

V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

MAIQUEL ÂNGELO DEZORDI WERMUTH

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte deste anal poderá ser reproduzida ou transmitida sejam quais forem os meios empregados sem prévia autorização dos editores.

Diretoria - CONPEDI

Presidente - Prof. Dr. Orides Mezzaroba - UFSC - Santa Catarina

Diretora Executiva - Profa. Dra. Samyra Haydêe Dal Farra Napolini - UNIVEM/FMU - São Paulo

Vice-presidente Norte - Prof. Dr. Jean Carlos Dias - Cesupa - Pará

Vice-presidente Centro-Oeste - Prof. Dr. José Querino Tavares Neto - UFG - Goiás

Vice-presidente Sul - Prof. Dr. Leonel Severo Rocha - Unisinos - Rio Grande do Sul

Vice-presidente Sudeste - Profa. Dra. Rosângela Lunardelli Cavallazzi - UFRJ/PUCRio - Rio de Janeiro

Vice-presidente Nordeste - Profa. Dra. Gina Vidal Marcilio Pompeu - UNIFOR - Ceará

Representante Discente: Prof. Dra. Sinara Lacerda Andrade - UNIMAR/FEPODI - São Paulo

Conselho Fiscal:

Prof. Dr. Caio Augusto Souza Lara - ESDHC - Minas Gerais

Prof. Dr. João Marcelo de Lima Assafim - UCAM - Rio de Janeiro

Prof. Dr. José Filomeno de Moraes Filho - Ceará

Prof. Dr. Lucas Gonçalves da Silva - UFS - Sergipe

Prof. Dr. Valter Moura do Carmo - UNIMAR - São Paulo

Secretarias

Relações Institucionais:

Prof. Dra. Daniela Marques De Moraes - UNB - Distrito Federal

Prof. Dr. Horácio Wanderlei Rodrigues - UNIVEM - São Paulo

Prof. Dr. Yuri Nathan da Costa Lannes - Mackenzie - São Paulo

Comunicação:

Prof. Dr. Liton Lanes Pilau Sobrinho - UPF/Univali - Rio Grande do Sul

Profa. Dra. Maria Creusa De Araújo Borges - UFPB - Paraíba

Prof. Dr. Matheus Felipe de Castro - UNOESC - Santa Catarina

Relações Internacionais para o Continente Americano:

Prof. Dr. Heron José de Santana Gordilho - UFBA - Bahia

Prof. Dr. Jerônimo Siqueira Tybusch - UFSM - Rio Grande do Sul

Prof. Dr. Paulo Roberto Barbosa Ramos - UFMA - Maranhão

Relações Internacionais para os demais Continentes:

Prof. Dr. José Barroso Filho - ENAJUM

Prof. Dr. Rubens Beçak - USP - São Paulo

Profa. Dra. Viviane Coêlho de Séllos Knoerr - Unicuritiba - Paraná

Eventos:

Prof. Dr. Antônio Carlos Diniz Murta - Fumec - Minas Gerais

Profa. Dra. Cinthia Obladen de Almendra Freitas - PUC - Paraná

Profa. Dra. Livia Gaigner Bosio Campello - UFMS - Mato Grosso do Sul

Membro Nato - Presidência anterior Prof. Dr. Raymundo Juliano Feitosa - UMICAP - Pernambuco

D597

Direito penal, processo penal e constituição II [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro; Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – Florianópolis: CONPEDI, 2022.

Inclui bibliografia

ISBN: 978-65-5648-489-1

Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações

Tema: Inovação, Direito e Sustentabilidade

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. V Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2022 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34



V ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO II

Apresentação

APRESENTAÇÃO

É de Muñoz Conde a lição segundo a qual, enquanto existir Direito Penal – e nas atuais condições deve-se ponderar que ele existirá por muito tempo –, deve existir também sempre alguém disposto a estudá-lo e analisá-lo racionalmente, de forma a convertê-lo em instrumento de mudança e progresso rumo a uma sociedade mais justa e igualitária, denunciando, para tanto, além das contradições que lhes são ínsitas, as contradições do sistema econômico que o condiciona.

Nesse sentido, os artigos aqui reunidos, apresentados no decorrer do V Encontro Virtual do CONPEDI, no âmbito do GT Direito Penal, Processo Penal e Constituição II, no dia 18 de junho de 2022, apresentam-se como contribuições valiosíssimas para todos e todas que se ocupam do estudo crítico das Ciências Criminais.

