No mesmo sentido, Roxin afirma que o atentado contra a própria dignidade humana não é, todavia, lesão de um bem jurídico (ROXIN, 2006, p. 21).

Com essas advertências, não se prescinde que o bem jurídico deva passar pelo processo de redução individual. A concepção material de injusto, a partir da teoria do bem jurídico, promove também a limitação do poder punitivo, pois pode: a) distinguir unidades de valor relevantes para o corpo social das funções (função dogmática); b) fundamentar o conteúdo material do injusto, exigindo-se avaliação de ofensividade mínima tanto na criminalização primária quanto na secundária (função teleológica); c) limitar o poder punitivo de forma que não seja mantido o estereótipo da criminalidade como obra tosca de extratos tidos como subalternos da sociedade (função de garantia).

Portanto, “as características de uma criminalidade moderna não se ligam

necessariamente a um direito penal de símbolos”, sendo necessário conciliar a “visão garantista, até então concebida à luz de bens jurídicos individuais, com a vicissitude moderna de se tutelarem interesses coletivos” (OLIVEIRA, 2009, p. 116-117).

Os fundamentos das funções dogmática e de garantia do conceito são extraídas de estudos de Zaffaroni, o qual entende que:

O mito¹²³ do bem jurídico protegido ou tutelado, que se racionaliza com a teoria imperativa do direito, pressupõe aceitar a eficácia protetora do poder punitivo consagrada de modo alegadamente dedutivo, segundo o qual, se uma norma proíbe uma ação que o lesiona, é porque o tutela e o protege [...]. Trata-se de uma premissa que consiste em um juízo falso: as normas protegem ou tutelam bens jurídicos. Este juízo, ao verificar a operatividade do poder punitivo, ao menos na maioria dos casos, resulta em um valor de verdade falso. Este conceito legitimante de bem jurídico (bem jurídico tutelado) é produto de uma confusão incompatível com o caráter fragmentário da legislação penal e com o caráter sancionador desta (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 486)¹²⁴.

Considerando que direito penal e atividade punitiva são elementos diversos e tendo em vista que cabe à teoria do bem jurídico delinear a zona do ilícito a partir de balizas constitucionais e transconstitucionais (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 486), pode-se falar em “direito penal máximo” contraposto a um “poder punitivo mínimo”, especialmente porque¹²⁵:

¹²³ “O conceito de arquétipo, que constitui um correlato indispensável da ideia do inconsciente coletivo, indica a existência de determinadas formas na *psique*, que estão presentes em todo tempo e em todo lugar. [...]” (JUNG, 2000, p. 24-54).

¹²⁴ Luigi Ferrajoli (2010, p. 462), ao discorrer sobre o caráter constitutivo do direito penal, parte de premissa diversa. Constitutiva é a norma “que estabelece imediatamente, isto é, sem a mediação de comportamentos cuja comissão ou omissão suponham sua observância ou sua infração, qualificações e/ou efeitos jurídicos”.

¹²⁵ As expressões “direito penal máximo” e “direito penal mínimo” geralmente vêm associadas aos vínculos garantistas existentes em um sistema jurídico-penal, sendo possível, não obstante, encontrar sistemas intermediários que ora tendem ao primeiro ora ao segundo. O minimalismo, cujo expoente maior é Ferrajoli, não segrega “direito penal” e “poder punitivo”, na medida em que define aquele como técnica que se manifesta a partir de coerção e restrições aos potenciais desviantes, àqueles suspeitos de sê-lo ou, ainda, àqueles condenados como tais, sendo o objetivo justificante do direito penal a tutela dos direitos e garantias fundamentais. Ao direito penal, então, caberia a prevenção a reações formais e informais mais violentas contra o delito, o que impediria a realização da vingança privada, estando o poder punitivo sempre ao lado do mais fraco. Associa-se, então, no minimalismo, “poder punitivo” ao mais “fraco”: aquele seria uma espécie de programa defensor deste, o que justificaria o caráter mínimo do Direito penal. Um “direito penal mínimo”: um “poder punitivo mínimo”. No entanto, concorda-se com Zaffaroni quando este conclui que não há razões históricas que permitam sustentar que o poder punitivo alguma vez vai estar ao lado do mais fraco, senão ao contrário. Sendo “direito penal” e o “poder punitivo” coisas diversas em que há um poder punitivo extremado ou amplo, como no Brasil, há que se adotar um “direito penal efetivamente máximo”. O tema foi objeto de artigo apresentado pela pesquisadora-orientada como requisito parcial de aprovação em disciplina do Programa de Pós Graduação em Direito da Universidade, em 2010, ainda não publicado.

Com efeito, a legislação penal não cria bens jurídicos, pois são criados pela Constituição, pelo direito internacional e pelo resto da legislação. Nesses âmbitos trata-se de bens jurídicos tutelados (pela respectiva norma que o manifesta). A lei penal somente eventualmente individualiza alguma ação que o afeta de certo modo particular, mas nunca pode lhe fornecer uma tutela ampla ou plena, dada a sua natureza fragmentária e excepcional. O direito penal recebe o bem jurídico *já tutelado* e a norma que se deduz do tipo não faz mais que anunciar um castigo para certas formas particulares e isoladas de lesão ao mesmo, inclusive quando o faz por expresse mandamento constitucional ou internacional (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 486).

Sabe-se que o conceito de bem jurídico, pervertendo-se em legitimante, abre caminho para uma ilimitada criminalização e escancara a insuficiência do instituto para limitar a criminalização primária. A função de garantia do elemento em questão se esvai.

A expansão do poder punitivo, muitas vezes traduzida na ineficiência do direito penal naquilo que seria sua função latente¹²⁶, permite afirmar que seu desenvolvimento real não tem sido de outra forma. É uma panaceia contra a impunidade¹²⁷, cujas raízes, segundo Scheerer, residem na combinação da instrumentalização política do direito penal, na sua inversão de uma orientação *input* para *output*, no seu investimento para a proteção dos – como vagamente formulados – “bens jurídicos de consumo” e predomínio da ideia de prevenção (SCHERER, 2002, p. 14).

A Lei nº 7.492, de 1986, é um exemplo. Nasceu como resposta ao anseio das autoridades e do povo quanto à necessidade de lei penal prevendo os crimes contra o sistema financeiro. Os tipos penais existentes permitiam o absurdo de se “condenar ladrão de galinhas, deixando sem punição pessoas que furtaram bilhões não apenas do ‘vizinho’, mas a nível [*sic*] nacional¹²⁸. Dessa justificativa extrai-se nitidamente o simbolismo do direito penal e a proeminência do caráter latente em detrimento do bem jurídico manifesto.

O estudo de Zaffaroni traz balizas teóricas que limitam a intervenção penal

¹²⁶ Para Luisi (2003, p. 41), do princípio jurídico-penal da intervenção mínima decorre o caráter fragmentário e subsidiário do direito penal. A hipertrofia do direito penal não é recente como muitos, em razão das *velocidades do direito penal*, preconizam. Para detalhes: Jakobs (2003) e Silva Sánchez (2002).

¹²⁷ Para Zaffaroni, Alagia e Slokar (2002, p. 487), “não se definindo a finalidade da pena, é impossível distinguir entre poder punitivo legítimo e não legítimo e, portanto, impossível indicar ao poder político até onde é legítimo criminalizar: simplesmente, este criminaliza até onde não há poder jurídico com força para contê-lo, ou seja, o estado de polícia sempre avança até onde o estado de direito o permite”.

¹²⁸ O Projeto de Lei nº 273, de 1983 (que deu origem à lei em referência), foi publicado no Diário do Congresso Nacional (Seção I), que circulou dia 25 de março de 1983, às páginas 1018 e 1019.

do ponto de vista material e que podem conter o avanço do estado policalesco.

As concepções que pretendem limitar a atividade punitiva aos delitos cujo objeto remonta ao paradigma liberal (que impõe a supremacia de uma ordem privatística sobre interesses coletivos) não são acolhidas. Nesse prisma, é legítima a incriminação destinada a proteger o sistema financeiro. A criminalidade econômica, por irradiar dano difuso no tempo cronológico e no espaço físico, esconde a sua real nocividade¹²⁹. Concorde-se quando Moccia resume que “o código penal não pode ser mais o código para indigentes ou estúpidos, os quais, para seguir adiante, não possuem alternativa que não meter as mãos nos bolsos alheios” (MOCCIA, 2008, p. 286). O passo seguinte é avaliar em que condições a incriminação se legitima.

O direito penal é influenciado por diretrizes econômicas (RIGHI, 1980, p. 131) e não tutela bens jurídicos, é preciso desvendar se essa “tutela” foi promovida por outros ramos do direito.

A Constituição de 1988 possui um comando indicativo para a repressão a condutas que causem danos à ordem econômica (BRASIL, 1988, art. 173), o que preenche o requisito prévio de subsidiariedade. O sistema financeiro nacional revela-se como um valor explícito que pode ser elevado à condição de objeto de preferência e de referência da norma.

Prado defende que o bem jurídico “tutelado” pela Lei nº 7.492, de 1986 é “o sistema financeiro nacional consistente no conjunto de instituições (monetárias, bancárias e sociedades por ações) e do mercado financeiro (de capitais e valores mobiliários)”:

Tem por objetivo gerar e intermediar crédito (e empregos), estimular investimentos, aperfeiçoar mecanismos de financiamento empresarial, garantir a poupança popular e o patrimônio dos investidores, compatibilizar crescimento com estabilidade econômica e reduzir as desigualdades, assegurando uma boa gestão da política econômico-financeira do Estado, com vistas ao desenvolvimento equilibrado do país (PRADO, 2007, p. 170-171).

Para Tasse, o essencial é distinguir quando há simples agressão patrimonial da instituição financeira e quando o sistema financeiro está suscetível de sofrer violação:

¹²⁹ Quanto ao sistema financeiro nacional: Castilho (1998).

[...] se trata de um tema de elevada importância no direito penal brasileiro atual, não pela falta de clareza teórica sobre o que constitui esse bem jurídico, mas pela dificuldade em precisá-lo. Existe uma dificuldade, não em saber exatamente o que se deve entender por sistema financeiro, mas sim em decifrar quando o sistema financeiro foi efetivamente lesado com a prática de uma das condutas descritas nos tipos da Lei 7.492/86. Não resta dúvida de que o objeto de tutela é o sistema financeiro nacional, sendo este o objeto protegido pelo ordenamento penal. Ocorre, entretanto, uma dificuldade em saber se houve ou não agressão ou ao menos efetivo perigo de lesão ao sistema financeiro nacional. [...]. A melhor forma de entender cada delito é analisando quando a agressão praticada pelo agente coloca o funcionamento e equilíbrio do sistema financeiro nacional em risco real. Quando se analisa cada tipo da Lei 7.492/86, nota-se a presença de um bem jurídico específico e um secundário atrelado a cada dispositivo. No entanto, esta condição não desmente a regra geral pela qual o objeto de proteção é o sistema financeiro nacional (TASSE, 2009, p. 913).

Entendendo que o sistema financeiro nacional é um bem jurídico-penal em razão das relações jurídicas perpetradas através dele, Tigre Maia justifica que:

Destarte, a proteção penal emprestada ao Sistema Financeiro Nacional (SFN) deve envolver não apenas a garantia de consecução das metas das políticas públicas –, quer monetárias quer cambiais, que norteiam o sistema – como a preservação das instituições públicas e privadas que o compõem – quer propriamente financeiras, quer a elas equiparadas – bem como viabilizar a licitude e a transparência das relações existentes entre tais instituições, abrangendo este relacionamento o ocorrente entre elas mesmas, o existente entre elas e seus funcionários, o estabelecido entre elas e o Estado [...] e, finalmente, o que ocorre entre tais entes e os usuários de seus serviços (pessoas físicas ou jurídicas), aplicadores, poupadores, tomadores, segurados, consorciados etc. É exatamente essa teia de relações jurídicas que constitui a matéria-prima por excelência do bem jurídico *Sistema Financeiro Nacional*, que nos permite a construção de um conceito compatível com as modernas exigências do princípio da reserva legal (TIGRE, 1999, p. 26-27).

Para Pimentel, “o sistema financeiro nacional [...] é bem, serviço e interesse da União, razão pela qual a própria lei previu que o julgamento dessas infrações penais caberá à Justiça mediante a iniciativa do Ministério Público” (PIMENTEL, 1973, p. 23).

Conforme Tórtima, o sistema financeiro nacional é indispensável à eficiente execução da política econômica do governo (TORTIMA, 2000, p. 51).

No âmbito internacional, o cenário é semelhante.

Righi (1980, p. 118) salienta que o interesse do Estado pela integridade e conservação do sistema econômico pode ser acolhido como bem jurídico-penal (RIGHI, 1980, p. 131), o que faz deduzir que o sistema financeiro estaria contemplado. Para distinguir bem jurídico a dimensão é quantitativa.

No mesmo sentido, Moccia, na doutrina italiana, recomenda que esse mandado quantitativo deve ser observado:

O critério normativo da ofensividade exige que o delito, para ser caracterizado de nocividade social, se consubstancie na ofensa de um bem jurídico. Em uma dimensão garantista do ordenamento, o princípio da ofensividade se integra com o de legalidade, pelo qual resulta que se pode considerar delito unicamente o fato não somente previsto na lei como tal, senão também interpretado por ela, de maneira que resulte necessariamente ofensivo de um bem jurídico. [...]. O perigo, com características de concreção, marca o limite entre o direito penal da ofensa e, por isso, do fato. Para além deste último, abrem-se duvidosas perspectivas de direito penal sintomático, no âmbito no qual se falam seguramente de formas exasperadas de perigo abstrato [...] (MOCCIA, 2008, p. 297).

Metas relacionadas à estabilização financeira, política de acessibilidade ao crédito, credibilidade das instituições, relações jurídicas emanadas, redução das desigualdades, boa gestão da política econômica são caracterizadas, com respaldo doutrinário, como bens jurídico-penais (primária ou secundariamente) “tutelados” pela Lei nº 7.492, de 1986¹³⁰. Também é possível inferir que nem sempre se trata de valores individuais, mas de funções.

Esse entendimento não pode ser acolhido. Não há óbices quando o bem jurídico vincula-se a relações, mas sim quando estas passam a constituir o próprio substrato daquele:

Já se assinalou que uma das características do bem jurídico deve ser sua universalidade e substancialidade, isto é, sua subsistência como valor, independentemente de uma relação. Isto não obsta, está claro, que na maioria das vezes estejam os próprios bens jurídicos vinculados a muitas formas de relações, que lhes dão os contornos e lhes delimitam o âmbito de atuação, nem que algumas relações vitais possam ser enquadradas como bens jurídicos, desde que possuam caráter de universalidade. A liberdade, por exemplo, pode ser compreendida tanto como um valor intrínseco ou imanente da pessoa quanto como uma relação vital, quando vista sob o ângulo da convivência dessa mesma pessoa (TAVARES, 2002, p. 218-219).

A norma penal não deve individualizar infrações de dever. A incriminação deve referir-se a condutas que representam lesão ou ameaça de dano concreto ao bem jurídico em questão (sistema financeiro). Isso porque ele é um elemento da própria condição do sujeito e de sua projeção social; nesse sentido, pode ser entendido como um valor que se incorpora à norma como seu objeto de

¹³⁰ A Lei nº 7.492, de 1986, não deixa de ser uma exteriorização do poder punitivo às avessas.

preferência real (TAVARES, 2002, p. 198). A ordem econômica, com base nos argumentos já expostos, não pode ser vista como um bem jurídico-penal. A partir daí, a aferição de legitimidade do bem jurídico passa por um processo sequencial:

Se o objetivo do direito penal, porém, não é o de simplesmente proteger bens jurídicos, mas o de traçar, nitidamente, os contornos das zonas do lícito e do ilícito, do proibido e do permitido, no sentido de só justificar a intervenção do Estado sobre a liberdade da pessoa humana, em casos de extrema e demonstrada necessidade, a primeira condição de seu implemento é a de descartar, desde logo, essa classificação entre bens individuais e coletivos e trabalhar com a noção de bem jurídico como bem jurídico pessoal. Esse é o primeiro e indeclinável pressuposto para se proceder, com segurança, à identificação do bem jurídico e diferenciá-lo da função. Contudo, como em termos de percepção muitos bens jurídicos nitidamente pessoais (por exemplo, a honra e a intimidade) são imateriais, por sua natureza, a simples asserção do bem jurídico como individual (e não coletivo), embora constitua um pressuposto indeclinável de um direito penal democrático, não basta para sua perfeita distinção das funções. É indispensável, quanto a estes, proceder-se a uma segunda tarefa, a de estabelecer os princípios normativos de sua própria limitação. A percepção de um bem jurídico passa, portanto, por duas fases sequenciais. A primeira, de corresponder ao processo de redução individual. A segunda, de elencar suas características ou propriedades e de dispor acerca dos princípios normativos de sua delimitação (TAVARES, 2002, p. 198).

O sistema financeiro nacional, à medida que é imprescindível para que o indivíduo tenha acesso às condições que permitem o desenvolvimento das atividades econômicas, constitui-se em meio para efetivação de direitos fundamentais.

Considerando que as cooperativas podem se unir umas às outras por meio do regime de filiação e que as deficiências patrimoniais e situações de anormalidade de uma cooperativa específica podem atingir outra cooperativa, não basta que o quadro de associados conheça a situação de solidez da cooperativa de que é associado. Não se trata apenas de risco individual e inerente a cada instituição financeira, mas também de risco sistêmico, denominação daquele risco que, embora incida sobre uma parte do sistema, acarreta efeitos suscetíveis de gerar um colapso por todo esse mesmo sistema, com impactos, inclusive, na economia. De maneira geral, grande parte das instituições que integram o sistema financeiro está suscetível a isso. É comum a realização de operações financeiras cruzadas. Um banco de grande porte pode, por exemplo, adquirir ativos de instituições financeiras menores.

A pesquisa propõe que a divisão centrada no dano que atinge ora o

patrimônio da instituição ora todo o sistema seja vista sob outra perspectiva (o que não é fácil). O motivo relaciona-se com a figura do credor-devedor (associado) existente na cooperativa. Entre os vários grupos de interesses, dois são relevantes: os tomadores de crédito e poupadores.

Para o grupo dos poupadores, a instituição compõe duplamente o patrimônio do associado, funcionando como repositório primário (bens e direitos situados no âmbito de sua livre disposição) e secundário de bens (bens e direitos que destinados a formar o patrimônio da instituição e que somente em casos especiais são restituídos).

O grupo dos tomadores (figura paradoxalmente incômoda) é aquele que pleiteia acesso ao crédito junto à instituição. Em razão das operações e serviços celebrados com esse grupo, as preocupações patrimoniais tornam-se mais intensas. Entretanto, é a partir dele que a instituição financeira pode cumprir o principal objetivo que lhe cabe, qual seja o de conciliar objetivos sociais de uma instituição financeira com a ideia de responsabilidade social¹³¹.

Esses papéis todos não são estaques: se imbricam, cumulam e se modificam com a volatilidade que é peculiar às operações financeiras. Há, evidentemente, uma constelação de casos fáticos que podem levar uma instituição financeira a situações de anormalidades e à prática de ilícitos. Desse leque de possibilidades, duas hipóteses podem demonstrar que, favorecendo quaisquer dos grupos, a cooperativa de crédito olvida sua função constitucional e torna-se instrumento para a persecução de vantagens ilícitas. Trata-se da operação em regime de taxas diferenciadas (referente ao grupo poupador) e da operação com garantias cruzadas ou com garantia de capital institucional (concernente ao grupo poupador).

A operação em regime de taxas diferenciadas permite que pessoas específicas de um grupo segmentado de associados celebrem operações financeiras com encargos mais vantajosos. Isso pode parecer inofensivo, especialmente quando se trata de poucos centavos ou reais. Não é preciso tecer complexos cálculos matemáticos para inferir que, enquanto algumas pessoas específicas do quadro social receberão benesses, a cooperativa sofrerá impactos

¹³¹ Relativamente às instituições financeiras, a premissa é a conciliação do lucro com a ideia de responsabilidade social. As sociedades cooperativas, por sua vez, não visam e não podem perseguir lucro; conciliam o papel de agente financeiro com o dever de responsabilidade social quando o resultado aproxima-se de zero.

de resultados distorcidos que serão suportados por todo o quadro social. Os reflexos patrimoniais se protraem no tempo, atingindo, em algumas hipóteses, vários exercícios sociais. Além disso, é uma conduta expressamente vedada por lei para as cooperativas (BRASIL, 2009b, art. 37).

As operações com garantia cruzada ou com garantia de capital institucional podem caracterizar má-concessão de crédito, cuja danosidade é mais inequívoca. É correto que a instituição financeira se cerque de instrumentos suscetíveis a tornar mínima a insolvência do tomador. Para isso, são utilizados vários mecanismos (como os cadastros eletrônicos e interligados de crédito). Resgatando a ideia de que o cooperativismo é regionalizado por determinação legal, heterogêneo e que atua com setores locais e relevantes da economia (como o agropecuário e o industrial), é comum que as operações atinjam cifras elevadas e que se concentrem em pessoas determinadas. Nessas operações, o risco está controlado apenas de forma aparente, pois as pessoas assumem posições contratuais distintas, considerando-se a titularidade da operação. Nem sempre a garantia patrimonial é levada em conta. Como consequência prática, a concessão de crédito poderá ter sido lastreada em patamares pouco confiáveis de garantia (na perspectiva de risco de crédito). São “operações de garantia vazia”, cuja percepção é difícil. Os reflexos do inadimplemento podem atingir todo o quadro social e o prejuízo pode alcançar os demais entes que, pela filiação, estiverem a ela relacionados (o socorro financeiro pelo fundo garantidor comum)¹³².

Em ambos os tipos de operações, há transbordamento do risco comum em “risco sistêmico”, que pode afetar cooperativas diversas¹³³ e não está vinculado

¹³² Esse tipo de operação financeira, bastante comum nas cooperativas de crédito, já foi alvo de investigação na Bahia. Segundo sítio oficial da Procuradoria da República na Bahia, “Ministério Público Federal (MPF) em Eunápolis, a 644 km de Salvador, instaurou procedimento investigatório criminal para apurar denúncias de desvio de recursos aplicados na Cooperativa de Crédito Rural de Eunápolis (Credieunápolis). De acordo com representação protocolada no MPF naquela cidade, a instituição financeira teria transferido a maioria das garantias reais oferecidas aos empréstimos para alguns cooperativados, deixando outros a descoberto e permitindo a apropriação de recursos financeiros por parcela dos integrantes da entidade. O procurador da República Anderson Góis, que investiga o caso, afirma que os fatos narrados na denúncia apontam para a prática de crimes contra o sistema financeiro nacional, lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores e crimes contra a ordem tributária” (BRASIL, 2002c).