O artigo “O JUIZ DE GARANTIAS E A IMPARCIALIDADE NO PROCESSO PENAL: APORTES DO MODELO PROCESSUAL CHILENO”, de Sebastian Borges de Albuquerque Mello e Fernanda Malta Pereira, aborda a implantação do juiz de garantias no Código de Processo Penal brasileiro como elemento indispensável à imparcialidade do juiz no processo penal, já que preserva a cognição do magistrado destinado à sentença na fase de instrução.

Felipe Godoy Franco, no texto intitulado “A UTILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA SANCIONATÓRIA DO BACEN E CVM NO CÁLCULO DA PENA DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS” analisa se, e de que forma, os parâmetros previstos em normas que orientam a atuação do Bacen e da CVM podem ser utilizados no cálculo da pena dos crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais, especificamente quanto à interpretação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal.

“A TESE DA DUPLA INIMPUTABILIDADE E A GARANTIA DOS DIREITOS DA PERSONALIDADE DO ADOLESCENTE EM CONFLITO COM A LEI”, de Isabela Furlan Rigolin e Alexander Rodrigues de Castro, aborda os fundamentos e a viabilidade legal da

tese mencionada no título do trabalho, salientando que ela aparenta ter aparato legal bem fundado e ser uma opção razoável para a solução do problema que a origina.

No artigo intitulado “ANÁLISE DE CONTRIBUIÇÕES E CONTRADIÇÕES DA EPISTEMOLOGIA GARANTISTA AO CONSTITUCIONALISMO”, Isadora Ribeiro Corrêa, Luiz Fernando Kazmierczak e Edinilson Donisete Machado promovem uma reflexão sobre perspectivas teóricas das correntes neoconstitucionalista e garantista, destacando que o garantismo pode ser considerado uma crítica ao neoconstitucionalismo, quando se opõe aos seus procedimentos e propõe um constitucionalismo garantista.

Mariana Colucci Goulart Martins Ferreira, no artigo “ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO APLICADA ÀS PARCERIAS PÚBLICO-PRIVADAS EM PENITENCIÁRIAS: O CASO DO COMPLEXO PENITENCIÁRIO PÚBLICO-PRIVADO EM RIBEIRÃO DAS NEVES-MG”, aborda a análise econômica do Direito (AED) e a sua aplicação às parcerias público-privadas no âmbito de penitenciárias, especificamente em relação ao Complexo Penitenciário Público-Privado (CPPP) em Ribeirão das Neves-MG, salientando que o CPPP pode ser vislumbrado como uma amostra da AED no âmbito do processo de execução penal.

No artigo intitulado “O DIREITO DE REVISÃO PROVENIENTE DA RECUSA DO MINISTÉRIO PÚBLICO NO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL: ANÁLISE DO HABEAS CORPUS N. 194.677/SP, DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL”, Jaroslana Bosse se debruça sobre o direito de revisão à negativa de oferta do Acordo de Não Persecução Penal previsto no §14 do art. 28-A do Código de Processo Penal, especialmente a partir da decisão da Segunda Turma do Supremo Tribunal Federal no Habeas Corpus n. 194.677/SP.

“O MÉTODO DA BUSCA PELA VERDADE NO PROCESSO PENAL À LUZ DA FILOSOFIA DO DIREITO”, de autoria de Ricardo Luiz Sichel e Thiago José Duarte Cabral, aborda a temática da verdade no processo penal, com enfoque na análise do material probatório como cerne da questão, à luz das críticas e visões desenvolvidas pela filosofia do Direito.

Deborah Soares Dallemole, no artigo intitulado “O ‘MENOR INFRATOR’ ENQUANTO INIMIGO PÚBLICO: A CONSTRUÇÃO DA PERICULOSIDADE JUVENIL”, analisa o histórico brasileiro com relação aos adolescentes e o crescimento de discursos punitivistas, em contraposição à Doutrina da Proteção Integral. A autora salienta que a construção da

imagem do delinquente juvenil afeta a responsabilização dos jovens que se incluem neste estereótipo, submetidos a chances maiores de sofrer medidas socioeducativas de mais intenso controle sobre sua liberdade.

Ythalo Frota Loureiro analisa, no artigo “POLÍCIAS ESTADUAIS E LOCAL DE CRIME: A COOPERAÇÃO POLICIAL E A ATUAÇÃO DE MILITARES DO ESTADO DO CEARÁ”, a necessidade de requalificar a relação entre Polícia Civil e Polícia Militar nos trabalhos de local de crime, à luz das disposições do Código de Processo Penal e da Portaria do Estado do Ceará que versa sobre o tema.

Em “O RISCO SOCIALMENTE PERMITIDO COMO CRITÉRIO DE AFASTAMENTO DA IMPUTAÇÃO PENAL NOS CRIMES AMBIENTAIS”, Betina Scherrer da Silva explicita o contexto da sociedade de risco, a partir da definição formulada por Ulrich Beck, realizando um estudo das bases teóricas do risco socialmente permitido e da relação deste instituto com os crimes ambientais.