¹³³ A situação de evidência de uma cooperativa central (de atuação, geralmente, estadual) ou confederação (de atuação, em regra, nacional) é um exemplo: “classificam-se como “em evidência” as instituições supervisionadas que apresentam necessidade de acompanhamento específico por parte da supervisão”, decorrente de situações que comprometem ou venham a comprometer as condições indispensáveis para o funcionamento regulamentar, tais como o não

apenas a uma conduta penalmente relevante, mas também ao não cumprimento de funções.

Pelos embaraços em avaliar que condutas conduzem o sistema financeiro à lesão ou perigo concreto de dano, há normas penais acolhendo meras transgressões administrativas: o parágrafo único do art. 4º e o art. 6º da Lei nº 7.492, de 1986, são exemplos¹³⁴.

Levando em conta que a cooperativa de crédito conserva essencialmente a sua razão de existir por ser resultado da convergência de esforços voltados para, promover - visando ao homem inserido socialmente - adequadamente o acesso facilitado ao crédito e reciclar recursos financeiros em regiões periféricas, situações dessa natureza devem ser minimizadas.

Ademais, considerar que as instituições financeiras são repositórios patrimoniais organizados em sociedade globalmente econômica pode minimizar teorizações que acolhem a tutela penal de funções. É também uma das premissas que deve orientar a interpretação dos tipos penais da Lei nº 7.492, de 1986. A gestão adequada do acesso ao crédito é apenas uma das múltiplas relações derivadas do sistema financeiro; nem sempre a mais importante se se considera que tanto os interesses dos grupos poupadores e tomadores – ambos os proprietários da coisa comum – convergem para um valor acolhido pela coletividade a partir de um prisma individual. Negar essas características é rejeitar a própria visão do homem contextualizado socialmente e imiscuído nos modos de produção e sistemas de distribuição de riquezas; é aceitar apenas formalmente o compromisso de democratização econômica.

As concepções adotadas na pesquisa (concepção constitucional de caráter eclético e a concepção monista pessoal) permitem que a teoria do bem jurídico cumpra o seu papel limitativo da incriminação e protetivo da pessoa (TAVARES, 2002, p. 224).

cumprimento dos padrões mínimos de capital, grave situação dos controles internos, crise de liquidez ou outras deficiências de natureza grave. Tal condição pode submeter as instituições a restrições no âmbito do Banco Central do Brasil (BACEN)” (BRASIL, 2012d).

¹³⁴ Como será mencionado adiante, o artigo 6º criminaliza condutas que dificultam a atividade de fiscalização do ente supervisor (quem nem sempre têm potencialidade ofensiva suficiente para lesar ou colocar o sistema financeiro nacional em risco concreto). O artigo 4º, no caso concreto, tem sido complementado por normas do Poder Executivo, em especial sobre a formalização das operações financeiras.

4.5 Entre o bem jurídico-penal e as funções estatais: governança como instrumento administrativo de controle e relações com o modelo de atribuições sobrepostas

Sabendo-se que bem jurídico-penal e funções são elementos diversos, pode-se afirmar que existem instrumentos para assegurar o cumprimento destas, não sendo necessário auferir proveitos do simbolismo do direito penal nem desvirtuar o conceito daquele elemento. Entrelaçando a governança como o sistema de controle e tais elementos, pode-se concluir que ela pode ser instrumento útil para demarcar o contorno entre o bem jurídico-penal e a função. Um giro epistemológico para promover o interesse público primário em detrimento do secundário. É tautológico afirmar que o direito penal precisa emprestar o seu alcance, porque não há instrumentos de proteção. Tal premissa também pode afastar o caráter legitimante do direito penal buscado no conceito de bem jurídico-penal. Funções de estabilidade financeira, controle e de fiscalização podem, com mais clareza, ser alijadas do direito penal.

Nascida no contexto da teoria da agência¹³⁵, a governança corporativa destina-se a instituir mecanismos de controle com vistas a assegurar a perenidade da instituição e o mais baixo risco possível para o investimento das partes envolvidas. Assegura uma nítida função de estabilidade financeira. Em geral, ela se relaciona ao cumprimento de finalidades administrativas, porque representa um conjunto de instrumentos que dispõem sobre o governo estratégico da empresa, a articulação e a distribuição do poder entre as partes com direitos de propriedade ou responsáveis pela gestão em caráter complementar à lei. Não se limita a assuntos relacionados à regularidade contábil e/ou patrimonial (FONTES FILHO, 2009, p. 32); na verdade, importante é o exercício eficaz da propriedade. Embora a governança tenha tido aplicação inicial no cenário do mercado aberto, foram e são aproveitadas por outros segmentos, como empresas familiares e organizações sem fins lucrativos, em razão dos benefícios e do efetivo valor agregado às instituições que inicialmente as adotaram (FONTES FILHO; VENTURA; MARUCCI, 2007, p. 8).

No âmbito do sistema nacional de crédito cooperativo, costuma-se

¹³⁵ Nesse sentido: Fontes Filho e Ventura (2007, p. 1-3).

mencionar “governança cooperativa”, que nada mais é do que uma espécie “governança corporativa”. Pelas especificidades das cooperativas, o sistema de governança precisa ser adaptável (FONTES FILHO, 2009, p. 34)¹³⁶. Como visa a delimitar atribuições para reconduzir o conselho de administração e a administração executiva aos papéis que lhes são próprios (FONTES FILHO; COSTA COELHO; VENTURA, 2009, p. 69), é definida como:

O conjunto de mecanismos e controles, internos e externos, que permite aos cooperados definir e assegurar a execução dos objetivos da cooperativa, contribuindo para a sua continuidade e para fortalecimento dos princípios cooperativistas (FONTES FILHO; COSTA COELHO; VENTURA, 2009, p. 69).

Com o vocábulo “governança”, a propalada ideia de “boas práticas” vem à tona: trata-se das “boas práticas de governança corporativa”, que designam tanto o referido conjunto de mecanismos de controle como o suposto valor que agrega à instituição que as adota. O uso irrestrito da locução como sinônimo de “valor institucional” gera um esvaziamento de seu conteúdo e minimiza o seu papel¹³⁷. A redução ao caráter formal pode dificultar, preventivamente e do prisma da efetividade, a avaliação e o controle de condutas lesivas ou potencialmente danosas. Antes de ser um valor em si, representa (em síntese) referenciais de controles, *standard* de conduta que devem refletir padrões de comportamento superiores aos exigidos pela legislação¹³⁸.

Considerando que os problemas relacionados à má e/ou ausência de meios de controle variam conforme a instituição, o segmento e o nível de fiscalização a que estão sujeitos, a governança é responsável por alinhar os sistemas de controle e monitoramento de riscos existentes (FONTES FILHO; VENTURA; MARUCCI, 2007, p. 6). Mediamente promove redução de custos do capital.

Como as cooperativas são regidas por autogestão, esse modelo de administração é considerado ideal: uma instituição gerida pelos próprios

¹³⁶ Ainda segundo o autor: “embora a denominação governança corporativa seja orientada para o universo das corporações, sua proposta central de disciplinar os papéis e as responsabilidades entre proprietários e investidores ante a administração da empresa encontra aplicação a amplo conjunto de organizações, que abrange organizações de governança democrática – nas quais a participação nas decisões é um valor basilar – e de autogestão, a exemplo das cooperativas”.

¹³⁷ Nesse sentido, Brasil (2002d).

¹³⁸ É comum encontrar no âmbito das instituições instrumentos normativos que, sob o título *governança*, apenas reproduzem mecanismos de controle já previstos na legislação.

beneficiários, mediante esforço e fiscalização mútuos convergentes para o benefício comum. Os chamados problemas de agência da teoria da administração, em tese, são mitigados. Não é assim.

A construção de padrões de conduta no âmbito da governança cooperativa pode recair especialmente sob dois grupos de controles: interno e externo. Naquele, citam-se a participação dos dirigentes na propriedade (especialmente atuação do conselho de administração), vigilância mútua dos empregados e o direito de voto em assembleias gerais; no outro grupo, têm-se o mercado de bens e serviços, a concorrência no mercado de trabalho de dirigentes e a concorrência no sistema financeiro (FONTES FILHO; VENTURA; MARUCCI, 2007, p. 4).

Nesta pesquisa, centrar-se-á na delimitação de papéis e responsabilidades entre os órgãos sociais que atuam na instituição (grupo de controle interno), em especial das relações entre o conselho de administração¹³⁹ e a diretoria executiva.

Entre os papéis que a administração exerce, dois são relevantes: controle e estratégico. As atribuições estratégicas do conselho de administração compreendem:

Estabelecimento da estratégia organizacional, acompanhamento de sua implementação e avaliação de seus resultados. [...]. Além de estabelecer estratégias e objetivos, o órgão de administração estratégica deve ser o responsável pelo monitoramento de sua execução. [...]. É o conselho de administração que, em nome de todos os associados, deve garantir que os objetivos serão cumpridos, de forma que deve dispor dos instrumentos necessários a esse exercício (MELO SOBRINHO; BASTOS; FONTES FILHO, 2009, p.123).

O órgão executivo, por sua vez, deve:

Assumir a responsabilidade pelas demonstrações patrimoniais e de resultados da organização, expressos em documentos que sintetizam os resultados obtidos. Também é sua função identificar e expor ao órgão de administração estratégica os pontos vulneráveis e os riscos da cooperativa (OLIVEIRA, 2009, p. 139).

¹³⁹ Considera-se que o conselho de administração é o mecanismo de controle interno mais importante e que possui seis papéis: ligação, coordenação, controle, estratégico, conformidade e apoio, sendo cada um destes tratados em uma teoria da administração (FONTES FILHO; VENTURA; MARUCCI, 2007, p. 7-15).

Apesar da segregação entre ambas as atribuições ser uma tendência internacional, os modelos de atribuições sobrepostas caracterizam o segmento brasileiro:

A não distinção entre o órgão de decisão estratégica e o de execução é exemplo de uma característica do segmento no Brasil. Internacionalmente, a prática mais difundida, seja nas empresas, seja nas cooperativas, é a de separação do órgão político-estratégico de representação na decisão dos associados – conselho de administração (CA) – do órgão de execução – diretoria executiva (DE) ou órgão semelhante (superintendência executiva, gerência executiva ou outro). O marco legal vigente permite entender que as cooperativas brasileiras não estejam sujeitas à separação obrigatória entre seu CA e sua DE [...] (FONTES FILHO; COSTA COELHO; VENTURA, 2009, 65).

Pode-se observar a atuação do conselho de administração (que deveria ser estratégico) como mero homologador de decisões e políticas do órgão executivo, o qual, não raras vezes, avoca o papel de definidor de planos e projetos estratégicos da instituição (FONTES FILHO; VENTURA; MARUCCI, 2007, p. 32-33). Nesse espaço de conexão a autonomia é reduzida, senão inexistente. Como a diretoria tem assento no conselho de administração e possui direito a voto, os potenciais conflitos práticos e ideológicos entre os integrantes desse órgão colegiado são ocultos, porque não há independência material. Essa estrutura atípica para os padrões atualmente recomendáveis conduz a problemas de assimetria de informação e de enfraquecimento do conselho de administração como órgão de cúpula da instituição (FONTES FILHO; VENTURA; MARUCCI, 2007, p. 22). É pouco provável que a incriminação e a instituição de padrões de conduta superiores aos legalmente exigidos possam contribuir para alteração desse quadro fático:

Em consequência, os conselheiros que não ocupam cargos executivos podem ter dificuldade em acompanhar as propostas e as decisões dos demais, dado que os executivos têm mais fácil acesso à informação e mais conhecimento das práticas e operações da cooperativa. Reduzir o desequilíbrio na capacidade de decidir devido à assimetria de informação é questão fundamental de governança. Como o passar dos anos, esse desequilíbrio conduz a acúmulo de poder nos executivos e debilita o papel de monitoramento que o CA deve desempenhar em relação aos executores de suas políticas (FONTES FILHO; VENTURA; MARUCCI, 2007, p. 65).

É evidente que o modelo de atribuições sobrepostas (permitido por lei) guarda óbices ocultos de governança, estando os benefícios manifestos

encobertos pelos latentes. A segregação de atribuições executivas e estratégicas de uma instituição financeira está invariavelmente relacionada ao objetivo principal do sistema de governança cooperativa.

Como as cooperativas de crédito são (além de gestoras) repositórios de recursos alheios, não há como aceitar, já no plano normativo, a existência de normas permissivas que, dificultando a análise sobre a idoneidade dos sistemas de controle, claramente colocam em risco o sistema financeiro nacional:

Essa separação entre os membros e atividades do conselho e diretoria parece ser crítica para a solidificação dos processos de controle, principalmente interno, da cooperativa. Conforme destacou um entrevistado: “entendo que a diretoria deveria ser contratada. Não podemos colocar um cooperado não especialista baseado em sua honestidade e boa vontade, mas sem habilitação para atuar em um mercado competitivo. Em gestão de dinheiro, não podemos misturar técnico e político”. Ou, ainda, tratando também da questão da assimetria de informação: “Algumas cooperativas têm um ‘dono’, que fundou e vem dominando o poder, muitas vezes sonogando informações” (FONTES FILHO; VENTURA; MARUCCI, 2007, p. 28).

É difícil aferir a segregação de atribuições e responsabilidades no campo fático; é igualmente tormentoso desvendar, nesse contexto, quais condutas podem ser criminalizadas. É evidente que isso contribui para a proteção incipiente ao bem jurídico.

O modelo de atribuições sobrepostas favorece elevada concentração de poder que, paulatinamente, fragiliza os meios legais de controle e causa dependência moral:

Nesse sentido, um ponto que se destaca nas observações é a sobreposição de CA e DE, de acordo com a interpretação do marco legal. Essa duplicidade de funções atribuída aos membros da DE concentra mais informação e capital político nesses membros e, simultaneamente, enfraquece sobremaneira a atuação do CA ante a DE, conforme mencionado. Reforçar o papel do CA apresentou-se, desde o início, ponto essencial no traçado das melhores práticas. O cargo de presidente tem caráter de longo prazo nas cooperativas, exceto no sistema solidário, diante da frequência com que encontramos presidentes (e mesmo outros diretores) por mais de 20 anos no cargo. Ainda que, nas entrevistas, fosse possível identificar a elevada qualificação e competência desses profissionais, o processo de continuidade dos administradores pode causar problemas no que tange às práticas de governança. A elevada concentração de poder que adquire o presidente executivo, consolidada, pode representar fragilidades nos sistemas formais de controle. [...] com frequência apontaram que o CF [conselho fiscal] funciona como uma “porta de entrada” ou de iniciação para futuros dirigentes da cooperativa.

Ao contrário do que seria recomendável, são indicados para compor o CF membros mais novos ou em processo de formação, configurando fragilidade no sistema de controle. Além disso, essa perspectiva de “porta de entrada” pode provocar situação de dependência moral de seus membros ante a direção, particularmente dos membros que os indicaram (FONTES FILHO; VENTURA; MARUCCI, 2007, p. 69-71).

Quanto às operações financeiras, o cenário não é diverso. Contrariando a lógica, os entes de maior porte e estrutura são mais propensos a condutas atípicas e à adoção de controles fragilizados e/ou deficientes do que as instituições de menor porte. Está arraigada a ideia de na cooperativa de crédito poder se realizar transações que, pelos critérios comuns de mitigação de risco (como cumprimento da legislação que define parâmetros mínimos de segurança para a concessão de crédito), não são permitidas nas demais instituições:

As organizações do modelo cooperativo, baseado na autogestão, parecem também se situar sobre um contínuo quanto às questões de controle e o papel desempenhado pelo conselho. Enquanto que em cooperativas de base solidária o controle interno é fortalecido pelos princípios cooperativistas, com os próprios associados se fiscalizando mutuamente, **em cooperativas maiores o distanciamento por vezes parece levar a relações oportunistas, justificando maiores investimentos com controles formais, como evidencia a observação de um dirigente: “Uma coisa que vi nos meus oito anos: o cara vai a um banco e sabe que não pode fazer certas operações, mas talvez por conta dessa ideia de “cooperativa”, de dono, aqui fazem tais como descontos de cheque, etc. Há como que um relaxamento”** (FONTES FILHO; VENTURA; MARUCCI, 2007, p. 29, grifos inexistentes no original).

Há de se destacar ainda: a) pequena participação do quadro social como problema, pois reflete o “efeito carona”, manifestado “quando as pessoas sentem que sua contribuição individual representaria pouco para o todo ou que não lhe proporcionaria benefícios particulares” (FONTES FILHO; COSTA COELHO; VENTURA, 2009, p. 64); b) renovação obrigatória dos membros dos órgãos de administração, que, por exigir reduzido percentual, permite o fortalecimento do poder político-econômico.

Apesar de ser possível implementar estrutura segregada desde 2009 e minimizar tais ocorrências, a alteração do paradigma até então vigente tem sido mais ínfima do que se supõe e do que seria desejável:

Nas entrevistas foi sugerido que a segregação dos papéis de controle e de gestão somente seria viável nas cooperativas maiores, pois as menores não dispõem de recursos para a contratação de administrador profissional. Entretanto, as práticas de gestão mencionadas pelos entrevistados apontam para uma lógica oposta. Nas cooperativas maiores, os conselheiros mostraram-se contrários a atribuir a gestão da cooperativa a executivos contratados, externos ao quadro social, enquanto que, nas cooperativas menores, em muitos casos foi observada a delegação da gestão operacional a administrador contratado, embora financeiramente o ônus dessa contratação fosse mais significativo para as de menor porte (FONTES FILHO; VENTURA; MARUCCI, 2007, p. 27-28).

As cooperativas de crédito estão sujeitas a riscos diversos: de crédito, operacional, de imagem, de liquidez, etc. Compatibilizá-los com os anseios das partes interessadas a partir de modelos de gestão nitidamente comprometidos com deficiências intrínsecas, por essência, é embaraçoso. A função de controle e estabilidade financeira fica gravemente prejudicada. Como o administrador da cooperativa de crédito é beneficiário dos serviços prestados pelos entes que administram, tais modelos permitem que a qualidade de executivo exorbite a de associado e que os interesses e vantagens individuais adquiram proeminência em relação aos benefícios comuns. Recorre-se à atividade punitiva simbólica para mascarar esse quadro.

Um ambiente de governança funcional pode funcionar, portanto, em prisma “*ex ante*” em relação ao direito penal, revelando-se, juntamente com a teoria do bem jurídico, como elemento para demarcar o ilícito penal e o extrapenal. Em muitos casos, o ilícito não passa de não cumprimento de funções. Como o bem jurídico só vale na medida em que se insira como objeto referencial de proteção da pessoa, pois só nessa condição é que se insere na norma como valor (TAVARES, 2002, p. 199), o desvirtuamento de objetivos sociais não conduz, por si só, à incriminação. Ao se reconhecer essa associação, as características de instrumentalidade e de dependência de outro objeto emergem. A governança é instrumental porque a legitimidade não depende necessariamente de conexões axiológicas sobre inadequação, necessidade ou pertinência da norma de controle ou do padrão comportamental instituído. Não é preciso vinculá-la a qualquer antecedente causal que não seja a exigência de parâmetros para melhor controle do investimento e exercício eficaz da administração institucional. A eficiência depende do modelo de atribuições adotado pela instituição (sobreposto ou independente).

A governança não é o único mecanismo para assegurar o cumprimento de funções. O poder-dever de supervisão decorrente do modelo de supervisão auxiliar também pode ser um meio para tanto e será objeto da seção seguinte.

4.6 Entre o bem jurídico-penal e as funções estatais: dever-poder de supervisão das entidades de supervisão local

Do modelo de supervisão auxiliar instituído a partir de 2009 deriva o dever-poder de supervisionar atribuído aos entes de supervisão local (cooperativa central e confederações de cooperativas) em relação às cooperativas filiadas para:

Avaliar a compatibilidade entre os riscos assumidos e a capacidade da [instituição] dentro dos limites regulamentares e prudenciais; fomentar boas práticas de gestão de riscos e de governança corporativa; verificar o cumprimento das normas específicas; prevenir a prática de ilícitos financeiros, em especial da lavagem de dinheiro e do financiamento ao terrorismo (BRASIL, 2009c).

Por “dever-poder de supervisão” quer-se designar que, antes de ser uma faculdade, trata-se de uma obrigação – e, por isso, “dever” antecede o vocábulo “poder”. Relaciona-se a algo que é devido, e não opcional. É um atributo indisponível do ente supervisor: havendo irregularidades, deve ele tomar medidas saneadoras, não se restringindo à recomendação de adesão às filiadas. Trata-se de consectário lógico das pedras de toque mencionadas por Mello: princípios da supremacia e da indisponibilidade do interesse público. Essa é norma a ser extraída do parágrafo único do art. 13 da Lei Complementar nº 130¹⁴⁰.

Como o objetivo principal é averiguar situações que geralmente estão conectadas ao não cumprimento de normas administrativas, observa-se que é um instrumento necessário para a proteção do sistema financeiro do ponto de vista preventivo, ou seja, a partir da previsão de situações que não tenham potencialidade lesiva suficiente para, isoladamente, colocar em risco efetivo o sistema financeiro. Com isso, as iniciativas teóricas voltadas para alijar do direito

¹⁴⁰ Obriga a comunicar às autoridades competentes a prática de ilícitos penais e administrativos ou de operações envolvendo recursos de origem criminosa.

penal as propostas de antecipações de punibilidade e flexibilização de princípios (como taxatividade dos tipos penais) podem partir de novos fundamentos.

Vista a questão por esse enfoque, é natural que o modelo de supervisão auxiliar seja, pelo menos em tese, adequado: aproveitam-se os conhecimentos especiais e a práxis por parte daqueles que, de fato, entendem as regras aplicáveis. A essência desse modelo é, entretanto, criticada em Portugal (que conta com as contraordenações), por evidenciar espírito corporativista quanto à responsabilização de pares por parte de quem pertence ao grupo:

Poderia dizer-se que a melhor forma de tornar mais eficaz o controle de tais actividades passaria por uma fiscalização a cargo das próprias estruturas profissionais, como as já existentes Ordens ou eventuais Comissões Empresariais. Conhecedoras das *lex artis*, possuiriam os elementos indispensáveis à avaliação das infrações. Todavia, a experiência parece mostrar que um espírito ainda corporativista – por vezes confundido com uma solidariedade profissional indevidamente comprometida – está na origem de uma enorme relutância na responsabilização do colega com que se partilha a formação e a ocupação (SANTOS, 2001, p. 102).

É preciso considerar que os membros dos órgãos sociais das entidades de supervisão local são, em geral, eleitos pelos membros dos órgãos sociais das cooperativas de grau inferior (cooperativas singulares, no caso da central; cooperativa central, no caso da confederação). Os fiscalizados elegem os fiscalizadores. Trata-se de uma eleição escalonada (em atmosfera política por natureza) e que pode levar ao “espírito corporativismo”. Instituir com base em marco legal a supervisão auxiliar pode atender às finalidades para as quais foi instituída, desde que não se transmute em mais uma camada de blindagem contra a punição de comportamentos ilícitos que causam prejuízos ao quadro social.

As atribuições de supervisão são delineadas em planos e papéis de trabalhos, que decorrem de comandos de outras normas legais e têm o intuito primevo de permitir o conhecimento da (in)conformidade administrativa, operacional e sistêmica da cooperativa de crédito¹⁴¹. Referidos papéis de trabalho são elaborados considerando-se as imposições de normas relacionadas aos padrões de segurança mínima para a adequada gestão do patrimônio institucional e de recursos de terceiros, as quais são editadas (especialmente) pelo Conselho

¹⁴¹ As inspeções periódicas por parte da cooperativa central e a auditoria externa são exemplos.

Monetário Nacional, Banco Central do Brasil e Conselhos de Classe. As diretrizes internacionais sobre o assunto também os influenciam diretamente.

A supervisão cooperativa ancora-se em: inspeções diretas e periódicas, acompanhamento da auditoria, acompanhamento indireto e sistemático, acompanhamento dos planos, programação das inspeções e comunicação de fatos relevantes (BRASIL, 2009c). A partir dessas atividades executa-se o dever de supervisão das filiadas. Os parâmetros mínimos estão previstos na Resolução CMN-BCB 3.859, de 2009, que prevê as atribuições especiais dos entes de supervisão local com vistas a prevenir e corrigir situações anormais que possam configurar infrações a normas legais ou regulamentares e acarretar risco para a solidez das cooperativas filiadas e do sistema cooperativo.

Além disso, a cogestão ou administração compartilhada, prevista no art. 16 da Lei Complementar nº 130, de 2009, também se destina a assegurar o cumprimento de funções administrativas. Trata-se de assistência, por parte da cooperativa central, em caráter temporário, para sanar irregularidades e/ou em caso de risco para a solidez da própria instituição. Com mitigação, a cooperativa assistida continua preservando autonomia.

Embora não exista a obrigação legal de afastar a administração da cooperativa assistida, a administração compartilhada nem sempre se revelará fácil: como gerir uma instituição financeira para fins de sanear irregularidades e risco de solidez com os potenciais responsáveis pelo quadro fático? Dessa indagação emergem questões ainda não enfrentadas, cujos contornos nem sempre são nítidos: como apurar as responsabilidades administrativas e penais dos representantes da entidade de supervisão local, especialmente em caso de conduta omissiva? Na hipótese fática de não haver afastamento dos membros dos órgãos sociais da cooperativa assistida, a quem competirá implementar as medidas operacionais responsáveis pela continuidade da instituição em caso de dissenso?

Essas questões, que já ocorrem no caso concreto, não serão resolvidas unicamente por meio da incriminação¹⁴². A potencialidade lesiva de muitas não

¹⁴² Já no marco da supervisão auxiliar, a Cooperativa Central de Crédito do Norte do Brasil – Sicoob Central Norte está sendo denunciada por omissão quanto à tomada de providências para sanar possíveis irregularidades e abusos cometidos pelo Presidente da Cooperativa de Crédito dos Servidores da Segurança Pública do Estado do Acre – Sicoob Credmac, que ocupa o cargo há mais de 12 anos. Segundo a notícia, um grupo de associados apresentou um dossiê com farta

causa ameaça de lesão ou dano para a instituição a partir de uma análise isolada. Se se caminha para propostas de antecipações de punibilidade e de flexibilizações principiológicas no marco de um direito penal do fato e de caráter garantista, outro não será o destino senão o de erigi-lo a fiscal do não cumprimento de regras e finalidades administrativas.

A assembleia geral extraordinária de supervisão local está prevista no art. 12,§2º da citada lei e permite que o Banco Central do Brasil, assim como a entidade local que realizar a supervisão, convoque, no exercício dessa atribuição assembleia geral e envie representantes com direito à voz. As hipóteses fáticas nas quais o instituto pode ser utilizado não estão previstas na lei. Trata-se de uma cláusula geral, tendência que pode ser observada no direito nos últimos anos e que aparece em contraposição à clássica ideia de que em prol da segurança jurídica tanto a hipótese quanto o consequente devem ser fechados. É espécie de texto normativo, cuja norma somente poderá ser extraída quando emergirem dados fáticos (que preencherão a hipótese). Sendo assim, o estabelecimento de uma pauta de situações que permitem o exercício dessa atribuição, como ocorrem em estatutos sociais, não é adequado. Como cláusula aberta, as questões envolvendo a apuração de responsabilidade dos membros da entidade supervisora ficaram submetidas à discricionariedade do julgador.

As questões relacionadas à administração compartilhada e à assembleia geral de supervisão levam às ilações seguintes: a) são situações (exemplificativas) cujos desdobramentos, embora significativos a partir da proteção do próprio sistema e das partes interessadas desde uma perspectiva “*ex ante*”, ainda contam com escassez teórica; b) são hipóteses que elucidam em quais circunstâncias o direito penal, por não proteger bens jurídicos e sim funções, não será sabidamente eficiente.

Em conjunto com o sistema de governança e como ferramentas do poder-dever de supervisão, podem: a) assegurar o cumprimento de normas e funções relacionadas à estabilização do sistema nacional de crédito cooperativo e proteção “*prima facie*” às partes interessadas, auxiliando a manutenção de um direito penal comprometido com a proteção do indivíduo contra a irracionalidade

documentação sobre os ilícitos, o qual seria protocolado no Bacen e no Ministério Público para apuração. Alega-se, ainda, que os membros dos órgãos sociais celebravam operações com taxas mais vantajosas do que as aplicadas para o restante do quadro social (BRASIL, 2011a; BRASIL, 2011b).

da atividade punitiva; b) permitir a mensuração e o monitoramento dos vários riscos a que a instituição financeira está sujeita, bem como das situações anormais, sem recorrer às propostas de mitigações dos princípios de direito penal; c) auxiliar a teoria do bem jurídico-penal a acolher unicamente unidades de valor reduzíveis ao prisma individual; d) lançar novas luzes às discussões sobre a insuficiência da Lei n^o 7.492.

Os tipos penais da Lei n^o 7.492, de 1986, serão analisados considerando que não há conceito e autonomia do direito penal econômico. O quadro garantista que rege o direito penal deve ser observado.

5 ANÁLISE DOGMÁTICA DA LEI Nº 7.492, DE 16 DE JUNHO DE 1986

O dinheiro é uma instituição social. Os conflitos acompanham as mais primitivas formas de circulação de riquezas¹⁴³.

Costa Júnior, Queijo e Machado (2002, p. 3) lembram que “em todo o mundo artigos que vão desde sal a tabaco, de toras de madeira a peixe seco e de arroz a tecido foram usados como dinheiro em diversos períodos da História”. No Brasil, entre outras, circularam o pau-brasil, o açúcar, o cacau, o tabaco e o pano, este trocado no Maranhão, no século XVII, devido à quase inexistência de numerário, sendo comercializado sob a forma de novelos, meadas e tecidos (BRASIL, 2012e). O autor complementa que o dinheiro nunca existe em um vácuo cultural ou social porque é uma instituição social: para funcionar como dinheiro, é preciso um sistema sociocultural específico. O dinheiro é, então, exclusivamente humano, pois constitui uma nova forma de pensamento e ação que mudou totalmente o mundo (COSTA JÚNIOR; QUEIJO; MACHADO, 2002, p. 4). Também Pimentel afirma que a moeda, como medida de valor, foi resultado de uma longa evolução, desde os primeiros atos de troca até os complicados processos de câmbio hoje conhecidos (PIMENTEL, 1973, p. 162).

O primeiro dinheiro do Brasil foi a moeda-mercadoria. As primeiras moedas metálicas chegaram com o início da colonização portuguesa. A primeira Casa da Moeda foi construída na Bahia, seguida pelas do Rio de Janeiro, Pernambuco e Minas Gerais (BRASIL, 2012f). A cunhagem de moedas, como privilégio do Estado, também favorece a formação do sistema econômico parecido com o existente atualmente. Contribui para a facilitação das trocas, mas cria novas dificuldades relativamente à permuta entre países (PIMENTEL, 1973, p. 163).

Costa Júnior, Queijo e Machado lembram que a primeira instituição bancária importante surgiu de uma estranha e aparentemente improvável ordem de cavaleiros religiosos, a qual criou à época as bases para as operações

¹⁴³ Ilustrando que os conflitos são tão antigos quanto o próprio dinheiro, Costa Júnior, Queijo e Machado (2002, p. 6) mencionam episódio datado de 64 d.C, no qual Nero, em tentativa de enganar o povo, reduz o conteúdo de prata das moedas.

financeiras modernas¹⁴⁴. Por serem detentores dos castelos mais fortes do mundo, tais locais eram ideais para o depósito do dinheiro arrecadado. A partir de tal fato histórico, é possível atestar que as instituições financeiras (como defendido na pesquisa) são, desde os seus primórdios, repositórios patrimoniais. Os cavaleiros individuais faziam votos de pobreza e cabia à ordem administrar o patrimônio comum.

A consolidação do sistema bancário, em configuração parecida com a existente hoje, coincide, em geral, com o declínio do poder político-financeiro da Igreja na Baixa Idade Média e com a formação e consolidação dos Estados Nacionais.

Nesse contexto, florescem as condições que promovem o interesse estatal pelo adequado e regular funcionamento desse sistema. A repressão aos fatos ilícitos que podem comprometer esse interesse acompanha esse objetivo.

5.1 Antecedentes histórico-normativos da Lei n. 7.492, de 1986

No Brasil, a legislação penal sobre crimes envolvendo matéria financeira não é muito rica. A Constituição de 1937 equiparou os crimes contra a economia popular aos crimes contra o Estado, cabendo à lei cominar-lhes penas graves e prescrever-lhes o processo e julgamento adequado à sua pronta e segura punição, além de haver comando expresso para a punição da usura (BRASIL, 1937, arts. 141 e 142). A Constituição de 1946 manteve a linha intervencionista, assim como a Constituição de 1967, que autorizou a repressão ao abuso de poder econômico, caracterizado pelo domínio dos mercados, a eliminação da concorrência e o aumento arbitrário dos lucros.

Na Lei n. 1.521, de 1951, havia modalidade de delito de usura que se realizava mediante a cobrança de “ágio superior à taxa oficial de câmbio, sobre quantia permutada por moeda estrangeira” (PIMENTEL, 1973, p. 172). Pimentel,

¹⁴⁴ O autor refere-se aos cavaleiros templários. Há controvérsias sobre origem e funções. O marco compreende os séculos XI a XIV. Eram participantes das cruzadas perpetradas para a busca e libertação da Terra Santa e se autodenominavam “pobres cavaleiros de Cristo” (embora integrassem o estrato mais rico da sociedade). A ordem dos templários contava com estrutura econômica bastante organizada e sólida, com celebração de operações financeiras com nobres falidos e com permissão para cobrança de juros. Por isso, reputa-se que as origens do sistema bancário remontam à ordem dos templários. O reinado dos templários declinou (sob a acusação de heresia) e suas fortunas, objeto de cobiça por parte de reis, desapareceram no século XIV.

após realizar análise das normas legais até então vigentes sobre a operação de câmbio, concluiu pela inaplicabilidade do referido artigo 4º, por se tratar de um preceito sem sanção (PIMENTEL, 1973, p. 173-174).

Referida lei, em seu artigo 3º, tipificava como crime gerir fraudulentamente ou temerariamente bancos e cooperativas (bem como outras instituições nominadas na lei), levando-as à falência ou à insolvência ou não cumprindo qualquer das cláusulas contratuais com prejuízo dos interessados (BRASIL, 1951).

É, portanto, relativamente recente, no Brasil, a ameaça de sanção penal a condutas que podem causar dano ou perigo de lesão às instituições financeiras.

A Lei nº 4.595, de 1964, dispunha sobre infrações administrativas e penais, cujas punições alcançavam as instituições financeiras, seus diretores, membros dos conselhos administrativos, fiscais e semelhantes e gerentes.

O artigo 34 previa no inciso I uma figura penal (já derogada pela Lei n. 7.492, de 96). O tipo vedava às instituições financeiras a concessão de empréstimos ou adiantamentos a seus diretores e membros dos conselhos consultivo ou administrativo, fiscais e semelhantes, bem como aos seus respectivos cônjuges. Para Pimentel, tratava-se de crime de mera conduta, pois o legislador não explicitou a necessidade de resultado material (PIMENTEL, 1973, p. 179). Os demais incisos do referido artigo são ilícitos administrativos.

O Código Penal de 1969, que não entrou em vigência, possuía dispositivo de natureza semelhante ao inciso I do artigo 34¹⁴⁵. Para Pimentel, “convertendo a infração em crime contra o patrimônio, inserido no capítulo do estelionato e outras fraudes, o legislador alterou completamente o sentido da incriminação” (PIMENTEL, 1973, p. 185).

A Lei nº 4.595, de 1964, previa, ainda, duas figuras delituosas: o artigo 38, que dispunha sobre a violação do sigilo bancário e que foi revogado pela Lei Complementar nº 105, de 2001, e o artigo 44, §7º, que proibia a atuação de quaisquer pessoas físicas ou jurídicas como instituição financeira, sem a devida autorização do Banco Central (conduta de agiotagem), e que está, igualmente, derogado pela Lei n. 7.492, de 1986.

¹⁴⁵ Conferir artigos 190 a 194; havia capítulo específico para usura (BRASIL, 1969).

Pode-se observar claramente que a proteção do sistema financeiro a partir de ameaça de sanção penal era bastante incipiente e reduzida a poucas figuras penais.

Nos idos de 1983, começou-se a discutir sobre uma nova legislação. Vários anteprojetos foram elaborados, mas as iniciativas foram infrutíferas. Em 1984, coube à Pimentel, como integrante da Comissão de Reforma da Parte Especial do Código Penal, a tarefa de apresentar sugestões para inclusão, na Parte Especial desse Código, dos crimes contra a ordem econômica, financeira e tributária. O trabalho concluído foi, contudo, engavetado. A Procuradoria Geral da Fazenda Nacional apresentou outro anteprojeto, que foi, igualmente, paralisado. Em 1985 foi constituída uma comissão para especialmente elaborar um anteprojeto de lei sobre as instituições financeiras e a responsabilidade dos agentes nos mercados monetários e de capitais. Da mesma maneira que os outros, este não foi convertido em projeto (PIMENTEL, 1987, p. 17-21).

A origem da Lei 7.492, de 1986, é controversa. Para Moraes Pitombo, os trabalhos de elaboração dessa lei foram originários do Ministério da Fazenda e encaminhados ao Ministério da Justiça pela Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional; o anteprojeto, antes de ser remetido ao Congresso, teria passado pela Comissão de Estudos sobre Crimes contra a Ordem Financeira e Tributária (MORAES PITOMBO¹⁴⁶ *apud* ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p. 142). É mais difundida na doutrina a ideia de que se originou do Projeto de Lei n. 273, de 1983 (a partir da iniciativa da Câmara dos Deputados).

O projeto mencionado foi apresentado com a justificativa de representar “velha aspiração das autoridades e do povo no sentido de reprimir as constantes fraudes observadas no sistema financeiro nacional”; seguia a “linha tradicional do direito penal vigente entre nós” e modificaria o cenário punitivo voltado para a “punição de ladrões de galinha” (BRASIL, 1983, p. 1018-1019)¹⁴⁷.

Os estudos de cunho criminológico desenvolvido por Sutherland influenciaram bastante o referido projeto: chegou-se a afirmar que “a legislação

¹⁴⁶ MORAES PITOMBO, Sergio Marcos de. Conferência. *Crimes contra o sistema financeiro nacional (nótulas à Lei 7.492/86)*.

¹⁴⁷ BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I). Edição de 25 de março de 1983, p. 1018-1019.

[seria] modificada para possibilitar a punição dos responsáveis pelos chamados ‘crimes do colarinho branco’”¹⁴⁸.

Argumentava-se, na justificativa do projeto, que as leis até então existentes representavam uma porta aberta para a impunidade, sendo necessárias providências de imediato controle e vigilância para as atividades do setor financeiro, de modo a que não se repetissem os escândalos que envergonhavam a nação. A economia nacional não poderia ser compelida a assumir prejuízos provocados pela incompetência, desídia ou pelos crimes dos que administram recursos de terceiros. Não seria permitido o peculato nem admitido favorecimento para todos os responsáveis por fraude no sistema financeiro¹⁴⁹.

A linha do argumento revela um caráter nitidamente simbólico do direito penal. Almejava-se a proteção ao sistema financeiro para impedir o “sentimento de vergonha nacional” ocasionada pelos recorrentes escândalos financeiros e para, supostamente, proteger a economia nacional dos prejuízos. O uso de recurso público como socorro financeiro era legalmente permitido pelo Decreto-Lei n. 1.342, de 1974, e o próprio projeto justificava que essa medida assistencial continuaria permitida em caráter excepcional¹⁵⁰. Não se olvide, ainda, que se adotava um modelo econômico dependente de países centrais e que se favoreciam (inclusive no que concernem às medidas fiscalizadoras) os conglomerados financeiros constituídos no país. Eventuais preocupações e esforços voltados para a proteção da poupança popular eram secundários, coadunando-se com a premissa constitucional vigente (Carta de 1967, com Emenda 1, de 1969) de que nenhum interesse individual deveria se sobrepor aos interesses da coletividade.

Depois de um ano de tramitação, afirmou-se que “pela sua objetividade, alcance moral e poder de coerção, [serviria], por certo, de fator altamente inibidor, induzindo aos incautos de hoje e aqueles que, ao longo dos anos, têm presenciado, estarecidos e impotentes, o mal [sic] exemplo da impunidade e o despudor dos impatriotas”¹⁵¹.

O projeto em questão pretendia incluir na Lei 1.079, de 1950 (crimes de responsabilidade), como crime de responsabilidade próprio (infração político-

¹⁴⁸ BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I). Edição de 09 de maio de 1985, p. 4099.

¹⁴⁹ BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I). Edição de 09 de maio de 1985, p. 4100.

¹⁵⁰ BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I). Edição de 08 de maio de 1985, p. 3971.

¹⁵¹ BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I). Edição de 23 de maio de 1986, p. 4568.

administrativa), a conduta de ser conivente com os crimes contra a administração pública, assim como a de autorizar as instituições financeiras oficiais a realizar operações de crédito com companhias que estejam em situação de irregular em relação às normas definidas em lei¹⁵². A sugestão não avançou, porque se considerou que a hipótese pressupunha coautoria.

A primeira previsão, além de indicar desconhecimento dos parlamentares quanto à natureza jurídica da Lei 1.079, de 1950 (mencionava-se a criação de “novo tipo penal”), revivia, de certa forma, a teoria da cegueira de Mezger, pois a conduta se revela como um tipo de culpa jurídica. Criminaliza a indiferença em relação aos valores da ordem jurídica. Trata-se de criminalização por uma especial disposição de ânimo.

O ambiente político-ideológico que inspiraria a Constituição de 1988 e que restauraria o indivíduo como elemento importante para o direito (ainda mingudadamente) também influenciou o projeto. Consta no relatório que o “objeto de tutela jurídica é a regularidade do mercado de capitais e a guarda e emprego do dinheiro dos depositantes nas instituições financeiras, que agem no mercado por delegação do Poder Público”¹⁵³. Apesar da impropriedade técnica de qualificar o sistema financeiro como mercado de capitais (o que, naquela época, era um sistema diverso instituído por lei específica), há claro esforço estatal para proteger a instituição financeira em razão da guarda e uso de recursos alheios.

O projeto n. 273 dá continuidade ao processo de reforma legislativa iniciado com a Lei nº 4.595, de 1964. Foi elaborado por economistas e objeto de reações dos juristas. Pode-se afirmar que não houve interdisciplinaridade entre os conhecimentos de ambos, que não estavam preparados para elaborarem normas criadoras dos instrumentos da nova ordem jurídica no setor econômico (PIMENTEL, 1973, p. 173-174). Consoante Pimentel, o encargo foi cumprido a partir de leis imperfeitamente redigidas e defeituosamente concebidas, principalmente as de caráter penal (PIMENTEL, 1987, p. 11). Frágoso, refletindo sobre a legislação penal em matéria econômica, afirmou que:

¹⁵² BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I). Edição de 08 de maio de 1985, p. 3974.

¹⁵³ BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I). Edição de 23 de maio de 1986, p. 4568.

A precaríssima legislação penal dos últimos tempos proporciona, igualmente, material para análise crítica em outros setores, notadamente em relação do direito penal tributário e econômico. Verifica-se que o governo vem lançando mão da ameaça penal indistintamente, num conjunto de leis altamente defeituosas, que levam os juristas à perplexidade. Tem-se impressão de que as leis no Brasil são hoje feitas clandestinamente e, no que tange ao direito penal, que são feitas por leigos (FRAGOSO, 1966, p. 63-64).

Os próprios parlamentares afirmavam que “o projeto [sairia] imperfeito e [reclamaria], a curto prazo, nova legislação para revisar alguns de seus pontos”, não sendo possível corrigi-lo em razão das regras do processo legislativo (PIMENTEL, 1987, p. 21).

Subindo à sanção presidencial, conseguiu-se, por veto, resolver os problemas técnico-dogmáticos mais aberrantes, como a previsão de possibilidade de decretação de prisão preventiva, em razão do clamor público causado pelo crime (art. 30), de responsabilidade objetiva (art. 25) e a outorga de poderes jurisdicionais às autoridades administrativas (art. 32)¹⁵⁴. Como as demais imperfeições dogmáticas persistiam, a mensagem consignou que:

As críticas ao resultado dos trabalhos da Comissão de Juristas, feitas por quantos desejaram trazer-lhe aperfeiçoamentos, estão em fase final de catalogação e avaliação, para eventual incorporação ao anteprojeto, o qual, tão logo esteja em condições de ser apreciado pelo Congresso Nacional, encaminharei como projeto de lei à apreciação de Vossas Excelências¹⁵⁵.

Quanto ao artigo 25, Bitencourt e Schmidt (2004, p. 194) asseveram que “a responsabilidade penal dos controladores ou administradores será sempre possível, desde que devidamente individualizada e orientada subjetivamente”.

Ainda assim, o projeto em questão converteu-se na Lei n. 7.492, de 1986 – que ainda não foi substituída por outra legislação. Em face disso, Pimentel afirmou ser:

¹⁵⁴ Conferir mensagem de veto 252, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/Msg/VepL7492-86.pdf>. Acesso em 22 mai. 2012.

¹⁵⁵ Conferir mensagem de veto 252, disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/1980-1988/Msg/VepL7492-86.pdf>. Acesso em 22 mai. 2012.