No artigo “MÍDIA COMO FATOR DE EXPANSÃO DO DIREITO PENAL SEM FORMAÇÃO DE VALOR NEM MATURAÇÃO NECESSÁRIA PARA A CRIAÇÃO DA NORMA”, Derick Moura Jorge e Valter Foletto Santin analisam a expansão do direito penal a partir da influência exercida pela mídia que, diante do interesse momentâneo acerca de determinados assuntos, incentiva a criação e alteração das normas penais sem obediência ao tradicional caminho normativo, destacando que a pressão exercida pela mídia e pela opinião pública resulta na criação de normas penais desnecessárias, desproporcionais e irrazoáveis.

Rafael Fecury Nogueira e Gustavo Pastor da Silva Pinheiro, no artigo “CRÍTICAS AO ACORDO DE NÃO PERSECUÇÃO PENAL - ANPP A PARTIR DO GARANTISMO DE LUIGI FERRAJOLI”, asseveram que há uma clara ofensa aos direitos fundamentais no âmbito da justiça negociada no processo penal, importada de modo acrítico do sistema norte-americano para a legislação processual penal brasileira.

“O CRIME DE STALKING, O ASSÉDIO MORAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: REPERCUSSÕES NAS RELAÇÕES DE CONSUMO”, de autoria de Alexander Rodrigues de Castro e Fernanda Andreolla Borgio, analisa a disseminação do stalking e cyberstalking para todas as classes sociais nas relações de consumo online. Os autores buscam evidenciar como uma compreensão ampliada dos direitos da personalidade a partir de sua leitura conjunta com os direitos humanos contribui para compreender as maneiras como tais práticas ofendem a dignidade da pessoa humana.

Cristiano dos Anjos Lopes e Henriqueta Fernanda Chaves Alencar Ferreira Lima, no artigo intitulado “MODELAÇÃO ACUSATÓRIA DO SISTEMA PROCESSUAL PENAL BRASILEIRO E PODER INSTRUTÓRIO DO JUIZ: (IN) CONFORMIDADE CONSTITUCIONAL À LUZ DO PRINCÍPIO DA PRESUNÇÃO DE NÃO-CULPABILIDADE?”, destacam que o dever de observância à Constituição vem impactando no jus puniendi já que direitos e garantias fundamentais não podem ser desrespeitados sem a autorização do constituinte. Em razão disso, os autores discutem a modelagem acusatória e sua conformação constitucional, propondo reflexões práticas.

No texto “AS TENSÕES ENTRE O DIREITO PENAL E A RESPONSABILIDADE PENAL DA PESSOA JURÍDICA”, Karla Helenne Vicenzi e Fábio André Guaragni salientam que a dogmática jurídico-penal é diariamente confrontada com novas demandas inerentes ao desenvolvimento da sociedade, configurando um cenário expansionista, com novos bens jurídico-penais, cada vez mais desvinculados de pessoas individualizadas e marcados por pessoas indeterminadas. Nesse contexto, surgem discussões a respeito da responsabilidade penal da empresa, mormente ao que se refere à culpabilidade da pessoa jurídica.

Por fim, Lucas Spessatto e Bruna Vidal da Rocha, no estudo intitulado “O ARTIGO 492, I, ALÍNEA ‘E’ DO CÓDIGO DE PROCESSO PENAL E SEU DISSONAR À ORDEM CONSTITUCIONAL VIGENTE”, defendem a inconstitucionalidade da nova redação do artigo 492, I, “e”, do Código de Processo Penal, trazida pela Lei 13.964/19, diante dos prejuízos e incongruências da norma em relação à Constituição Federal de 1988, sobretudo no que se refere aos princípios da presunção de inocência, devido processo legal, amplitude e plenitude de defesa.

O(a) leitor(a), por certo, perceberá que os textos aqui reunidos, além de ecléticos, são críticos quanto à realidade do sistema penal, o que reflete o compromisso dos(as) autores(as) na busca pelo aperfeiçoamento do direito material e processual penal em prol da melhor e maior adequação ao texto constitucional e às demandas da contemporaneidade, dentro de um modelo integrado de Ciências Criminais.

Tenham todos(as) uma ótima leitura! É o que desejam os organizadores.