Desalentador constatar que, ao sancionar uma lei, o Presidente da República reconheça, de público, que essa lei é falha, defeituosa e que brevemente será revogada. Todo o esforço de adaptação a essa nova lei, tudo o que sobre ele [sic] se decidir nos tribunais, toda a jurisprudência que a respeito de sua aplicação de formar, tudo o que sobre ela se escrever, ficará inteiramente perdido por inútil. Mesmo os países ricos não se podem dar ao luxo de editar leis de efêmera vigência. E, é claro, não o fazem. Não apenas pela razão econômica, mas porque sabem que legislar é coisa séria. Se o Presidente da República reconheceu que a lei é falha, que necessitava de melhoramento, por que não aguardou um pouco mais para incorporar ao projeto as melhorias necessárias, em lugar de sancioná-las, como a sancionou, dedicando-lhe ao mesmo tempo um primoroso epitáfio? Nada justifica semelhante procedimento, nem mesmo a razão de evitar, com empenho, melindrar talvez o Congresso Nacional. E, o que é mais preocupante, há o risco de tornar-se definitivo o que foi feito provisoriamente. [...]. Nossa impressão pessoal, que não discrepa do pensamento da maioria dos especialistas, é no sentido de que esta lei, pelos seus defeitos e imperfeições, não aprimorou a disciplina repressiva dos crimes contra a ordem econômica e continuará a prevalecer a impunidade para a maior parte desses e de outros delitos congêneres (PIMENTEL, 1987, p. 31).

A partir de aspectos particulares do sistema nacional de crédito cooperativo, será realizado a seguir o estudo dogmático dos tipos penais.

5.2 Da análise dogmática dos tipos penais

“Art. 2º Imprimir, reproduzir ou, de qualquer modo, fabricar ou pôr em circulação, sem autorização escrita da sociedade emissora, certificado, cautela ou outro documento representativo de título ou valor mobiliário:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.
Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem imprime, fabrica, divulga, distribui ou faz distribuir prospecto ou material de propaganda relativo aos papéis referidos neste artigo”.

Segundo parte da doutrina, os antecedentes históricos remontam aos artigos 72 e 73 da Lei 4.728, de 1965 (que disciplina o mercado de capitais). Para Tigre Maia, o referido artigo 72 é considerado norma proibitiva sem qualquer sanção e, ambos, com péssima formulação, estão revogados (TIGRE, 1999, p. 39-42). Em sentido contrário, Prado (2007, p. 172), Pimentel (1987, p. 33) e Tórtima (2000, p. 63).

Visa-se a assegurar a credibilidade pública dos valores mobiliários, bem como das empresas que atuam nesse mercado e resguardar o patrimônio de terceiros. No mesmo sentido, Prado (2007, p. 172).

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Trata-se de tipo penal geral. É improvável que a conduta seja praticada pelos administradores de cooperativas de crédito, nessa condição, pois essas instituições não operam em mercado aberto diretamente. Despidos, todavia, dessa qualidade e considerando que o tipo penal não exige qualquer atributo especial do sujeito ativo, referidos agentes poderão praticar o crime como qualquer outra pessoa.

Os sujeitos passivos são o Estado e as pessoas cujo patrimônio tenha sido lesado.

O núcleo do tipo objetivo no “*caput*” incriminou a impressão, a reprodução ou a fabricação de qualquer documento representativo de título ou valor mobiliário (COSTA JÚNIOR; QUEIJO; MACHADO, 2002, p. 78). De acordo com Prado, o termo título se aplica de modo geral a todos os valores mobiliários (PRADO, 2007, p. 173). Há vários elementos normativos, cujos conceitos são extrapenais. Certificado é o documento de garantia, que assegura a validade do título ou valor mobiliário. Cautela equivale a certificado ou título representativo de ações ou debêntures. Título é o papel negociável (COSTA JÚNIOR; QUEIJO; MACHADO, 2002, p. 70-71). O valor mobiliário é título negociado em bolsa e que representa o controle de um bem ou de dívida de uma empresa ou governo (TASSE, 2009, p. 920).

O núcleo do tipo objetivo no parágrafo único possui cinco formas de comportamento: imprimir, fabricar, divulgar, distribuir e fazer distribuir. O objeto material é o prospecto ou material de propaganda (COSTA JÚNIOR; QUEIJO; MACHADO, 2002, p. 71-72).

O tipo subjetivo é composto pelo dolo. Não há elementos subjetivos especiais.

Trata-se de crime instantâneo. Para a consumação do crime não há necessidade de provar o prejuízo concreto. Algumas formas de execução do crime são consideradas de mera conduta (“por em circulação”, no “*caput*”, e “divulgar”, “distribuir” ou “fazer distribuir”, no parágrafo único) e não cabe tentativa. Como são múltiplas as condutas, o agente que praticar mais de uma conduta somente praticará um crime (PIMENTEL, 1987, p. 39).

“Art. 3º Divulgar informação falsa ou prejudicialmente incompleta sobre instituição financeira: pena - reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”.

A falsidade ou deturpação de informações sobre uma instituição levava, em tempos passados, depositantes a retirar investimentos. O impacto, às vezes, era demasiado relevante para levar a instituição, em questão de poucas horas, à insolvência. O cenário atual é um pouco diverso para os grandes conglomerados financeiros, que irradiam imagem de solidez financeira e que têm reconhecimento internacional de seus regulares e eficientes sistemas de controles internos. A divulgação de informação falsa ou prejudicialmente incompleta, nesse sentido, pode causar efeitos mais graves nos demais elementos do sistema financeiro. Em mercado no qual “a matéria-prima por excelência da escolha do investimento é a informação, quer acerca de onde aplicar, quer como de no que investir, a difusão de boatos ou inverdades sobre qualquer instituição abala a sua credibilidade e a do mercado”, porque “resulta em retração de aplicações, no geral, e retirada de recursos de dada instituição” (TIGRE, 1999, p. 48). Sendo assim, é conhecido como “crime de pânico financeiro” (ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p. 150).

Visa-se à proteção ao investidor e ao mercado, bem como à própria instituição (quando se tratar de terceiros à administração da instituição) (PIMENTEL, 1987, p. 43). Tutelam-se a veracidade e a completude das informações das instituições financeiras com o objetivo de garantir segurança, regularidade e credibilidade das operações a serem realizadas (PRADO, 2007, p. 176). Para Pimentel, protege-se a boa execução da política econômica do Governo, bem como o investidor e o mercado de títulos e valores mobiliários (PIMENTEL, 1987, p. 44).

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. Trata-se de tipo geral. Os administradores de cooperativas de crédito podem realizar o tipo como qualquer indivíduo.

Os sujeitos passivos são o Estado, a instituição e pessoas que tenham sido lesadas.

O tipo objetivo incriminou a divulgação de informação falsa ou prejudicialmente incompleta. O verbo “divulgar” significa tornar pública a informação (propalar) e exige uma conduta comissiva. A “informação falsa” é a que se distancia da realidade dos fatos (correspondendo à primeira parte do tipo

penal). A “informação prejudicialmente incompleta” é a que, divulgada de forma truncada e/ou deturpada, causa danos ou ameaças de lesão ao ente. Cabe frisar que neste último caso a informação pode ser verdadeira, residindo os prejuízos na divulgação incompleta. Conforme Tigre Maia, “do mesmo modo que nos delitos comuns de falsidade, a *'imitatio veritatis'* é, também aqui, requisito para configuração do tipo objetivo” (TIGRE, 1999, p. 48). A informação verdadeira e lesiva está fora do alcance do tipo. A conduta pode ser realizada por qualquer meio, mas a divulgação deve alcançar terceiros¹⁵⁶.

O tipo subjetivo exige o dolo. Não há elemento subjetivo especial.

Para parte da doutrina o crime é formal¹⁵⁷ e de perigo abstrato (PRADO, 2007, p. 178). Entende-se que deve haver potencialidade ofensiva para não afastar a tipicidade material. A forma omissiva não é cabível. Excetuando-se a forma verbal, a tentativa é possível.

No âmbito do sistema financeiro nacional, a manipulação da informação falsa ou de informação prejudicialmente incompleta pode levar à criação (fictícia) do mercado, atribuindo, assim, aparência de legalidade a contextos artificiais. Nas cooperativas de crédito, a figura do administrador concentra grande parte da confiabilidade do quadro social. A baixa participação dos associados em assembleias, nas quais é discutida, entre outras, a gestão da instituição, é atribuída, por aproximadamente 31% dos associados, à “confiança do cooperado na administração da cooperativa”; em mais de 73% “não há realização de reuniões periódicas para discussão de quaisquer assuntos com o quadro de associados” (VENTURA, 2009, p. 191-199). Pode-se inferir que, nesse tipo de sociedade, a administração e fiscalização estão relegadas a reduzido grupo de pessoas, as quais, não raras vezes se perpetuam no poder. Em quase 60% a formação técnica do corpo dirigente ou não é divulgada ou o é durante a própria assembleia geral em que ele será eleito (VENTURA, 2009, p. 204), o que permite concluir que a capacitação técnica do candidato também não é fator preponderante na escolha. São circunstâncias culturais que levam à consolidação da liderança político-econômica frente ao quadro de associados e que permitem que a informação seja livremente manipulada. A realização da conduta prevista

¹⁵⁶ Nesse sentido, Costa Júnior, Queijo e Machado (2002, p. 74). O autor ressalta que o objeto material da falsidade haverá de conter algo de autêntico, de genuíno, ao menos em aparência.

¹⁵⁷ Para Manoel Pedro Pimentel (1987, p. 46), é crime de mera conduta.

no tipo pode ser mais comum em situações sazonais: renovação da administração e da fiscalização; dissidências político-econômicas entre os membros dos órgãos sociais; indícios de insolvência e de operações financeiras ilícitas.

Cabe ressaltar que o legislador foi omissivo quanto ao abuso de informação privilegiada. Como o investimento estará submetido ao baixo risco quanto maior e melhor for a informação, a incriminação minimizaria o âmbito temporal e espacial em que se deve exigir o segredo (QUIROGA, 2004, p. 432). O Código de Defesa do Consumidor, aplicável às cooperativas de crédito, também não contempla a situação de abuso de informação privilegiada aqui afirmada. Com a ausência da ameaça de sanção penal, pode ser comum, no sistema nacional de crédito cooperativo, o resgate de investimentos e/ou celebração de operações para solver débitos em razão do prévio conhecimento por parte dos demais entes do sistema secundário de possível situação de insolvência de cooperativa. No caso concreto, os entes que integram o sistema secundário encontram brechas para antecipar a liquidação de obrigações de que são credores sem que isso represente um ilícito penal.

Na proposta de parte especial do código penal sufragada em 1984, o crime de pânico financeiro era distinto do crime de abuso de informação privilegiada (ARAÚJO JÚNIOR, 1995, p. 177).

“Art. 4º Gerir fraudulentamente instituição financeira:
Pena - Reclusão, de 3 (três) a 12 (doze) anos, e multa.
Parágrafo único. Se a gestão é temerária:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

Os antecedentes históricos remontam ao art. 3º, inciso IX, da Lei n. 1.521, de 1951 (lei de economia popular), que atrelava a gestão fraudulenta ou temerária à falência ou insolvência da instituição ou exigia, ainda, conduta que causasse prejuízo aos interessados em razão do não cumprimento de cláusulas contratuais. Não há conflito aparente de normas, pois este está derogado quanto às instituições financeiras (princípio da especialidade). Em suas versões mais primitivas, o Projeto de Lei n. 273, de 1983, exigia que as condutas fraudulentas ou temerárias tivessem idoneidade para levar a instituição à falência ou liquidação

forçada¹⁵⁸.

Visa-se a tutelar a credibilidade do mercado e a proteção ao investidor. Sistemáticamente, buscam-se a estabilidade e a higidez do sistema financeiro nacional, para cumprir a finalidade de "promover o desenvolvimento equilibrado do país e a servir aos interesses da coletividade" (art. 192 da Constituição Federal) (BRASIL, 2012g).

Sujeito ativo está previsto no art. 25. Pela qualidade especial, são tipos próprios.

Parte da doutrina entende que o gerente contratado por regime celetista não pode ser sujeito ativo¹⁵⁹. Nas cooperativas, é comum que o gerente celetista¹⁶⁰ exerça papel de administrador. Nesse caso, os membros dos órgãos sociais exercem papel formal dentro da estrutura escalonada e é comum que a projeção do gerente repercuta favoravelmente em futura eleição para órgãos sociais. Sendo assim, é necessário que o poder de gestão seja apurado no caso concreto¹⁶¹. Essa situação tende a ser mitigada com a adoção, quanto à governança, do modelo independente de funções, pois a diretoria executiva, sendo estatutariamente responsável pela gestão operacional, pode reduzir o poder de gestão e intervenção nos negócios por parte dos gerentes.

Na jurisprudência, o Superior Tribunal de Justiça entende que o gerente de agência pode ser sujeito ativo quando tiver poderes efetivos de gestão. Justifica-se que o rol previsto na lei parte do cargo e não da gestão de fato. Assim, afasta-se aquele que ostenta tal qualidade para mera ordenação de contas ou que possui encargos e atribuições burocráticas¹⁶².

Os sujeitos passivos são o Estado, bem como a instituição e pessoas cujo

¹⁵⁸ BRASIL. Diário do Congresso Nacional (Seção I). Edição de 25 de março de 1983, p. 1018.

¹⁵⁹ "É o caso do gerente de uma agência bancária, que recebe um empréstimo, autorizado pela diretoria da matriz, ou que, devidamente autorizado da mesma forma, autorizado, concedesse empréstimo a um das pessoas mencionadas no *caput* deste art. 17. Seria esse comportamento violador da norma contida neste artigo em exame? Parece-me que não. Há que distinguir o *gerente* mencionado no art. 25, do gerente de uma agência bancária, que recebe ou outorga um empréstimo autorizado pela diretoria da matriz. Seria até mesmo dispensável essa autorização se o empréstimo estivesse dentro dos limites da autorização contratualmente a gerente. O gerente de uma agência bancária, que está ligado à empresa por laços empregatícios, na verdade não *dirige* a instituição – no caso um banco –, mas apenas administra uma pequena parcela do todo, como preposto, executando a política traçada pelos seus superiores e cumprindo tarefas subalternas que lhes são confiadas e aos seus subordinados" (PIMENTEL, 1987, p. 132).

¹⁶⁰ O vocábulo alcança o superintendente, gerente geral, diretor operacional, etc.

¹⁶¹ Nesse sentido: Brasil (2011n).

¹⁶² Nesse sentido: Brasil (2006d), Brasil (2008c), Brasil (2007b).

patrimônio tenha sido lesado¹⁶³. Segundo o Superior Tribunal de Justiça, sendo o Estado o sujeito passivo primário, os eventuais prejuízos às instituições financeiras não são relevantes para a adequação típica, o que descaracteriza a mínima ofensividade da conduta para a exclusão da tipicidade (BRASIL, 2012g). Assim, o Tribunal afasta a aplicação do princípio da insignificância.

O núcleo do tipo objetivo consiste em gerir instituição financeira de forma fraudulenta ou temerária. “Gerir” consiste em dirigir, administrar, controlar.

A figura abstrata do “*caput*” trata da administração com fraude, dolo, ardil, má-fé ou com malícia, com vistas a “obter indevida vantagem, independentemente de ser para si ou para terceiro” (PRADO, 2007, p. 181). As condutas tidas como fraudulentas devem ser causalmente vinculadas à administração da instituição, sendo indiferente penal o não cumprimento de normas internas (BRASIL, 2012h). Na jurisprudência, a gestão fraudulenta que envolveu o Sicoob Pantanal alcançou cifras que ultrapassam cinco milhões de reais. Conjugada com outros crimes, como o de movimentação paralelamente à contabilidade (tipo adiante analisado), a gestão fraudulenta beneficiou diversas dirigentes da instituição em razão dos “laços de amizade mantidos”¹⁶⁴.

A figura conceitual do parágrafo único não exige o engodo, a prática de atos ardilosos para ocultar ilegalidades e fraudes. Não é preciso muito para intuir que a ideia de fraude já existe no ordenamento jurídico, o que não ocorre com o termo “temerário”. Parte da doutrina entende que a gestão fraudulenta é intrinsecamente temerária pelos riscos que acarreta para a instituição (TIGRE, 1999, p. 59).

O tipo subjetivo requer o dolo. Não se exigem elementos subjetivos especiais.

Na doutrina há divergência quanto à classificação do crime. Para Tigre Maia é um crime habitual impróprio, pois uma única conduta pode ter relevância para sua configuração (TIGRE, 1999, p. 58). Costa Júnior, Queijo e Machado (2002, p. 78), diversamente, entendem que o delito se configura com a gestão da instituição. Prado (2007, p. 183) também entende que a reiteração da prática delitiva é exigência do próprio tipo. Para Tórtima, a natureza é habitual

¹⁶³ Nesse sentido: Pimentel (1987, p. 51).

¹⁶⁴ Nesse caso, os dirigentes, mesmo diante da situação de insolvência da instituição, convenceram diversos associados a depositar suas economias na instituição (BRASIL, 2012i).

(TORTIMA, 2000, p. 55).

Essa distinção ultrapassa questões acadêmicas porque a configuração ou não da habitualidade do crime, além de definir a tipicidade formal e fixar a incidência de lei penal, influencia outros institutos de direito penal¹⁶⁵.

Na jurisprudência, o assunto não é pacífico. No Superior Tribunal de Justiça há julgados acolhendo ambos os entendimentos¹⁶⁶.

O crime é formal, basta comprovar a realização da conduta típica (COSTA JÚNIOR; QUEIJO; MACHADO, 2002, p. 78; PIMENTEL, 1987, p. 53; TORTIMA, 2000, p. 55). A tentativa, na prática, é de difícil configuração.

A absolvição em processo administrativo prejudica a ação penal (BRASIL, 2008a)¹⁶⁷.

Entre os tipos penais da Lei nº 7.492, de 1986, a gestão temerária constitui o principal objeto das discussões relacionadas à violação de garantias individuais¹⁶⁸. Tais análises partem dos seguintes argumentos: definição e amplitude do elemento “temerário”, caracterização do tipo como lei penal incompleta, indeterminação típica e, por conseguinte, violação ao princípio da taxatividade.

Relativamente ao primeiro argumento (definição e amplitude do elemento “temerário”), a doutrina entende que a gestão temerária é um comportamento audaz ou arriscado, ou seja, que ultrapassa o limite da cautela¹⁶⁹. Pimentel realça

¹⁶⁵ Como a prescrição, que será contada a partir da prática do último ato.

¹⁶⁶ Acolhendo como delito habitual impróprio: Brasil (2006b), Brasil (2009d), Brasil (2010a), Brasil (2011c), Brasil (2011d), Brasil (2011).

¹⁶⁷ A absolvição implica falta de justa causa para ação.

¹⁶⁸ Entendendo apenas mitigação da função de garantia: Tigre (1999) e De Sanctis (2003, p. 67).

¹⁶⁹ “O comportamento temerário tem sido caracterizado doutrinariamente como aquele que ultrapassa a prudência; entende-se, então, por temerário aquele comportamento imprudente. Esse conceito suscitou em alguns o entendimento de, em razão da amplitude do tipo objetivo, ter sido aceito pelo legislador a modalidade culposa implicitamente” (PRADO, 2007, p. 183). Para Prado, trata-se de lição de Pimentel. Para este, “[...] o crime é doloso, ou seja, o agente deve ter a consciência e a vontade de gerir a instituição financeira de maneira [...] temerária. O tipo não requisita algum elemento subjetivo especial. A finalidade que impulsiona o agente é indiferente. [...]. A forma culposa não foi prevista. Entretanto, e aqui reside outro perigo da exagerada abertura do tipo objetivo, os léxicos apontam como sinônimo do vocábulo temerário a palavra imprudente. Poderá, portanto, ser interpretada como gestão temerária a simples gestão imprudente, embora esta se caracterize por tratar-se de comportamento meramente culposos, uma vez que a imprudência é uma das formas da culpa, consoante o disposto no art. 18, II, do CP. [...]. Ao redigir o parágrafo único do art. 4.º, [...] o legislador não se deu conta de que a gestão temerária pode resultar de simples imprudência e que seria aconselhável prever a forma culposa para esta modalidade de infração” (PIMENTEL, 1987, p. 52-53). Observa-se que este critica a opção do legislador pela exagerada abertura do tipo e pela escolha do adjetivo ‘temerário’, advertindo que, como sinônimo deste vocábulo encontra-se no dicionário a palavra ‘imprudente’, motivo que, para evitar equívocos, deveria levar à tipificação da modalidade culposa.

que a “gestão temerária é caracterizada pela abusiva conduta, que ultrapassa os limites da prudência, arriscando-se o agente além do permitido mesmo a um indivíduo arrojado” (PIMENTEL, 1987, p. 51). Prado entende que na gestão temerária o patrimônio dos investidores é submetido a riscos excessivos e irresponsáveis (PRADO, 2007, p. 181). Segundo De Sanctis, a “gestão temerária exige a prática de ato que potencialmente coloca em risco a normalidade econômica da empresa [...] [e que a] administração que fuja aos padrões normais da atividade” (DE SANTIS, 2003, p. 63). Reale Júnior define atos arriscados como temerários se criam “um efetivo perigo à incolumidade da instituição financeira, à sua sanidade e higidez econômica, fazendo surgir uma situação perigosa à própria entidade e ao próprio sistema financeiro” (REALE JÚNIOR, 1997, p. 21)¹⁷⁰. No mercado financeiro a conduta arrojada não é um demérito por si só, o que traz dificuldade quanto à distinção do lícito e ilícito; do ato preparatório impunível e do começo de execução.

Quanto ao segundo argumento (caracterização do tipo como lei incompleta), a doutrina discute se a gestão temerária é uma norma penal em branco ou um tipo aberto. Embora haja posicionamentos doutrinários respeitáveis, o dispositivo não se enquadra nessas definições¹⁷¹. No preceito primário, que se limita à fórmula “se a gestão é temerária”, não existem elementos seguros para definir a conduta típica. Tigre Maia, em posicionamento minoritário, entende que a palavra “temerária” representa um elemento normativo-cultural (TIGRE, 1999, p. 59). É inadmissível que a suposta complementação possa ocorrer a partir de normas emanadas do Poder Executivo, apesar de haver julgado no Superior Tribunal de Justiça em sentido contrário¹⁷². Também não é aceitável que tipo doloso seja complementado a partir de critérios dogmáticos relativos ao crime culposos.

¹⁷⁰ O autor, após expor sobre perigo concreto e abstrato, conclui à p. 25: “[...] segundo a interpretação conforme a Constituição, o crime de gestão temerária [...] não pode deixar de ser compreendido como de perigo concreto, a exigir por parte do agente conhecimento e querer na produção da situação perigosa, sob pena de flagrante inconstitucionalidade à inteligência do tipo penal como de perigo presumido”. Ele também traz a definição que se deve empregar na locução “gestão temerária”, que é semelhante à já mencionada no corpo de texto a que se refere a presente nota. A lei não prevê a modalidade culposa do delito, o que não afasta a indeterminação típica.

¹⁷¹ Entendendo se tratar de tipo aberto: De Sanctis (2003, p. 67-68) e Tigre (1999, p. 60).

¹⁷² Julgando existir o crime em face da desobediência às recomendações do Banco Central do Brasil: Brasil (2003).

Quanto ao terceiro argumento (indeterminação típica), observa-se que o tipo penal é impreciso e delega ao julgador uma atribuição do legislador. Parte da doutrina, em especial Tigre Maia¹⁷³ e Tórtima¹⁷⁴, exemplifica que operações com cadastros vencidos ou desatualizados, renovações de créditos sem lastro suficientes, prática reiterada de operação “mata-mata”¹⁷⁵ ou de “bico de papagaio”¹⁷⁶, renegociações de dívidas com abatimentos elevados e emissão de títulos de crédito para insolventes ou que possuem reduzida capacidade de pagamento são atos temerários. Segundo a jurisprudência, o tipo é valorado pelo julgador a partir do não cumprimento de normas dos entes normativos e supervisores principais (BRASIL, 2003; BRASIL, 2005; BRASIL, 2006e). Para aferir o risco no caso concreto, as normas do Poder Executivo, orientadas para assegurar funções de estabilidade do sistema, são invocadas para preencher o tipo. São exemplos as Resoluções 2.682, de 1999¹⁷⁷ (que define os critérios de classificação das operações de crédito e regras para provisão de créditos de liquidação duvidosa), e 2.475, de 1998¹⁷⁸ (que dispõe sobre a concessão de vantagens na captação de recursos). A antiga Resolução 1.559, de 22 de

¹⁷³ “A prodigalidade, o desperdício de recursos por inobservância consciente das recomendações e procedimentos técnicos cabíveis, a contratação de serviços, pessoas ou bens por valores superiores aos de mercado ou inobservando estudos avaliativos, o investimento de risco elevado sem as garantias de praxe no mercado e os desvios das atividades que constituem a finalidade social da empresa (*ultra vires*), de particular relevância esta última no escopo de atuação das instituições financeiras públicas, são facetas frequentes da gestão temerária. Exemplo de gestão temerária é a aplicação de recursos da instituição financeira no financiamento de campanhas políticas, com completo desvio das finalidades societárias, inexistindo expressa autorização da legislação eleitoral [...]” (TIGRE, 1999, p. 61).

¹⁷⁴ “[...] a violação de normas regulamentares ou usuais para diversificação das aplicações de risco, autorização para operações de empréstimos ou financiamentos sem as correspondentes garantias; atos de liberalidade à custa da companhia”, dentre outros, constituiriam exemplos de gestão temerária (TÓRTIMA, 2000, p. 53).

¹⁷⁵ Operação mata-mata é usualmente conhecida como aquela em o tomador toma empréstimo junto à instituição financeira para liquidar dívida anterior, preexistente, nela contraída.

¹⁷⁶ Operação bico de papagaio é usualmente conhecida como aquela em que o tomador realiza operações de crédito junto à instituição financeira e esta emite título diverso daquele que seria adequado. Um exemplo comum é a tomada de empréstimo mediante a emissão de nota promissória, prática comum em meados dos anos 80.

¹⁷⁷ A Resolução n. 2.682, de 1999, traz critérios para classificar as operações de crédito: situação econômico-financeira; grau de endividamento; pontualidade e atraso nos pagamentos; contingências; limites de crédito e, também, em relação à operação como finalidade da transação; valor e garantias (notadamente quanto à liquidez e suficiência). Prevê a revisão periódica das classificações de operações; a maneira em que deverão ser divulgadas e a obrigatoriedade de provisionamento de créditos de liquidação duvidosa (aqueles em que a recuperação é improvável). A classificação obedece a faixas que vão do nível “B” (mais baixo) ao nível “H” (mais alto); o critério é o número de dias de atraso no pagamento de parcela de principal ou de encargos.

¹⁷⁸ A Resolução n. 2.475, de 1998, veda o oferecimento ou distribuição de bonificações, prêmios ou outras vantagens, inclusive o pagamento de juros, na captação de depósitos à vista.

dezembro de 1988¹⁷⁹ (que trazia diretrizes genéricas para as instituições financeiras), também já foi utilizada como parâmetro para aferir o risco:

Ora, as determinações do BACEN acima delineadas foram amplamente desrespeitadas pelos administradores da [...], o que pode ser constatado, por meio da perícia realizada pelo BACEN, às fls. [...], discriminando que o contrato de fls. [...] teria sido entabulado, em 17/03/95, sem prévia avaliação técnica da capacidade de pagamento do cliente; sem garantias; sem avalista e com ficha cadastral desatualizada, infringindo, assim, o disposto na Resolução 1.559/88, inc. IX, “a” [realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos]; e “d”; [realizar operações com clientes que possuam restrições cadastrais ou sem ficha cadastral atualizada] [...]; De igual modo ocorreu com a liberação do contrato de financiamento n.º [...] onde consta ter sido deferido, em 23/03/95, sem prévia avaliação técnica da capacidade de pagamento do cliente, falta de parecer técnico favorável, com ficha cadastral desatualizada, confrontando-se com o disposto na Resolução 1.559/88 [...]; Da mesma forma sorte, sucedeu com os contratos de cheques especiais [...] confrontando-se com o disposto na Resolução 1.559/88, inc. IX, “a” e “d”; Assim também foi a celebração do contrato-aditivo de financiamento rural [...]; (MINAS GERAIS, 2007).

Neste contexto, aflora inconcussa a prática de gestão temerária. Assim o revela a sistemática inobservância dos procedimentos técnicos ordinários em absoluta discrepância ao mercado financeiro corrente. Os réus colocaram a cooperativa a serviço de seus interesses particulares. Metaforsearam-na numa espécie de “banco doméstico” ao arrepio da lei e solapando a credibilidade do sistema financeiro. No particular, é bem de ver que, amiúde, o proceder sob o foco se escamoteia nas dobras do formalismo burocrático. Aqui, porém, nem mesmo os aspectos formais das operações creditícias foram observados. A malservação dos recursos teve lugar às claras, ostensivamente. [...]. Os atos de má-gestão ocorrem, principalmente, por meio de concessão de operações de crédito sem atendimento aos princípios da seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos, a clientes com restrições cadastrais ou sem ficha cadastral atualizada ou caracterizadas como renovações sucessivas de empréstimos com a incorporação de juros e encargos de transação anterior, contrariando o disposto nas alíneas “a”, “b”, e “d” do item IX da Resolução n. 1.559 do Conselho Monetário Nacional, de 22.12.1988, e no artigo 153 e parágrafo 2º do artigo 154 da Lei n. 6.404, de 17.12.1996, bem como da ausência de medidas judiciais visando penhora, protesto ou outra semelhante para operações vencidas, no prazo de 180 dias dos respectivos vencimentos, contrariando o disposto no artigo 4º da Resolução n. 1.748 do Conselho Monetário Nacional, de 30.08.1990 (BRASIL, 2007a, grifos originais).

¹⁷⁹ A Resolução n. 1.559, de 1989, trazia regras genéricas para as instituições financeiras, como limite de risco por cliente e limite de risco permitido para os 10 maiores devedores (em conjunto); além disso, fixa vedações, como realizar operações com clientes que possuam restrições cadastrais ou sem ficha cadastral atualizada; renovar empréstimos com a incorporação de juros e encargos de transação anterior, ressalvados os casos de composição de créditos de difícil ou duvidosa liquidação (operação “mata-mata”); realizar operações que não atendam aos princípios de seletividade, garantia, liquidez e diversificação de riscos, entre outros. A norma está revogada. Vige, sobre o assunto, a norma mencionada na nota anterior.

Ainda que se aceite que possa o legislador ora privilegiar o desvalor do resultado, ora o da ação, não é admissível que estejam dissociados uns dos outros.

O entendimento de que há indeterminação típica na gestão temerária conduz ao quarto argumento, qual seja, a violação ao princípio da taxatividade. Como desdobramento do princípio da legalidade, referido princípio é fundamental para a consolidação do Estado Democrático de Direito. Para Roxin, exercem papel central nas liberdades públicas:

Leis indeterminadas que não permitem que se reconheça o que deve ser punível também não satisfazem as exigências do princípio da legalidade". Prossegue: "como o direito penal possibilita a intervenção na liberdade do cidadão mais severa que o ordenamento jurídico conhece, a segurança e a paz jurídica exigem que o indivíduo seja protegido da maneira mais ampla possível contra decisões imprevisíveis. O princípio do Estado de Direito relativo à divisão de poderes, o qual atribui somente ao legislador diretamente incumbido pelo povo a decisão punibilidade de um comportamento, também o reivindica à mais estrita observância (ROXIN, 2007, p. 21).

Na doutrina nacional, as lições dos professores Toledo, Luiz Luisi e Fragoso, que rechaçam tipos penais ambíguos e/ou indeterminados, são importantes para evidenciar a relevância do princípio da taxatividade, um dos mecanismos de proteção do cidadão.

Para Toledo, "a exigência de lei certa diz com a clareza dos tipos, que não devem deixar margens a dúvidas nem abusar do emprego de normas muito gerais ou tipos penais incriminadores genéricos, vazios" (TOLEDO, 1994, p. 29).

Luiz Luisi, no mesmo sentido, assevera que:

O postulado em causa [princípio da taxatividade] expressa a exigência de que as leis penais, especialmente as de natureza incriminadora, sejam claras e o mais possível certas e precisas. Trata-se de postulado dirigido ao legislador vetando ao mesmo tempo ao mesmo a elaboração de tipos penais com a utilização de expressões ambíguas, equívocas e vagas de modo a ensejar diferentes e mesmo contrastantes entendimentos. O princípio da determinação taxativa preside, portanto, a formulação da lei penal, a exigir qualificação e competência do legislador, e o uso por técnica correta e de uma linguagem rigorosa e uniforme.

Sem esse corolário o princípio da legalidade não alcançaria seu objetivo, pois de nada vale a anterioridade da lei, se esta não estiver dotada da clareza e da certeza necessárias, e indispensáveis para evitar formas diferenciadas, e, pois, arbitrárias na sua aplicação, ou seja, para reduzir

o coeficiente da variabilidade subjetiva na aplicação da lei.
[...] a exigência de normas penais de teor preciso e unívoco decorre do propósito de proteger o cidadão do arbítrio judiciário, posto que fixado com a certeza necessária a esfera do ilícito penal, fica restrita a discricionariedade do aplicador da lei (LUIZI, 2003, p. 24-25).

O professor Fragoso afirma que “a incriminação vaga e indeterminada faz com que, em realidade, não haja lei definindo como delituosa certa conduta, pois entrega, em última análise, a identificação do fato punível ao arbítrio do legislador” (ROXIN, 2002, p. 325). Parece que o autor desenhou o cenário e os problemas que até o momento circundam a gestão temerária.

Souza e Silva, em monografia específica sobre o princípio da legalidade e o direito penal econômico, afirma que sem a noção da taxatividade da lei penal, cuja função principal é reduzir o coeficiente de variabilidade subjetiva de aplicação da lei, ficariam sem sentido até mesmo as demais funções de garantia do princípio da legalidade (SOUZA E SILVA, 2011, p. 85).

Para Callegari, a tendência moderna do Direito Penal é cada vez menos utilizar esse tipo de redação, cuja conduta realizada deverá ser verificada posteriormente, a partir de uma decisão judicial, em que se fala que haveria impropriamente o fechamento do tipo (CALLEGARI, 2005, p. 410).

Para Zaffaroni, na Argentina, o princípio da taxatividade não pode ser olvidado:

Aunque la ley penal se expresa en palabras y éstas nunca son totalmente precisas, no por ello debe despreciarse el principio de legalidad, sino que es menester exigir al legislador que agote los recursos técnicos para otorgar la mayor precisión posible a su obra. De allí que no baste que la criminalización primaria se formalice en una ley, sino que la misma debe hacerse en forma taxativa y con la mayor precisión técnica posible, conforme al principio de máxima taxatividad legal. (...). Cuando los límites legales no se establecen de esta forma, cuando el legislador prescinde del verbo típico y cuando establece una escala penal de amplitud inusitada, como cuando remite a conceptos vagos o valorativos de dudosa recisión, el derecho penal tiene dos posibilidades: (a) declarar la inconstitucionalidad de la ley; o (b) aplicar el principio de máxima taxatividad interpretativa. (...). El principio de máxima taxatividad se manifiesta mediante la prohibición absoluta de la analogía in malam partem (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 469).

A doutrina brasileira, recentemente, tem discutido se a teoria da imputação objetiva elaborada por Claus Roxin pode ser um critério adequado para aferir, no caso concreto, a conduta temerária (CALLEGARI, 2005, p. 411).

Para o autor alemão, o risco permitido é apreendido como o

comportamento que cria um risco relevante que independe do caso concreto e está inserido no risco que é, em geral, permitido (ROXIN, 2002, p. 325). Em sua forma mais simplificada, Roxin afirma que um resultado causado pelo agente só deve ser imputado como sua obra e preenche o tipo objetivo unicamente quando o comportamento do autor cria um risco não permitido para o objeto da ação, quando o risco se realiza no resultado concreto e esse resultado se encontra dentro do alcance do tipo (ROXIN, 2008, p. 104)¹⁸⁰.

Callegari lembra que a valoração de um risco como permitido pressupõe a confrontação da conduta efetivamente desenvolvida com uma hipotética que é a que deveria ter sido desenvolvida na situação concreta em que o agente se encontrava. Não se trata de comparação com o administrador ideal de uma instituição financeira (CALLEGARI, 2005, p. 414-415). Para o autor brasileiro, a violação formal ou o literal cumprimento de uma regulamentação serve tão somente como indicador de uma eventual desaprovação do risco criado, mas de nenhum modo deve ser considerado requisito suficiente (CALLEGARI, 2005, p. 415):

Assim, se entendemos corretamente a teoria da imputação objetiva, ou seja, que é um procedimento de interpretação dos tipos penais que significa conexão entre o texto da lei e a realidade social, fica muito mais claro [*sic*] a verificação de uma conduta como gestão temerária ou não, porque já não estamos diante da mera adequação formal da conduta ao tipo penal, mas do significado social de dita conduta e, modernamente, só isto pode ter o significado penal (CALLEGARI, 2005, p. 416).

Embora não esboce digressões sobre a teoria da imputação objetiva desenvolvida por Roxin, Tórtima menciona que os padrões de risco razoável devem ser respeitados (TORTIMA, 2000, p. 54-55).

A teoria da imputação objetiva não se mostra apta a afastar a indeterminação típica e, por conseguinte, o entendimento de que o tipo penal não foi recepcionado pela Constituição de 1988. Não há estrita explicação do conceito de risco nessa teoria e, em geral, em toda a formulação das teorias da imputação objetiva. Elas empregam como sinônimos risco e perigo, sempre “*ex ante*” (ZAFFARONI *et al.*, 2010, p. 189-190). As normas administrativas do Poder Executivo não devem traçar indicativos de uma conduta penalmente relevante.

¹⁸⁰ A doutrina brasileira costuma resumir referida teoria em dois pressupostos: realização de um risco criado pelo autor e a sua realização no resultado: Callegari (2005, p. 413).

Zaffaroni alerta que:

*La principal contradicción de estas teorías finca en que, al fundarse en criterios preventivistas, legitiman el poder punitivo y, por ende, más allá de que algunas soluciones sean correctas, dejan abierta la puerta para una ampliación del poder punitivo. Basta pensar en la inmensa proyección de fórmulas básicas tales como el **rol de buen ciudadano o el aumento del riesgo** (ZAFFARONI; ALAGIA; SLOKAR, 2002, p. 469).*

A proposta de parte especial do Código Penal sufragada em 1984 abandonou o tratamento dado pela Lei nº 7.492. Araújo Júnior (1995, p. 154-181) ressalta que se criou um tipo de perigo concreto quando o ideal era que os atos de gestão temerária e fraudulenta pudessem levar a instituição à liquidação forçada.

Visitando o direito comparado, o modelo espanhol é interessante porque segrega a administração desleal e as insolvências puníveis. Apesar de não ser isento de críticas, esse tratamento jurídico parece ser mais adequado do que o da Lei nº 7.492. De acordo com o espanhol Enrique Bacigalupo (2004b, p. 207), na administração desleal há destaque para hipóteses relacionadas ao abuso da posição de administrador no que concerne à disposição de bens da sociedade e à causação de prejuízo economicamente palpável à sociedade administrada mediante a celebração de negócios jurídicos. Já as insolvências puníveis, segundo Merino, estão estruturadas dogmaticamente em insolvências relacionadas às obrigações individualizadas e insolvência com pluralidade de credores. Estas acolhem tipos de provocação dolosa de situação de insolvência, provocação fraudulenta de declaração judicial de insolvência e favorecimento de credor em prejuízo dos demais; aquelas contemplam levantamento de bens, execução mal-sucedida (execução ruinosa) e levantamento específico de responsabilidade delituosa¹⁸¹.

¹⁸¹ Ainda segundo o autor: “disso depreende-se que a forma de administrar o próprio patrimônio pode consistir um risco para os eventuais credores os quais têm um legítimo interesse de que não se produza a desintegração do patrimônio suscetível a acabar com sua expectativa de que, em caso de não cumprimento da prestação, a mesma ou sua substituição sejam executadas mediante o correspondente processo judicial. As ações incriminadas neste capítulo [insolvências puníveis] são ações de gestão patrimonial (materiais, como a ocultação; outras jurídicas, como a realização de atos de disposição), que diminuam ou desintegrem o patrimônio, frustrando sua função de garantia. As ações indicadas têm, ao menos, a aparência de legítimas no sentido de que são realizadas por pessoas legitimadas para sua realização e se amparam no princípio da autonomia da vontade [...]. O caráter ilícito delas é exclusivamente a circunstância de que aparecem como criadoras do risco de que o credor não encontre bens já em condições de fazer efetivo o seu direito de crédito. Também cabe assinalar que se trata de modalidades delitivas que se

“Art. 5º Apropriar-se, quaisquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, de dinheiro, título, valor ou qualquer outro bem móvel de que tem a posse ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, que negociar direito, título ou qualquer outro bem móvel ou imóvel de que tem a posse, sem autorização de quem de direito”.

Visa-se a uma política econômica sadia e à proteção dos integrantes do mercado acionário (COSTA JÚNIOR; QUEIJO; MACHADO, 2002, p. 83). No mesmo sentido, Pimentel (1987, p. 58). Prado argumenta que se tutelam o mercado financeiro e o patrimônio dos investidores que podem ser prejudicados (PRADO, 2007, p. 188).

O sujeito ativo está inserido no art. 25. É bom frisar que ele deve ter recebido os objetos mencionados em custódia ou depósito exatamente pela qualidade de administrador de instituição financeira ou de pessoa a estes equiparada (PIMENTEL, 1987, p. 58). É, portanto, um tipo penal especial.

Os sujeitos passivos são o Estado, a instituição financeira e as pessoas lesadas.

O núcleo do tipo objetivo, na figura conceitual do *caput*, prevê a conduta de “apropriar-se”, que significa tomar como próprio (apoderar-se). Para caracterização do tipo não basta a mera detenção. Posse e detenção são conceitos extrapenais. O conceito de possuidor é extraído do art. 1.196 do Código Civil e refere-se àquele que é “de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. Detenção, por sua vez, está prevista no art. 1.198 do Código Civil segundo o qual se “considera detentor todo aquele que, achando-se em relação de dependência para com outro, conserva a posse em nome deste e em cumprimento de ordens ou instruções suas”. Em tempos pretéritos, havia bastantes dificuldades em aferir, no caso concreto, o começo da execução do delito. Com a informatização do sistema financeiro, cujos lançamentos patrimoniais ocorrem praticamente de forma imediata, a dificuldade probatória é amenizada.

O núcleo do tipo objetivo, na figura abstrata do parágrafo único, traz a

enquadram dentro da categoria de “delitos de domínio” porque o devedor com suas ações dá vida a uma organização causadora do risco que ameaça os credores (MERINO, 2004, p. 247-277).

conduta de “negociar”, que significa “comercializar”. Para Tigre Maia, subsiste o delito mesmo que o negócio jurídico seja benéfico para a instituição. Para o autor, o que se pretende é que as pessoas listadas no rol do art. 25 não pratiquem atos de disposição de bens sem prévia autorização dos próprios legítimos (TIGRE, 1999, p. 68). Não parece ser adequado esse argumento, em razão da baixíssima lesividade para a instituição. Pimentel critica a conduta do parágrafo único porque não há justificativa para punir, com pena mais grave, uma apropriação indébita comum (prevista no art. 168 do Código Penal) unicamente em razão da qualidade do sujeito ativo (PIMENTEL, 1987, p. 55). Essa última crítica é aceitável na medida em que pode não haver ligação causal entre a conduta e resultado danoso para a instituição financeira.

O tipo subjetivo requer o dolo. A segunda parte do “*caput*” exige um elemento subjetivo do injusto e no parágrafo único há um elemento normativo.

A consumação ocorre quando o sujeito passa a dispor dos bens, direitos e valores como se fossem próprios. A tentativa é admissível em tese.

“Art. 7º Emitir, oferecer ou negociar, de qualquer modo, títulos ou valores mobiliários:

I - falsos ou falsificados;

II - sem registro prévio de emissão junto à autoridade competente, em condições divergentes das constantes do registro ou irregularmente registrados;

III - sem lastro ou garantia suficientes, nos termos da legislação;

IV - sem autorização prévia da autoridade competente, quando legalmente exigida:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

Os antecedentes históricos do tipo, segundo Costa Júnior, Queijo e Machado (2002), remontam aos artigos 72, 73 e 74 da Lei nº 4.728, de 1965.

Protege-se a fé pública e o patrimônio dos investidores (PRADO, 2007, p. 198). Pimentel acrescenta a boa execução da política econômica do Estado (PIMENTEL, 1987, p. 68) e ressalta que o tipo penal é medida sancionadora das disposições normativas pertinentes ao mercado de capitais (PIMENTEL, 1987, p. 67).

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. É um tipo penal geral. É improvável que a conduta seja praticada pelos administradores de cooperativas de crédito, nessa condição. Isso porque essas instituições não operam em mercado aberto. Tais agentes poderão praticar o crime na qualidade de pessoa

comum.

Os sujeitos passivos são o Estado e as pessoas cujo patrimônio tenha sido lesado.

O núcleo do tipo objetivo exige as condutas de emitir, oferecer e negociar. Há elementos normativos cuja conceituação é extrapenal. Nesse sentido, título ou valor mobiliário é representativo de um valor passível de ser negociado (TIGRE, 1999, p. 74). No inciso I, falso é o título inteiramente produzido; falsificado é o título verdadeiro, mas alterado tanto formal quanto substancialmente. A hipótese do inciso II trata da ausência ou irregularidade do registro. O inciso III criminaliza a emissão de papéis a descoberto. No inciso IV é imprescindível a ausência da autorização da autoridade competente. O dispositivo em questão é claramente uma norma penal em branco. A emissão pública de valores mobiliários, por expressa previsão do artigo 19 da Lei nº 6.385, de 1975, deve ser previamente registrada na Comissão de Valores Mobiliários (BRASIL, 2011e).

O tipo subjetivo exige o dolo. Não há elemento subjetivo especial.

Para Tigre Maia, trata-se de crime formal e de perigo abstrato. No mesmo sentido, Prado (2007, p. 198). Costa Júnior, Queijo e Machado (2002, p. 93) acentuam que é delito material. A tentativa é possível, salvo quando praticadas de forma verbal e na modalidade de emitir (a conduta é unissubsistente).

“Art. 8º Exigir, em desacordo com a legislação (Vetado), juro, comissão ou qualquer tipo de remuneração sobre operação de crédito ou de seguro, administração de fundo mútuo ou fiscal ou de consórcio, serviço de corretagem ou distribuição de títulos ou valores mobiliários:
Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

Os antecedentes históricos, consoante Pimentel e Tigre Maia (TIGRE, 1999, p. 83), remontam ao crime de usura previsto no art. 4º da Lei nº 1.521, de 1951.

Protegem-se a higidez das negociações efetuadas no mercado financeiro e os investidores que tiverem o patrimônio prejudicado (PRADO, 2007, p. 200).

O sujeito ativo está abrangido no artigo 25. É um tipo penal especial.

Os sujeitos passivos são o Estado e as pessoas cujo patrimônio tenha sido lesado.

O núcleo do tipo objetivo prevê a conduta de “exigir”, que significa ordenar. A exigência pode ser direta ou indireta, explícita ou implícita, mas é preciso que o

temor provocado naquele que sofre o constrangimento o leve a ceder à exigência (PIMENTEL, 1987, p. 74-75). O dispositivo é norma penal em branco e prevê vários elementos normativos. O recurso a definições de outros ramos do direito é imprescindível¹⁸². A ação mais comum, que é a de cobrar, não consta no núcleo do tipo. Logo, é indiferente penal. Ainda que o legislador a tivesse previsto, é possível que não fosse considerada um ilícito penal. Desde 1976, o Supremo Tribunal Federal entendia que as disposições da Lei de Usura (Decreto nº 22.626, de 1933) não se aplicavam às instituições financeiras. Com o advento da Constituição de 1988 a controvérsia ganhou novos argumentos. A redação originária do art. 192 limitava a cobrança de taxas de juros reais a 12% a.a. A Emenda 40, de 2003, deu a atual redação do artigo 192, que não prevê qualquer disposição sobre o assunto. O Supremo Tribunal Federal, na Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 4, entendeu, segundo classificação das normas constitucionais desenvolvida por José Afonso da Silva, que se tratava de norma de eficácia limitada, ou seja, condicionada à lei complementar. Em 2008, isso foi positivado na súmula vinculante nº 7.

O tipo subjetivo requer o dolo. Não há elementos subjetivos do injusto.

É crime formal (obtenção da vantagem é exaurimento). Não cabe tentativa.

“Art. 6º Induzir ou manter em erro, sócio, investidor ou repartição pública competente, relativamente a operação ou situação financeira, sonegando-lhe informação ou prestando-a falsamente:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Art. 9º Fraudar a fiscalização ou o investidor, inserindo ou fazendo inserir, em documento comprobatório de investimento em títulos ou valores mobiliários, declaração falsa ou diversa da que dele deveria constar:
Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa.

Art. 10. Fazer inserir elemento falso ou omitir elemento exigido pela legislação, em demonstrativos contábeis de instituição financeira, seguradora ou instituição integrante do sistema de distribuição de títulos de valores mobiliários:
Pena - Reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”.

Pela conexão temática, optou-se por tratar tais tipos conjuntamente.

Visa-se a proteger a boa fiscalização, ou seja, a veracidade e a completude das informações sobre a instituição, bem como a estabilidade do sistema financeiro e o interesse do Estado na fiscalização das instituições financeiras.

¹⁸² Quanto à definição dos elementos juro, comissão e remuneração, cf. Prado (2007, p. 200-201).

A doutrina não é pacífica quanto ao sujeito ativo do artigo 6º. Pimentel reforça que somente os brindados no artigo 25 podem praticá-lo (PIMENTEL, 1987, p. 62). Regis Prado e Tigre Maia escalrecem que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa, desde que o sujeito tenha possibilidade de acesso à operação ou situação financeira (PRADO, 2007, p. 192)¹⁸³. O sujeito ativo dos artigos 9º e 10 também pode ser qualquer pessoa. É pouco provável que essas condutas sejam praticadas pelos administradores de cooperativas de crédito, já que essas instituições não operam em mercado aberto diretamente. Despidos, todavia, dessa qualidade, eles poderão praticar o crime como qualquer outra pessoa. Na modalidade “omitir”, prevista na segunda parte do artigo 10, exige-se qualidade especial do agente.

Os sujeitos passivos são o Estado, bem como a instituição e eventuais pessoas cujo patrimônio tenha sido lesado.

O núcleo do tipo objetivo do artigo 6º traz a conduta de “induzir” (incutir) ou “manter em erro”, sonogando informação ou prestando-a falsamente. A informação, nesse caso, refere-se à operação ou situação financeira. Como se observa, diferencia-se do objeto material do artigo 3º da mesma lei.

O núcleo do tipo objetivo do artigo 9º prevê a conduta de “fraudar”, que significa enganar, iludir. É necessário que a fraude se realize. É uma forma especial da falsidade ideológica tipificada no artigo 299 do Código Penal (TASSE, 2009, p. 921), pois o objeto material é revestido de característica específica: requer documento comprobatório de investimento em título ou valores mobiliários. Para a caracterização do tipo, é necessário que a fraude cause engano ou ilusão. Se grotesca, será indiferente penal por ausência de tipicidade material.

O núcleo do tipo objetivo do artigo 10 consiste na conduta de “fazer inserir”. Diverge do artigo 9º em razão do objeto material, pela previsão de conduta omissiva e pela ausência do verbo inserir (que permite apenas uma forma mediata de ação). O elemento “legislação” deve ser apreendido em sentido amplo. É conhecido como “crime de maquiagem de balanços”. Costa Júnior, Queijo e Machado (2002, p. 102) propõem que é necessário que o falso venha a público, sendo irrelevante penal a que se mantém em sigilo. Em sentido contrário, Tigre Maia afirma que a consumação coincide com a conclusão do demonstrativo

¹⁸³ No mesmo sentido, Tigre (1999, p. 81).

com a abstenção da inserção do elemento exigido ou com efetiva oposição do elemento inverídico durante o processo de elaboração do documento (TIGRE, 1999, p. 92). Também segue este último entendimento Prado (2007, p. 208).

O tipo subjetivo exige o dolo. Não há elemento subjetivo especial.

São crimes de mera conduta (COSTA JÚNIOR; QUEIJO; MACHADO, 2002, p. 88; PIMENTEL, 1987, p. 62; PRADO, 2007, p. 193). A tentativa não é cabível.

“Art. 11. Manter ou movimentar recurso ou valor paralelamente à contabilidade exigida pela legislação: pena - reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa”.

Para a doutrina, a objetividade jurídica é a boa política econômica do Governo¹⁸⁴.

O sujeito ativo é especial. É necessário que o indivíduo tenha controle sobre a entrada, movimentação e saída de recursos da instituição financeira. É um crime próprio.

Os sujeitos passivos são o Estado e as pessoas cujo patrimônio tenha sido lesado.

O núcleo do tipo objetivo consiste em “manter”, que significa conservar, bem como “movimentar”, ou seja, “deslocar”. A contabilidade oficial deve coexistir com a contabilidade paralela. Pela literalidade do tipo, segundo parte da doutrina, incrimina-se qualquer tipo de manutenção ou movimentação de valores paralelos à contabilidade exigida pela norma legal. Para Prado, seria melhor que o legislador tivesse incluído o fim de obter vantagem indevida (PIMENTEL, 1985, p. 92; PRADO, 2007, p. 209). Costa Júnior, Queijo e Machado (2002, p. 102) entendem acertadamente que mesmo diante da supressão, a ausência do fim ilícito por parte do agente não perfaz o crime.

É conhecido como “crime do caixa 2” e está adstrito, segundo o Superior Tribunal de Justiça, às instituições financeiras (BRASIL, 2012j).

O tipo subjetivo exige o dolo. Não há elemento subjetivo especial.

O crime é formal. Não se admite tentativa.

De acordo com Tigre Maia, a contabilidade paralela propicia evasão de divisas, sonegação fiscal, especulação lesiva à ordem econômica, formação de

¹⁸⁴ Nesse sentido, Pimentel (1987, p. 92) e Costa Júnior, Queijo e Machado (2002, p. 103).

cartéis e oligopólios, remuneração oculta de dirigentes, entre vários outros ilícitos (TIGRE, 1999, p. 92).

“Art. 12. Deixar, o ex-administrador de instituição financeira, de apresentar, ao interventor, liquidante, ou síndico, nos prazos e condições estabelecidas em lei, as informações, declarações ou documentos de sua responsabilidade:

Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Art. 15. Manifestar-se falsamente o interventor, o liquidante ou o síndico, (Vetado) a respeito de assunto relativo à intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição financeira:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa”.

Pela conexão temática, os tipos serão analisados conjuntamente.

Visa-se a tutelar o patrimônio dos investidores e, eventualmente, a Administração Pública (PRADO, 2007, p. 212). Para Tigre Maia, a norma penal pretende facilitar o implemento e a conclusão, o mais célere possível, das atividades nominadas, evitando repercussões prejudiciais ao sistema financeiro, compelindo as pessoas designadas a colaborar com a sua efetivação (TIGRE, 1999, p. 94). No caso do artigo 15, mediatamente, resguarda-se a credibilidade dos instrumentos legais de saneamento e extinção das instituições financeiras, bem como o patrimônio das empresas e investidores (TIGRE, 1999, p. 105).

O sujeito ativo está previsto nos respectivos tipos. No caso do artigo 12, é o ex-administrador. É perfeitamente possível que o dirigente de cooperativa de crédito pratique esse crime. Na hipótese do artigo 15, é o interventor, o liquidante ou síndico. São conceitos extrapenais: interventor é a pessoa responsável pela administração enquanto perdurar o regime de intervenção, regulado pela Lei nº 6.024; liquidante é o responsável pela arrecadação do ativo e distribuição do passivo de forma a melhor desenvolver a liquidação; síndico, atualmente nominado administrador judicial, é nomeado pelo juiz para a condução de processo de falência ou de recuperação judicial. As cooperativas de crédito não estão sujeitas à falência. A liquidação está prevista na própria Lei nº 5.764, de 1971. O administrador de cooperativa de crédito poderá praticar este último crime desde que assuma umas das qualidades previstas no tipo. Ambos são crimes próprios.

Os sujeitos passivos são o Estado e as pessoas cujo patrimônio tenha sido lesado.

O núcleo do tipo objetivo do artigo 12 traz a locução “deixar de apresentar”, que denota uma conduta omissiva, a não realização de um comportamento devido.

O núcleo do tipo objetivo do artigo 15 consiste em “manifestar-se falsamente”. É necessário que a manifestação seja desconforme à realidade (TIGRE, 1999, p. 106).

O tipo subjetivo exige o dolo. Não há elemento subjetivo especial.

São crimes formais. A tentativa, na forma escrita, é admitida no artigo 15.

Pode-se observar que os tipos incriminadores acolhem finalidades administrativas e não um bem jurídico-penal porque se pretende que o ex-administrador coopere para que o regular e bom andamento do procedimento, facilitando as atividades do ente supervisor. Pimentel afirma que o artigo 12 é o primeiro que aparece na lei cumprindo os objetivos do Banco do Central, pois tal conduta seria uma das mais frequentes dificuldades encontradas para a regularidade dos procedimentos em questão (PIMENTEL, 1987, p. 97). Em razão disso, a doutrina considera que a Administração Pública estaria protegida pelo tipo.

“Art. 13. Desviar (Vetado) bem alcançado pela indisponibilidade legal resultante de intervenção, liquidação extrajudicial ou falência de instituição financeira.

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorra o interventor, o liquidante ou o síndico que se apropriar de bem abrangido pelo caput deste artigo, ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio.

Art. 14. Apresentar, em liquidação extrajudicial, ou em falência de instituição financeira, declaração de crédito ou reclamação falsa, ou juntar a elas título falso ou simulado:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 8 (oito) anos, e multa.

Parágrafo único. Na mesma pena incorre o ex-administrador ou falido que reconhecer, como verdadeiro, crédito que não o seja”.

Ambos os tipos guardam pertinência quanto à proteção da instituição financeira.

Visa-se a proteger o patrimônio, já em estado crítico, da instituição financeira. O sistema financeiro seria resguardado de forma mediata, ou seja, na medida em que se assegura a sua credibilidade e confiabilidade pública (PRADO, 2007, p. 216; PRADO, 1999, p. 97).

O sujeito ativo, nas figuras abstratas do “caput”, pode ser qualquer pessoa.

As figuras abstratas dos respectivos parágrafos únicos requerem uma qualidade especial. No caso do artigo 13, o sujeito ativo será liquidante, o interventor ou o síndico. Na hipótese do artigo 14, será o ex-administrador ou o falido. O crime será comum ou próprio, consoante a conduta.

Os sujeitos passivos são o Estado e as pessoas cujo patrimônio tenha sido lesado.

O núcleo do tipo objetivo do artigo 13 consiste em “desviar” bem qualificado como indisponível, bem como dele se apropriar ou desviá-lo em proveito próprio ou alheio. A indisponibilidade de bens resulta como consectário imediato da decretação de situações de intervenção e liquidação extrajudicial pelo Banco Central do Brasil e atinge automaticamente todos os bens dos administradores que tenham participado da gestão nos últimos 12 meses, podendo ser estendida aos bens dos conselheiros fiscais e aos de todos aqueles que, até o limite da responsabilidade estimada, tenham concorrido para a decretação de intervenção ou da liquidação extrajudicial. O Banco Central do Brasil deverá instaurar procedimento para averiguação das causas que culminaram em tais situações anômalas e para apurar responsabilidades¹⁸⁵. Portanto, é necessário recorrer-se à regulamentação extrapenal. Calha lembrar que a finalidade precípua da liquidação extrajudicial ou da falência é o acertamento de créditos e débitos da instituição (TIGRE, 1999, p. 102). A proteção emprestada pelo tipo não recai sobre o sistema financeiro como um todo, mas à instituição individualmente considerada.

O núcleo do tipo objetivo do artigo 14 traz, no “*caput*”, a conduta de “apresentar” declaração de crédito ou reclamação falsa e a de “juntar” títulos falsos ou simulados. No parágrafo único, a conduta é reconhecer como verdadeiro crédito que o seja.

O tipo subjetivo exige o dolo. O parágrafo único do artigo 13 requer um elemento subjetivo especial.

Ocorre a consumação, no caso do art. 13, com o desvio ou apropriação do bem tido como indisponível (PRADO, 2007, p. 218), sendo admitida a tentativa. Vale lembrar que na modalidade de “apropriar” é difícil desvendar o momento da consumação. No artigo 14, consuma-se com a apresentação da declaração ou da

¹⁸⁵ Conferir artigo 41 e artigo 45 da Lei nº 4.595, de 1964.

reclamação falsa ou, também, com o reconhecimento do crédito falso como verdadeiro. Em geral, a tentativa é inadmissível.

Tais tipos penais desvelam um aspecto relevante. Assim como os artigos 12 e 15, estes últimos não criminalizam comportamentos realmente suscetíveis de colocar em risco o sistema financeiro nacional. Representam iniciativas de contenção de danos já ocorridos.

“Art. 16. Fazer operar, sem a devida autorização, ou com autorização obtida mediante declaração (Vetado) falsa, instituição financeira, inclusive de distribuição de valores mobiliários ou de câmbio:
Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

Tutela-se o patrimônio dos investidores e eventuais prejudicados (PRADO 2007, p. 225). Mas a proteção é muito mais ampla. Entende-se que o objetivo é proteger o sistema financeiro como um todo, o que é justificável especialmente em razão de sua atual configuração (que permite que as instituições celebrem operações umas com as outras). Visa-se, também, a combater o mercado paralelo de dinheiro.

A doutrina não é pacífica quanto ao sujeito ativo. Pimentel restringe a autoria aos dirigentes de instituição financeira, excluindo-se a possibilidade de ser praticado por pessoa que não seja juridicamente responsável por uma instituição financeira (PIMENTEL, 1987, p. 124). Isso se justifica, para o autor, pelo verbo “operar”, que deve ser entendido no sentido de “fazer operar”, “movimentar” (PIMENTEL, 1987, p. 121). No Superior Tribunal de Justiça há julgado acolhendo o posicionamento de Pimentel (BRASIL, 2010b)¹⁸⁶. Há doutrinadores que entendem que o sujeito ativo pode ser qualquer pessoa (COSTA JÚNIOR; QUEIJO; MACHADO, 2002, p. 113; TIGRE, 1999, p. 108-109).

A instituição financeira, para entrar em funcionamento nos termos legais, necessita de uma autorização específica do Banco Central do Brasil, o que ocorre por ato administrativo constitutivo e não declaratório. Ausente esse requisito, a sociedade opera irregularmente. Nesse sentido, a jurisprudência (BRASIL, 2011f). O tipo penal refere-se à hipótese em que o ente, embora exista de fato (com aparência e estrutura de legalidade), não pode ser reconhecido juridicamente como instituição financeira.

¹⁸⁶ Para o Tribunal, *factoring* não se confunde com instituição financeira, o que afastou a incidência do tipo penal.

Os sujeitos passivos são o Estado e as pessoas que tenham sido lesadas.

O núcleo do tipo objetivo é “fazer operar”, que tem o sentido de “fazer funcionar”, “fazer operar”.

O tipo subjetivo requer pelo dolo. Não há elementos subjetivos especiais.

A consumação, para Pimentel, ocorre com a realização de, pelo menos, uma operação (PIMENTEL, 1987, p. 126), não sendo exigida a habitualidade; havendo várias operações, possível caracterizar-se como crime continuado. Em alguns casos, é difícil fracionar o “*iter criminis*” para desvendar quando a execução se iniciou. Antes da efetiva celebração de operações ativas e passivas, pode haver realização de outras condutas comuns de instituição financeira regular.

No contexto do cooperativismo de crédito, até 2003 permitia-se, mediante a autorização do Banco Central do Brasil, que as cooperativas agrícolas mantivessem seção mista de crédito – que não representava propriamente uma instituição financeira.

“Art. 17. Tomar ou receber, qualquer das pessoas mencionadas no art. 25 desta lei, direta ou indiretamente, empréstimo ou adiantamento, ou deferi-lo a controlador, a administrador, a membro de conselho estatutário, aos respectivos cônjuges, aos ascendentes ou descendentes, a parentes na linha colateral até o 2º grau, consangüíneos ou afins, ou a sociedade cujo controle seja por ela exercido, direta ou indiretamente, ou por qualquer dessas pessoas:

Penal - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem:

I - em nome próprio, como controlador ou na condição de administrador da sociedade, conceder ou receber adiantamento de honorários, remuneração, salário ou qualquer outro pagamento, nas condições referidas neste artigo;

II - de forma disfarçada, promover a distribuição ou receber lucros de instituição financeira”.

Consoante Pimentel, as origens do tipo penal em questão remontam à Lei nº 4.595, de 1964, em especial ao artigo 34, inciso I. É bom lembrar que, dentre várias condutas previstas no referido dispositivo, os demais incisos configuravam ilícito extrapenal – conforme interpretação extraída do parágrafo único do artigo.

Visa-se a proteger a credibilidade do sistema financeiro nacional.

O sujeito ativo está abordado no artigo 25. É um crime próprio.

Os sujeitos passivos são o Estado, a instituição e as pessoas lesadas.

O núcleo do tipo objetivo, no *caput*, é “tomar empréstimo” direta ou

indiretamente. Já no inciso I, é “conceder” ou “receber adiantamento” dos objetos materiais mencionados; no inciso II é promover a distribuição ou receber lucros de forma disfarçada. É bom lembrar que as cooperativas de crédito não visam ao lucro (ainda que o resultado, após apuração do balanço, seja positivo). Nesse caso, deduzidos os valores que por previsão legal da Lei nº 5.764, de 1971, devem ser destinados aos fundos legais, o saldo restante ficará à disposição da assembleia geral.

O tipo subjetivo requer o dolo. Não há elementos subjetivos especiais.

Trata-se de crime material. A consumação ocorre com a efetiva celebração da operação. Em tese, é cabível a tentativa.

Até a vigência da Lei Complementar nº 130, de 2009, muito se discutia sobre a possibilidade de o administrador de cooperativa de crédito ser sujeito ativo desse delito porque havia norma administrativa (do Conselho Monetário Nacional) permitindo que os dirigentes celebrassem operações ativas e passivas com a instituição administrada. Apesar disso, é possível encontrar julgado com decisão condenatória. No caso concreto, o presidente foi condenado às penas do artigo por ter tomado três empréstimos para si e para a pessoa jurídica que administrava. Consoante a decisão, os artigos 17 e 25 da Lei nº 7.492, de 1986, conduziram à interpretação de que os administradores de cooperativa de crédito não poderiam ser beneficiários dos serviços prestados pelo ente (BRASIL, 2006c).

Como a ilicitude penal é específica, havendo norma permissiva de uma conduta no ordenamento jurídico, não há que se acolher a existência de crime. Cabe lembrar que, “como tipo legal e norma penal não se confundem, não basta à tipicidade penal a mera adequação do fato à descrição típica (tipicidade legal)”. Brodt (2005, p. 84-85) assevera que é necessário investigar o âmbito de alcance da norma penal considerada conglobadamente; formando uma ordem normativa, não se concebe que uma norma proíba o que outra ordena ou fomenta.

De qualquer maneira, a Lei Complementar nº 130 resolve a controvérsia porque contempla expressamente hipótese normativo-permissiva. Exige-se, no entanto, a necessidade de se respeitar critérios iguais ou mais rigorosos do que aqueles aplicados para o restante do quadro social. Exorbitando esses limites, o dirigente pode praticar outros tipos de crimes.

“Art. 18. Violar sigilo de operação ou de serviço prestado por instituição financeira ou integrante do sistema de distribuição de títulos mobiliários de que tenha conhecimento, em razão de ofício:
Pena - Reclusão, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa”.

O artigo 18 está revogado pelo art. 10 da Lei Complementar 105, de 2001.

“Art. 19. Obter, mediante fraude, financiamento em instituição financeira:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.
Parágrafo único. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o crime é cometido em detrimento de instituição financeira oficial ou por ela credenciada para o repasse de financiamento.

Art. 20. Aplicar, em finalidade diversa da prevista em lei ou contrato, recursos provenientes de financiamento concedido por instituição financeira oficial ou por instituição credenciada para repassá-lo:
Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa”.

São tipos de mesma pertinência temática.

Busca-se reprimir as condutas voltadas para obter empréstimos fraudulentos ou fraudar a própria aplicação do recurso repassado por instituição financeira oficial (PRADO, 2007, p. 238-242).

O sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. São tipos penais gerais¹⁸⁷. Cabe frisar que os administradores de cooperativas de crédito podem ser beneficiários das operações prestadas pela instituição que administram e podem praticá-los.

Os sujeitos passivos são o Estado, bem como a instituição e eventuais pessoas cujo patrimônio tenha sido lesado.

O núcleo do tipo objetivo do artigo 19 consiste na conduta “obter”, que significa “conseguir”. Não demandam muitas digressões, pois a essência tipológica há muito existe no ordenamento. Tigre Maia apura que o elemento normativo “financiamento” abrange todas as formas de mútuo; o conceito técnico é extrapenal (TIGRE, 1999, p. 124-125). O Superior Tribunal de Justiça estabelece que a conduta consistente em levar a erro instituição financeira em contratos referentes a crédito pessoal não se subsume ao tipo penal previsto no art. 19 (BRASIL, 2012k). Esse entendimento não é pacífico. Há decisão afirmando que a operação deve ter destinação específica (caso contrário, configura estelionato) (BRASIL, 2011g) e que o contrato de *leasing* financeiro não afasta a incidência do tipo (BRASIL, 2011h; BRASIL, 2011m).

O núcleo do tipo objetivo do artigo 20 é “aplicar”, que significa “dispor”;

¹⁸⁷ Nesse sentido, a jurisprudência acompanha a doutrina (BRASIL, 2010c).

“empregar”; “gastar”. O elemento “financiamento” é apreendido em sentido lato (BRASIL, 2008b).

O tipo subjetivo exige o dolo. Não há elementos subjetivos do injusto.

O crime do artigo 19 é consuma-se com a “efetiva obtenção do financiamento e não na sua simples solicitação por meio fraudulento”¹⁸⁸. Há causa de aumento de pena se o tipo ocorrer em detrimento de instituição financeira oficial ou credenciada para tanto.

O crime do artigo 20 consuma-se com a aplicação dos recursos em finalidade diversa da prevista, mesmo que esta seja lícita (BRASIL, 2011i). Como é crime instantâneo, não é possível a tentativa¹⁸⁹. É importante ressaltar que vários são os programas estatais para repasse de recursos oficiais. Como eles vão variados e fixam a finalidade para a qual devem ser destinados os recursos, é comum que o agente atue em erro de tipo¹⁹⁰.

“Art. 21. Atribuir-se, ou atribuir a terceiro, falsa identidade, para realização de operação de câmbio:

Pena - Detenção, de 1 (um) a 4 (quatro) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, para o mesmo fim, sonega informação que devia prestar ou presta informação falsa.

Art. 22. Efetuar operação de câmbio não autorizada, com o fim de promover evasão de divisas do país:

Pena - Reclusão, de 2 (dois) a 6 (seis) anos, e multa.

Parágrafo único. Incorre na mesma pena quem, a qualquer título, promove, sem autorização legal, a saída de moeda ou divisa para o exterior, ou nele mantiver depósitos não declarados à repartição federal competente”.

Existe conexão temática em razão do elemento “câmbio”.

Objetiva-se, precipuamente, a proteção da regularidade das operações de compra e venda de moeda estrangeira e, secundariamente, a fé pública indispensável à segurança das relações jurídicas (TIGRE, 1999, p. 129).

Sujeito ativo pode ser qualquer pessoa. As cooperativas de crédito não podem celebrar operações de câmbio¹⁹¹ e seus administradores poderão praticá-

¹⁸⁸ Nesse sentido, Tasse (2009, p. 924).

¹⁸⁹ Para Prado (2007, p. 243), cabe tentativa.

¹⁹⁰ Para aclarar: existem programas de crédito rural cujo recurso deve ser aplicado na produção rural; há utilização de recursos para ampliação de casa de fazenda – o que não faz parte da produção propriamente dita. Nesse caso, é possível que o agente atue em erro de tipo.

¹⁹¹ O agente autorizado a operar no mercado de câmbio pode ser banco, caixa econômica, sociedade corretora ou sociedade distribuidora de títulos e valores mobiliários, corretoras de câmbio ou, ainda, correspondente cambial de uma dessas instituições (BRASIL, 2012I).

los como pessoas comuns.

O sujeito passivo é o Estado.

O núcleo do tipo objetivo do artigo 21 consiste em “atribuir-se” ou “atribuir a terceiro” falsa identidade. Operação de câmbio é “aquela que envolve a compra e venda de moedas e papéis representativos de moeda. Ocorre sempre que houver a transformação da moeda estrangeira em nacional, pelo câmbio oficial” (DINIZ¹⁹² *apud* PRADO, 2007, p. 245). O mercado de câmbio é regulamentado e fiscalizado pelo Banco Central do Brasil. À margem deste funciona o denominado “mercado paralelo”. A falsa identidade tem finalidade específica. Segundo Costa Júnior, Queijo e Machado (2002), a falsa atribuição identidade poderá ser por escrito ou verbalmente, importando uma ação comissiva (TIGRE, 1999, p. 131). O tipo penal previsto no parágrafo único, segundo a jurisprudência, tem por objetivo impedir a conduta daquele que sonega informação que devia prestar ou presta informação falsa com o especial fim de realizar operação de câmbio (BRASIL, 2011j).

O núcleo do tipo objetivo do artigo 22 consiste em “efetuar”, que significa “fazer”, “realizar”. Pressupõe uma conduta comissiva. O núcleo do parágrafo único prevê as condutas de “promover” ou “manter depósitos”, revelando-se um crime permanente.

O tipo subjetivo requer o dolo. No artigo 22, “*caput*”, requer fim especial.

O crime do artigo 21 consuma-se com a simples atividade do agente (COSTA JÚNIOR; QUEIJO; MACHADO, 2002, p. 132). Como é crime de mera atividade, incabível a tentativa.

O crime do artigo 22, “*caput*”, consuma-se com a o fechamento do contrato de câmbio. Cabe tentativa (COSTA JÚNIOR; QUEIJO; MACHADO, 2002, p. 134). O parágrafo único do artigo 22 é crime formal e permanente. O prejuízo resultante da sua prática não é elementar do tipo (BRASIL, 2011c). O Superior Tribunal de Justiça firma que a exportação de mercadorias sem a liquidação do contrato de câmbio não caracteriza o crime (BRASIL, 2011k). Nas formas materiais, é cabível a tentativa (PIMENTEL, 1987, p. 161).

A análise do artigo 23, que é um crime que somente pode ser realizado pelo funcionário público, está, então, prejudicada.

¹⁹² Diniz, Maria Helena. *Dicionário jurídico*.

6 CONCLUSÃO

1. O panorama sobre a ordem econômica, o sistema financeiro nacional e o sistema nacional de crédito cooperativo teve por fim demonstrar que se acolhe a forma de produção capitalista convergente para efetivação dos direitos individuais e direitos coletivos e que estes são braços funcionais daquela.

2. O compromisso de democratização econômica está vinculado ao acesso efetivo ao crédito. O sistema financeiro nacional destina-se a promovê-lo, reduzindo as desigualdades e abrandando o poder político-econômico de uma minoria sobre a maioria. O resultado é a conciliação dos interesses individuais e coletivos com a iniciativa privada.

3. O sistema nacional de crédito cooperativo é um elemento do sistema financeiro, integrado por cooperativas constituídas a partir de vontade popular. É catalisador que pode mitigar a exclusão financeira e facilitar o acesso ao crédito por parte das camadas sociais que estão à margem dos interesses dos grandes bancos.

4. O sistema nacional de crédito cooperativo é concentrado em sistemas secundários. Por este motivo, situações de anormalidade financeira e institucional podem gerar efeitos em outras instituições do mesmo subgrupo. Esse fenômeno é conhecido como risco sistêmico. O sistema de supervisão auxiliar foi instituído legalmente pela Lei Complementar nº 130, de 2009, para minimizar tais ocorrências, permitindo que instituições integrantes do sistema secundário tenham atribuições de supervisão e fiscalização. Objetiva-se manter o risco inerente à atividade em padrões administrativamente aceitáveis.

5. O fenômeno criminal é influenciado pela sociedade estratificada. A criminalidade das classes mais prósperas foi pioneiramente objeto de vasto contributo de Sutherland no início do século XX. Trata-se da teoria do crime do colarinho branco, que foi associada à criminalidade econômica e incentivou estudos de direito penal econômico. Hoje, a criminalidade das classes mais prósperas é designada de “criminalidade dos poderosos”. As pesquisas criminológicas não conduzem apenas ao direito penal de autor. Os estudos de Sutherland revelaram que o acesso ao poder político-econômico não é garantido

a todos e que o direito é influenciado por essa realidade.

6. O administrador de cooperativa de crédito não se enquadra integralmente no perfil do delinquente de colarinho branco traçado por Sutherland, mas nem por isso seus contributos são rejeitados. Há espaço para a comprovação da teoria da anomia na perspectiva de Robert Merton (1970). As metas nem sempre são perseguidas por meios afetos ao interesse social.

7. Apesar de a criminalidade econômica ser um fenômeno complexo e bastante nocivo para a sociedade, rejeitam-se o conceito de direito penal econômico e a autonomia em relação ao direito penal. O quadro teórico-científico que rege esse ramo não pode ser flexibilizado a partir de argumentos no sentido de que o combate à criminalidade econômica assim exige. Admite-se que possa haver agrupamento dos delitos econômicos a partir do bem jurídico envolvido sem que isso implique reconhecimento de ser o direito penal econômico um vertente especial do direito penal.

8. A teoria do bem jurídico-penal é indispensável para o conceito material de injusto, para limitar a atividade punitiva e para promover a distinção de funções, já que muitas vezes, ilegitimamente, constituem-se como pressupostos da incriminação. A norma penal não pode acolher uma função. O bem jurídico-penal deve ser submetido a filtros de legitimação que permitam a sua redução ao prisma individual. Valores supraindividuais podem ser acolhidos como bens jurídico-penais desde que preencham os requisitos de tal processo.

8A. O sistema financeiro nacional pode ser compreendido como bem jurídico penalmente relevante, à medida que é imprescindível para que o indivíduo tenha acesso às condições que permitem o desenvolvimento das atividades econômicas, constituindo em meio para efetivação de direitos fundamentais.

9. A governança, o dever-poder de supervisão e os mecanismos decorrentes do modelo de supervisão auxiliar destinam-se a assegurar o cumprimento de várias funções, entre elas a de estabilidade financeira, controle e fiscalização do sistema financeiro nacional. Sendo assim, também contribuem para que a incriminação tenha como objeto de preferência bens jurídicos e não funções.

10. As questões ilícitas que envolvem o sistema financeiro nacional não podem ser reconduzidas unicamente a um tratamento administrativo. Por vezes, o interesse público primário perde primazia em relação ao interesse público

secundário. O interesse público é, antes de tudo, um interesse do todo e também este deve ser reconduzido a um prisma individual. Não se pode atribuir demasiado poder ao administrador estatal: nada pode assegurar uma evolução linear em prol do respeito aos direitos e garantias individuais. Não estando ainda consolidados princípios democráticos basilares para a convivência do homem em sociedade, não há como propugnar-se por defesas sistêmicas em prejuízo do indivíduo.

11. A dignidade da pessoa humana – enquanto base fundante da atual ordem constitucional e substrato de um núcleo individual intangível – é um atributo da pessoa e uma cláusula de amplíssimo leque axiológico, cuja valoração é livremente realizada pelo intérprete quando do caso concreto. Não pode ser por si só fundamento da norma incriminadora. Não parece que o direito penal possa conseguir o intento de ser a panaceia para os problemas e desvios da (des)conformidade social.

12. A origem da Lei nº 7.492, de 1986, é controversa, mas revela claramente o comprometimento com o direito penal simbólico e preocupações voltadas para a proteção imediata de interesses estatais. Muitos tipos penais dessa lei, à luz de substrato constitucional, não incriminam condutas que do prisma da ofensividade podem lesar ou expor a perigo de dano o sistema financeiro nacional. Funções e regramentos administrativos são elevados a foros de bem jurídico. O princípio da taxatividade é flagrante violado no tipo penal previsto no artigo 4º, o que endossa o entendimento de que este não foi recepcionado pela ordem constitucional de 1988.

13. O sistema financeiro nacional não recebe adequado alcance do direito penal e o compromisso constitucional de democratização econômica pode estar comprometido. Os escândalos financeiros, cujos prejuízos às partes interessadas são amplamente documentados, não ficaram, infelizmente, perdidos em tempos remotos.

REFERÊNCIAS

- AFTALION, Enrique R. *Derecho penal administrativo*. Buenos Aires: Arayú, 1955.
- ALEXY, Robert. *Teoria dos direitos fundamentais*. Tradução Virgílio Afonso da Silva. São Paulo: Malheiros, 2008.
- ALVES, Francisco de Assis. *Sociedades cooperativas: regime jurídico e procedimentos legais para sua constituição e funcionamento*. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2003.
- ANDRIGHI, Fátima Nancy. Autonomia do direito cooperativo. *In: KRUEGER, Guilherme (Coord.). Cooperativismo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.
- ANITUA, Gabriel Ignacio. *Histórias dos pensamentos criminológicos*. Instituto Carioca de Criminologia (ICC). Rio de Janeiro: REVAN, 2008.
- ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. *Dos crimes contra a ordem econômica*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.
- BACIGALUPO, Enrique. Presentación. *In: BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Económico*. 1 ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2004a.
- BACIGALUPO, Enrique. Administración desleal y apropiación indebida. *In: BACIGALUPO, Enrique. Derecho Penal Económico*. 1. ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2004b.
- BALCARCE, Fabian. *Derecho penal económico. Parte general. Rasgos esenciales del derecho penal económico. Teoría de la penal económica. Teoría del delito económico. Teoría de las consecuencias jurídico penales. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Córdoba: Mediterránea, t. 1, 2003.
- BARATTA, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal: introducción a la sociología jurídico penal*. 1 ed. Buenos Aires: Editores Argentina, 2004.
- BARROSO, Luiz Roberto. *Neoconstitucionalismo e constitucionalização do direito: o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil*. Revista eletrônica sobre reforma do Estado (RERE). Salvador: Instituto de Direito Público, n. 9, março, abril, maio, 2007. Disponível em: <<http://www.direitodoestado.com/revista/rere.asp>>. Acesso em: 11 jan 2012.
- BECHO, Renato Lopes. *Elementos de Direito cooperativo*. São Paulo: Dialética, 2002.
- BETTI, Francisco de Assis. *Aspectos dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional: leis 7.492/86 e 9.613/98*. Belo Horizonte: Del Rey, 2000.

BIANCHINI, Alice. *Direito Penal: introdução e princípios fundamentais*. 2. ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

BIRNBAUN, Johann M. Franz. *Sobre la necesidad de lesión de derechos para el concepto de delito*. Traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luiz Gusman Dalbora. Montevideo: B d F, 2010.

BITENCOURT, Cezar Roberto; SCHMIDT, Andrei Zenkner. *Direito penal econômico aplicado com a colaboração de Renata Jardim da Cunha*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2004.

BITENCOURT, Cezar Roberto. *Tratado de direito penal, volume 1: parte geral*. 13. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2008.

BRASIL. Constituição (1937). *Constituição dos Estados Unidos do Brasil*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao37.htm>. Acesso em: 13 de abr. de 2012). 1937.

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constitui%C3%A7ao.htm>. Acesso em: 12 abr. 2012. 1988.

BRASIL. Decreto-Lei nº 1.004, de 21 de outubro de 1969. *Código Penal*. Disponível em: <https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/1965-1988/del1004.htm>. Acesso em: 22 mai. de 2012. 1969.

BRASIL. Lei nº 1.521, de 26 de dezembro de 1951. *Altera dispositivos da legislação vigente sobre crimes contra a economia popular*. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L1521.htm>. Acesso em: 22 mai. de 2012. 1951.

BRASIL. Lei nº 5.764, de 16 de dezembro de 1971. Define a Política Nacional de Cooperativismo, institui o regime jurídico das sociedades cooperativas, e dá outras providências. *Diário Oficial [da República do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 16 dez. 1971. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L5764.htm>. Acesso em: 12 abr. de 2012. 1971.

BRASIL. Decreto nº 4.418, de 11 de outubro de 2002. Aprova novo Estatuto Social da empresa pública Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social- BNDES. *Diário Oficial [da República do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 14 out. 2002. Disponível em: <http://www.bndes.gov.br/SiteBNDES/bndes/bndes_pt/Institucional/O_BNDES/Legislacao/estatuto_bndes.html>. Acesso em: 13 jun. de 2012. 2002a.

BRASIL. Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. *Diário Oficial [da República do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 10 jan. 2002. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/2002/L10406.htm>. Acesso em: 12 abr. de 2012. 2002b.

BRASIL. Procuradoria da República na Bahia. *MPF/BA investiga cooperativa de crédito em Eunápolis (BA)*. Publicação em 05 de nov. de 2002. Disponível em: <<http://www.prba.mpf.gov.br/mpf-noticias/mpf-ba-investiga-cooperativa-de-credito-em>>. Acesso em: 17 jun. de 2012. 2002c.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. *Recomendações da Comissão de Valores Mobiliários sobre governança corporativa*. Comissão de Valores Mobiliários, 2002, p. 1. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/port/public/publ/cartilha/cartilha.doc>>. Acesso em: 11 jan. de 2011. 2002d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 22769/GO*. Relator Ministro Gilson Dipp. Publicação em 23 jun. 2003. Acesso em: 25 mar. 2012. 2003.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 46866/GO*. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Publicação em 03 nov. 2005. Acesso 25 mar. 2012. 2005.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *II Encontro internacional sobre regulação e supervisão em microfinanças*. 2006. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/SeMicroInter2/Palestras/03_1_AdemarSchardong.pdf> Acesso em: 15 jun. 2011. 2006a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 617191/SP*. Relatora Ministra Laurita Vaz. Publicação em 06 jun. 2006. Acesso em: 25 mar. 2012. 2006b.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Seção Judiciária de São Paulo/SP. Ação Penal. *Processo n. 1999.61.03002065-4*. Relator Juiz Johonsom di Salvo. Publicação em 03 out. de 2006. Acesso em: 25 mar. 2012. 2006c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial 1104007/PR*. Relatora Ministra Laurita Vaz. Publicação em 07 jun 2006. Acesso em: 25 mar. 2012. 2006d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 56800/PE*. Relator Ministro Arnaldo Esteves Lima. Publicação em 16 out. 2006. Acesso em: 25 mar. 2012. 2006e.

BRASIL. Tribunal Regional da 1ª Região. Apelação criminal. *Processo n. 2001.38.02.000247-6/MG*. Relator convocado Juiz Klaus Kuschel. Publicação em 17 de set. 2007. Acesso em: 25 mar. 2012. 2007a.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. Inquérito 2.245/MG. Relator Ministro Joaquim Barbosa. Publicação em 09 nov. 2007. Acesso em: 25 mar. 2012. 2007b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 77228/RS*. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Publicação em 07 fev. 2008. Acesso em: 25 mar. 2012. 2008a.

BRASIL. Tribunal Regional Federal da 1ª Região. Seção Judiciária da Bahia/BA. *Inquérito n. 2008.01. 00.007070-2*. Relator Desembargador Tourinho Neto.

Disponível em <<http://www.prr1.mpf.gov.br/noticias/prr1-denuncia-prefeito-baiano-por-pratica-de-crime-contra-o-sistema-financeiro-nacional>>. Acesso em: 25 mar. 2012. 2008b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 702.042/PR*. Relator Ministro Felix Fischer. Publicação em 29 ago 2008. Acesso em 25 mar. 2012. 2008c.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Perspectivas e desafios para inclusão financeira no Brasil*: visão de diferentes autores. Coordenação: Luiz Edson Feltrim, Elvira Cruvinel Ferreira Ventura, Alessandra Von Brorowski Dodl. Brasília: Banco Central do Brasil, 2009, p. 70. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/Nor/Deorf/projincfin/livro_inclusao_financeira_internet.pdf> Acesso em: 13 dez. 2011. 2009a.

BRASIL. Lei Complementar nº 130, de 17 de abril de 2009. Dispõe sobre o Sistema Nacional de Crédito Cooperativo e revoga dispositivos das Leis nºs 4.595, de 31 de dezembro de 1964, e 5.764, de 16 de dezembro de 1971. *Diário Oficial [da República do Brasil]*, Brasília, Distrito Federal, 17 abr. 2009. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/LCP/Lcp130.htm>. Acesso em: 12 abr. de 2012. 2009b.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Seminário de supervisão cooperativa no ambiente de Basiléia II*. Realizado em 14 a 16 de abril de 2009. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/?SEMCOOPBASII>>. Acesso em: 11 jan. 2012. 2009c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 899630/PR*. Relatora Ministra Laurita Vaz. Publicação em 13 set. 2009. 2009d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 97357/GO*. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Publicação em 18 out. 2010. 2010a.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de competência 98062/SP*. Relator Ministro Jorge Mussi. Publicação 06 set. 2010b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 109447/RJ*. Relator Ministro Og Fernandes. Publicação 06 dez. 2010. 2010c.

BRASIL. UOL. Página 20 *on line*. *Sócios querem afastar presidente de cooperativa*. Disponível em: <http://pagina20.uol.com.br/index.php?option=com_content&task=view&id=25469&Itemid=51>. Acesso em: 17 jun. 2012. Publicação 29 out. 2011. 2011a.

BRASIL. AC 24 horas. *Denúncia de crime contra o sistema financeiro pode tirar o presidente Felício Santiago da presidência da Credmac*. Disponível em: <<http://www.ac24horas.com/2011/10/28/denuncia-de-crime-contra-o-sistema-financeiro-nacional-pode-tirar-felicio-santiago-da-presidencia-credmac/>>. Acesso em: 29 out. 2011. 2011b.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Embargos de Declaração no Habeas Corpus 132826/MS*. Relator Ministro Sebastião Reis Junior. Publicação 19 dez. 2011. 2011c.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 110767/RS*. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Publicação em 03 mai. 2011. Acesso em 25 mar. 2012. 2011d.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 141002/SP*. Relator Ministro Jorge Mussi. Publicação 23 mai. 2011. Acesso em 25 mar. 2012. 2011e.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 197569/PR*. Relator Ministro Og Fernandes. Publicação 17 nov. 2011. Acesso em 25 mar. 2012. 2011f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de competência 114239/SP*. Relator Ministro Haroldo Rodrigues. Publicação 24 out. 2011. Acesso em 25 mar. 2012. 2011g.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de competência 113343/SP*. Relator Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Publicação 10 jun. 2011. Acesso em 25 mar. 2012. 2011h.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Agravo 1241175/MT*. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Publicação 12 mai. 2011. Acesso em 25 mar. 2012. 2011i.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Conflito de Competência 115383/SP*. Relator Ministro Sebastião Reis Junior. Publicação 09 nov. 2011. Acesso em 25 mar. 2012. 2011j.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Agravo Regimental no Recurso Especial 997329/RS*. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Publicação 25 abr. 2011. Acesso em 25 mar. 2012. 2011k.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Habeas Corpus 132510/SP*. Relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho. Publicação em 03 mai. 2011. Acesso em 25 mar. 2012. 2011l.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Conflito de competência 111477/SP*. Relator para o acórdão Ministro Celso Limongi. Publicação 11 abr. 2011. Acesso em 25 mar. 2012. 2011m.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1115275/PR*. Relator Ministro Adilson Vieira Macabu. Publicação 04 nov. Acesso em 25 mar. 2012. 2011n.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *III Fórum sobre inclusão financeira*. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/evnweb/atividade/21.11_Painel1_Mesa1_Fabio_Schiavinatto_201201031343321980.pdf>. Acesso em: 30 jan 2012. 2012a.

BRASIL. Banco do Brasil. *Estatuto Social*. Disponível em: <<http://www.bb.com.br/docs/pub/siteEsp/ri/pt/dce/dwn/EstatutoSocial.pdf>>. Acesso em: 13 jun. 2012. 2012b.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Manual de organização do sistema financeiro – S/SORF*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/Nor/Manual/intro.asp>>. Acesso em: 12 abr. 2012. 2012c.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Manual da supervisão*. Disponível em: <<https://www3.bcb.gov.br/gmn/visualizacao/listarDocumentosManualPublico.do?method=visualizarDocumentoInicial&itemManualId=null>>. Acesso em: 21 mar 2012. 2012d.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Museu de valores do Banco Central do Brasil*. Disponível em: <<http://www.bc.gov.br/?ORIGEMOEDA>>. Acesso em: 22 mai. de 2012. 2012e.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *História do dinheiro no Brasil*. Disponível em: <<http://www.bcb.gov.br/htms/album/a3.asp>>. Acesso em: 22 mai. de 2012. 2012f.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 1015971/PR*. Relatora Ministra Laurita Vaz. Publicação 04 abr. 2012. Acesso em 25 mar. 2012. 2012g.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 897864/PR*. Relatora Ministra Maria Thereza de Assis Moura. Publicação em 29 nov 2010. Acesso em 25 mar. 2012h.

BRASIL. Gazeta Digital. *Juiz condena ex-diretores de banco [sic] por rombo milionário*. Disponível em: <<http://www.gazetadigital.com.br/conteudo/show/secao/2/materia/292116>>. Acesso em: 17 jun. 2012. 2012i.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Ação Penal 643/MT*. Relator Ministro Teori Albino Zavascki. Publicação 23 fev. 2012. 2012j.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. *Recurso Especial 738344/PR*. Relator Ministro Og Fernandes. Publicação 05 mar. 2012. 2012k.

BRASIL. Banco Central do Brasil. *Mercado de câmbio: definições*. Disponível em: <http://www.bcb.gov.br/pre/bc_atende/port/mercCam.asp#1>. Acesso em: 22 mai. de 2012. 2012l.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *Do estrito cumprimento de dever legal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

BRODT, Luís Augusto Sanzo. *O direito penal sob a perspectiva funcional redutora de Eugenio Raul Zaffaroni*. Revista Brasileira de Estudos Políticos, v. 101, p. 97-137, 2011.

BRUNO, Aníbal. *Direito penal, parte geral*. Tomo 1: introdução, norma penal, fato punível. 3 ed. Rio de Janeiro: Forense, 1978.

BULGARELLI, Waldirio. *As sociedades cooperativas e sua disciplina jurídica*. 2. ed. rev. e atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

CALLEGARI, André Luís. *Direito penal econômico e lavagem de dinheiro: aspectos criminológicos*. Porto Alegre: Livraria Advogado, 2003.

CALLEGARI, André Luís. *Gestão temerária e o risco permitido no direito penal*. Revista dos Tribunais, São Paulo: *Revista dos Tribunais*, v. 837, 2005.

CAMPOS, Armando. *Plexo normativo das cooperativas de crédito*. Brasília: OAB Editora, 2003.

CANOTILHO, José J. Gomes. *Direito Constitucional*. 6 ed. rev. Coimbra: Almedina, 1993.

CARVALHO, Márcia Dometila de. *Fundamentação constitucional do direito penal*. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CASTILHO, Ela Wiecko Volkmer de. *O controle penal nos crimes contra o Sistema Financeiro nacional: Lei n. 7.492, de 16 de junho de 1986*. Belo Horizonte: Del Rey, 1998.

CAVALIERI FILHO, Sergio. *Programa de sociologia jurídico (você conhece?)*. Rio de Janeiro: Forense, 1998.

CERVINI, Raúl. Derecho penal económico democrático: hacia una perspectiva integrada. In: SANCHEZ VILARDI, Celso *et al.* (coord.). *Direito penal econômico: análise contemporânea*, data???, p. 52-55.

COSTA JR, Paulo José da; QUEIJO, Maria Elizabeth; MACHADO, Charles M. *Crimes do Colarinho Branco*. 2 ed. São Paulo: Saraiva. 2002.

DALBORA, José Luiz Gusman. Estudio preliminar. In: BIRNBAUN, Johann M. Franz. *Sobre la necesidad de lesión de derechos para el concepto de delito*. Traducción directa del alemán y estudio preliminar por José Luiz Gusman Dalbora. Montevideo: B d F, 2010.

DE SANCTIS, Fausto Martin. *Punibilidade no sistema financeiro nacional: tipos penais que tutelam o sistema financeiro nacional*. Campinas, SP: Millenium, 2003.

DIAS, Jorge Figueiredo. Direito Penal e Estado de Direito Material. *Revista de Direito Penal*. Rio de Janeiro: Forense, 1982.

DIDIER JR., Fredie; ZANETI JR., Hermes. *Curso de direito processual civil: processo coletivo*. 7 ed. rev., ampl. e atual. Salvador: Juspodivm, 2012.

DOLCINI, Emilio. *O direito penal bancário*. Tradução de Rodrigo Régner Chemim Guimarães. Curitiba: Juruá, 1992.

FARIAS, Cristiano C. de. *Direito das Obrigações*. 5. ed. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional (a)*. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2011.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. *Curso de direito constitucional (b)*. 4. ed. rev., ampl. e atual. até a EC nº. 68, de 21/12/2012. Salvador: Jus Podivm, 2012.

FERRAJOLI, Luigi. *Direito e Razão: teoria do garantismo penal*. 3. ed. rev. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

FERRAJOLI, Luigi. Derecho penal mínimo y bienes jurídicos fundamentales. *Revista Ciências Penales*, n. 5, p. 5, 1992. Disponível em: <<http://www.cienciaspenales.org/index.php?page=revista>>. e em <http://www.juareztavares.com/textos/ferrajoli_bens_minimo.pdf>. Acesso 10 out 2011.

FERRAJOLI, Luigi. *Por uma teoria dos direitos e dos bens fundamentais*. Livraria do Advogado, p. 49, 2011.

FERRO, Ana Luiza Almeida. Sutherland: a teoria da associação diferencial e o crime de colarinho branco. *De jure: Revista Jurídica do Ministério Público do Estado de Minas Gerais*, Belo Horizonte, n. 11, p. 144-167, jul./dez. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/28347>>. Acesso em: 26 mar. 2010.

FEUERBACH, Paul Anselm von. *Tratado de derecho penal: común vigente em Alemania*. Traducción al castellano de la 14. ed. alemana por Eugenio Raúl Zaffaroni e Irma Hagemeyer. Buenos Aires: Hammurabi, 2007.

FLORENZANO, Vincenzo D. *Sistema financeiro e responsabilidade social: uma proposta de regulação fundada na teoria da justiça e na análise econômica do direito*. São Paulo: Texto Novo, 2004.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Cooperativa e concorrência*. Revista brasileira de estudos políticos [RBEP] n. 93. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, 2006.

FONSECA, João Bosco Leopoldino da. *Direito Econômico*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens. Capítulo 2. O conceito e a prática de governança corporativa. In: VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira (coord.). *Governança cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento em cooperativas de crédito*. Brasília: BCB, 2009.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens; COSTA COELHO, Fabiano; VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira. Governança em cooperativas de crédito: singularidades no caso brasileiro. Cap. 4. In: VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira (coord.). *Governança cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento em cooperativas de crédito*. Elvira Cruvinel Ferreira Ventura (Coordenação geral). Brasília: BCB, 2009.

FONTES FILHO, Joaquim Rubens; VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira MARUCCI, José Carlos. Governança corporativa e o papel dos conselhos de administração: um estudo no contexto das cooperativas de crédito. In: *5Th International Conference of the Iberoamerican Academy of Management*. Santo Domingo (República Dominicana), 2007.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Direito penal econômico e direito penal dos negócios*. 1982. Disponível em <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo31.pdf>. Acesso em 07 fev. 2011.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *Lições de direito penal: parte geral*. 11 ed. rev. por Fernando Fragoso. Rio de Janeiro: Forense, 1987.

FRAGOSO, Heleno Cláudio. *O novo direito penal tributário e econômico*. 1966. Disponível em: <http://www.fragoso.com.br/cgi-bin/heleno_artigos/arquivo62.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2011.

GODOI, Antônio Januzzi Marchi de. *Do bem jurídico penal*. 2006. 267 f. Dissertação (Mestrado em Direito) – Universidade de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

GRAU, Eros Roberto. *A ordem econômica na Constituição de 1988*. 13 ed. rev. atual. São Paulo: Malheiros, 2007.

HASSEMER, Winfried. Derecho penal simbólico y protección de bienes jurídicos. In: *Pena y Estado*. Vários Autores. Santiago: Editorial Jurídica Conosur, 1995.

HASSEMER, Winfried. Lineamentos de una teoría personal del bien jurídico. In: *Doctrina penal: teoría y práctica em las ciencias penales*. Buenos Aires, ano 12, n. 45-48, p. 275-285, 1989.

HASSEMER, Winfried; MUNÓZ CONDE, Francisco. *Introducción a la criminología y al derecho penal*. Valencia: Tirant Lo Blanch, 1989.

HIRSCH, Hans Joachim. *Derecho penal: Obras Completas*. Tomo II. Buenos Aires: Rubinzal Culzoni Editores, 2000.

JAKOBS, Gunther. *Fundamentos do direito penal*. Tradução André Luís Callegari. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

JAKOBS, Günther. *Tratado de direito penal: teoria do injusto penal e culpabilidade*. Tradução Gercélia Batista de Oliveira Mendes e Geraldo de Carvalho. Belo Horizonte: Del Rey, p. 61, 2009.

JUNG, C.G. *Os arquétipos e o inconsciente coletivo*. Tradução Maria Luíza Appi, Dora Marina R. Ferreira da Silva. Petrópolis: Vozes, 2000.

KRUEGER, Guilherme (coord.). *Cooperativismo e o novo Código Civil*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2003.

LISZT, Franz von. *Tratado de direito penal alemão. Tomo II*. Trad. da última edição e com. por José H. D. Pereira. Rio de Janeiro: F. Briguiet & C. Editores, 1899. Disponível em: <<http://www.dominiopublico.gov.br/download/texto/bd000147.pdf>>. Acesso em: junho de 2012.

LOPES, Mauricio Antônio Ribeiro. *Critérios constitucionais de determinação dos bens jurídicos penalmente relevantes: a teoria dos valores constitucionais e a indicação do conteúdo material dos tipos penais*. Tese. Livre docência em Direito Penal. Universidade de São Paulo, 1999.

LUIZI, Luiz. Bens constitucionais e criminalização. *In*: Revista do Centro de Estudos Judiciários da Justiça Federal. Ano II, abril de 1998, p. 103-108. Disponível em: <<http://www2.cjf.jus.br/ojs2/index.php/cej/article/view/138/226>>. Acesso em: 05 mai. de 2012.

LUIZI, Luis. *Princípios constitucionais penais*. Porto Alegre: Safe, 2003.

MAURACH, Reinhart. *Derecho Penal*. Traducción y notas de Derecho Espanhol por Juan Cordoba Roda. Barcelona: Ariel, 1962.

MELLO, Celso Antonio Bandeira de. *Curso de Direito Administrativo (a)*. 26 ed. rev. atual. até emenda constitucional 57, de 18.12.2008. São Paulo: Malheiros Editores, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *Curso de direito administrativo (b)*. 29 ed. rev. e atual. até a emenda constitucional 68, de 21.12.2011. São Paulo: Malheiros, 2012.

MELO SOBRINHO, Abelardo Duarte; BASTOS, Alexandre Martins; FONTES FILHO, Joaquim Rubens. Cap. 6. Direção estratégica. *In*: VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira (coord.). *Governança cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento em cooperativas de crédito*. Brasília: BCB, 2009.

MERINO, Luis Beneytes. Las insolvencias punibles. *In*: BACIGALUPO, Enrique. *Derecho penal económico*. 1. ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

MERTON, Robert K. *Sociologia: teoria e estrutura*. São Paulo: Mestre Jou, 1970.

MINAS GERAIS. Justiça de 1ª Instância. Subseção Judiciária de Uberlândia/MG. Ação Penal. *Processo n. 2001.38.03.005072-3*. Juiz Felini de Oliveira Wanderley. Publicação em 03 de set. 2007. 2007.

MOCCIA, Sergio. *El derecho penal entre ser y valor: Función de la pena y sistemática teleológica*. Tradução Antonio Bonanno. Buenos Aires: IBDF, 2008.

MOLINA, Antonio García Pablos. *Criminologia: introdução a seus fundamentos teóricos e introdução às bases criminológicas da Lei 9.099/95, lei dos juizados especiais criminais*. 3 ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, p. 267-268, 2000.

OLIVEIRA, Márcia Maria Rezende de; OLIVEIRA, Mauro José de. Cap. 7. Gestão Executiva. *In: VENTURA, Elvira Cruvinel (coord.). Governança cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento em cooperativas de crédito*. Brasília: BCB, 2009.

OLIVEIRA, Rogério Filippetto. *Lavagem de dinheiro: a natureza econômica do crime e a expansão do direito penal*. Tese (doutorado). 438f. Belo Horizonte: Universidade de Minas Gerais, Faculdade de Direito, 2009.

PÉREZ DEL VALLE, Carlos. Introducción al derecho penal económico. *In: BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal económico*. 1. ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

PERIUS, Vergílio Frederico. *Cooperativismo e lei*. Rio Grande do Sul: Unisinos, 2001.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1987.

PIMENTEL, Manoel Pedro. *Direito penal econômico*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1973.

PINHEIRO, Marcos A. Henriques. *Cooperativas de crédito: história da evolução normativa no Brasil*. 6 ed. Brasília: BCB, 2008.

PINTO, Tabajara Novazzi. *Direito penal econômico. Erros técnicos na legislação vigente*. São Paulo: Quartier Latin, 2009.

PRADO, Luiz Regis. *Bem jurídico-penal e constituição*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1997.

PRADO, Luiz Regis. *Curso de direito penal brasileiro, parte geral: arts. 1º a 120*. 8 ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2008.

PRADO, Luiz Regis. *Direito penal econômico: ordem econômica, relações de consumo, sistema financeiro, ordem tributária, sistema previdenciário, lavagem de capitais*. 2 ed. rev. atual. ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

QUEIROZ, Paulo de Souza. *Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*, p. 58-59, 2002.

QUIROGA, Jacobo López Barja de Quiroga. El abuso de informacion privilegiada. *In: BACIGALUPO, Enrique. Derecho penal económico*. 1. ed. Buenos Aires, Hammurabi, 2004.

REALE JÚNIOR, Miguel. *Problemas Penais Concretos*. São Paulo: Malheiros, 1997.

REIS JÚNIOR, Nilson. *Aspectos societários das cooperativas de crédito*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2006.

RIGHI, Esteban J. A. *Derecho penal económico*. *In: CUADRA, Héctor. Estudios de derecho económico (coord.)*. Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 1980, p. 100-101. Disponível em: <<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=373>>. Acesso em 20 mar. 12.

RODRIGUES, Roberto. *Prólogo*. *In: PERIUS, Vergílio. Cooperativismo e lei*. São Leopoldos: Unisinos, 2001, p. 11.

ROXIN, Claus. *A Proteção de bens jurídicos como função do Direito Penal*. Org. e trad. André Luís Callegari e Nereu José Giacomolli. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006.

ROXIN, Claus. *Derecho penal: parte general. Fundamentos. La estructura de la teoria del delito*. Traducción de la 2 edición alemana y notas por Diego-Manuel Luzon Pena, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier de Vicente Remesal. Madrid: Civitas, 1997.

ROXIN, Claus. *Estudos de direito penal*. 2. ed. Tradução de Luís Greco. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.

ROXIN, Claus. *Funcionalismo e imputação objetiva no Direito Penal*. Tradução de Luís Greco. 3 ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.

ROXIN, Claus. *Introdução ao direito penal e ao direito processual*. Tradução de Gercélia Batista de Oliveira Mendes; coord. e supervisor Luiz Moreira. Belo Horizonte: Del Rey, 2007.

SALDANHA, Nelson. *Sociologia do direito*. 4 ed. rev. e aum. Rio de Janeiro: Renovar, 1999.

SALES, Sheila Jorge Selim de. *Escritos de direito penal*. 2. ed. Belo Horizonte: Del Rey, 2005, p. 118.

SALOMÃO, Heloisa Estellita. *A tutela penal das obrigações tributárias na Constituição*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2001.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. *O crime de colarinho branco (da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na Administração da justiça penal)*. Universidade de Coimbra, Boletim da Faculdade de Direito. Coimbra: Coimbra Editora, 2001.

SANTOS, Juarez Cirino dos. *Criminologia crítica e a reforma da legislação penal*. Disponível em: <http://www.cirino.com.br/artigos/jcs/criminologia_critica_reforma_legis_pe_nal.pdf>. Acesso em: 11 dez 2011.

SCHEERER, Sebastian. A tardia modernidade entre a hipertrofia e a minimização. *In: QUEIROZ, Paulo de Souza. Do caráter subsidiário do direito penal: lineamentos para um direito penal mínimo*. 2. ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 17 ed. São Paulo: Malheiros, 2000.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. *A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais*. Tradução Luiz Otávio de Oliveira Rocha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

SOARES, Marden Marques; BALLIANA, Gilson Marcos. Capítulo 1. O cooperativismo de crédito no Brasil. *In: Governança cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento em cooperativas de crédito*. Elvira Cruvinel Ferreira Ventura (Coordenação geral). Brasília: BCB, 2009.

SOUZA e SILVA, Gustavo Henrique. *O princípio da legalidade e o direito penal econômico: análise sobre a perspectiva do Estado Democrático de Direito*. 2011. 220f. Dissertação (Mestrado em Direito). Universidade de Minas Gerais, Faculdade de Direito.

SOUZA, Washington Peluso Albino de. *Teoria da constituição econômica*. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

SUTHERLAND, Edwin H; CRESSEY, Donald R. *Princípios de criminologia*. Tradução de Asdrúbal Mendes Gonçalves. São Paulo: Livraria Martins, 1949.

SUTHERLAND, Edwin H. *El delito de cuello Blanco*. Trad. Rosa del Omo. Madri: La Piqueta, 1999.

TASSE, Adel el. Sistema financeiro. *In: Legislação criminal especial* (vários autores). Coord. Luiz Flavio Gomes, Rogério Sanchez Cunha. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.

TAVARES, Juarez. *Bien jurídico y función en derecho penal*. Tradução Monica Cuñarro. Buenos Aires: Hammurabi, 2004.

TAVARES, Juarez. *Teoria do injusto penal*. 2. ed. rev. ampl. Belo Horizonte: Del Rey, 2002.

TERRADILLOS BASOCO, J. *Protección penal del medio ambiente em el nuevo código penal español: luces y sombras*. Estudios penales y criminológicos, XVIII. Santiago de Compostela, 1996.

TIEDEMANN, Klaus. Apresentação crítica de Klaus Tiedemann. *In: ARAÚJO JÚNIOR, João Marcello de. Dos crimes contra a ordem econômica.* São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal económico: introducción y parte geral.* San José: Grijley, 2009.

TIEDEMANN, Klaus. *Derecho penal y nuevas formas de criminalidad.* San José: Grijley, 2007.

TIGRE MAIA, Rodolfo. *Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional.* 1 ed. 2 tir. São Paulo: Malheiros, 1999.

TIGRE MAIA, Rodolfo. *Tutela penal da Ordem Econômica: o crime de formação de Cartel.* São Paulo: Malheiros, 2008.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Ilicitude penal e causas de sua exclusão.* Rio de Janeiro: Forense, 1984.

TOLEDO, Francisco de Assis. *Princípios básicos de direito penal: de acordo com a Lei n. 7.209 , de 11-7-1984 e com a Constituição de 1988.* 5 ed. São Paulo: Saraiva, 1994.

TORTIMA, José Carlos. *Crimes contra o sistema financeiro nacional: uma contribuição ao estudo da Lei 7492/86.* Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2000.

VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira. Projeto governança cooperativa. Cap. 3. *In: VENTURA, Elvira Cruvinel Ferreira. Governança cooperativa: diretrizes e mecanismos para fortalecimento da governança em cooperativas de crédito.* Brasília: BCB, 2009.

WELZEL, Hans. *Derecho penal alemán.* Trad. Juan Bustos Ramirez *et al.* Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1976.

WELZEL, Hans. El problema de la validez del derecho. *In: RODRÍGUEZ PANIAGUA, José Maria (org). Derecho injusto y derecho nulo.* Madrid: Aguilar, 1971.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl; ALAGIA, Alejandro; SLOKAR, Alejandro. *Derecho penal: parte general.* 2 ed. Buenos Aires: Ediar, 2002.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl *et al. Direito penal brasileiro, segundo volume: teoria do delito: introdução teórica e metodológica, ação e tipicidade.* Rio de Janeiro: Revan, 2010.