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – ESDHC

Prof. Dr. Maiquel Ângelo Dezordi Wermuth – UNIJUÍ

A UTILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA SANCIONATÓRIA DO BACEN E CVM NO CÁLCULO DA PENA DOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS

THE USE OF PARAMETERS ESTABLISHED IN THE RULES OF BACEN AND CVM IN THE CALCULATION OF PENALTIES OF CRIMES AGAINST NATIONAL FINANCIAL SYSTEM AND AGAINST THE CAPITAL MARKET

Felipe Godoy Franco ¹

Resumo

O objetivo deste artigo é analisar se, e de que forma, os parâmetros previstos em normas que orientam a atuação do Bacen e da CVM podem ser utilizados no cálculo da pena dos crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais, especificamente quanto à interpretação das circunstâncias judiciais do art. 59 do Código Penal. Através do exame dessas normas, o artigo constata que diversos daqueles parâmetros amoldam-se aos conceitos já consagrados dessas circunstâncias, auxiliando o julgador por meio de sua maior densificação e levando a uma dosimetria mais alinhada aos objetivos da pena.

Palavras-chave: Direito penal econômico, Crimes contra o sistema financeiro nacional, Crimes contra o mercado de capitais, Dosimetria da pena, Direito da regulação

Abstract/Resumen/Résumé

The purpose of this article is to analyse if, and how, the parameters established in the norms that guide the procedure of Bacen and CVM can be used in the calculation of penalties of crimes against the national financial system and against the capital market, specifically regarding the interpretation of the judicial circumstances of article 59 of the Penal Code. Through the examination of these norms, it finds that several of those parameters conform to the established concepts of these circumstances, helping the judge through their greater densification, leading to a dosimetry more aligned with the goals of the penalty.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic criminal law, Crimes against the national financial system, Crimes against the capital market, Sanction calculation, Regulatory law

¹ Mestrando em Direito da Regulação na FGV Direito Rio. Especialista em Regulação de Aviação Civil na Anac. As opiniões expressadas são pessoais, não refletindo, necessariamente, o posicionamento oficial da Anac.

1 INTRODUÇÃO

O Código Penal dispõe, no Capítulo III do Título V de sua Parte Geral, sobre a aplicação da pena, estabelecendo, em seu art. 68, a forma de seu cálculo. Determina o referido dispositivo que a dosimetria se dá, em uma primeira fase, pela fixação da chamada pena-base, encontrada através da análise das circunstâncias judiciais a que alude seu art. 59; na segunda fase, com a determinação da dita pena provisória, por meio do exame das circunstâncias agravantes e atenuantes genéricas disciplinadas em seus arts. 61 a 67; e, por fim, na terceira fase, chegando-se à pena definitiva, com a aplicação das causas de diminuição e de aumento, também chamadas de majorantes e minorantes, dispostas tanto na Parte Geral do Código, quanto também em sua Parte Especial e, ocasionalmente, nas leis esparsas, especiais ou extravagantes¹.

Nesse sentido, ainda que, no âmbito do direito penal econômico², certos diplomas legislativos tenham trazido causas de aumento e de diminuição mais específicas³, visando permitir uma individualização da pena mais acurada para esse tipo de infração, não avançaram para modificar o sistema de dosimetria acima descrito. Dessa forma, também para os chamados delitos econômicos⁴, aplica-se a mesma metodologia de cálculo da pena disposta no art. 68 deste diploma, por força do que dispõe seu art. 12. Assim a lição de Cezar Roberto Bitencourt (2021, p. 837):

Nenhuma das leis esparsas, especiais ou extravagantes consagram um modo especial de dosimetria penal, aplicando-se, por inteiro, as previsões contidas no Código Penal, quando mais não seja, por determinação da regra expressa no art. 12 do referido estatuto penal material. Dessa forma, culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime são exatamente as mesmas previstas no Código Penal, com os mesmos conteúdos,

¹ Tem-se, assim, a adoção, pelo Código Penal (pós reforma de 1984), do chamado sistema trifásico, embora Luiz Regis Prado (2019b, pp. 842/846) sustente haver, ainda, uma quarta etapa, qual seja, “a aferição da possibilidade de substituição da pena privativa de liberdade aplicada por pena de multa ou restritiva de direitos”, embora, como reconhece o autor, esta, diferentemente das demais, não trate da fixação do *quantum* da sanção penal.

² Conforme definição de Roberto Santiago Ferreira Gullo (2001, pp. 15/16), “o Direito Penal Econômico é o conjunto de normas que tem por objeto sancionar, com as penas que lhe são próprias, as condutas que, no âmbito das relações econômicas, ofendam ou ponham em perigo bens ou interesses juridicamente relevantes”, acrescentando que este “tem por finalidade proteger os bens e os interesses humanos relacionados com a economia”.

³ Veja-se, por exemplo, o art. 27-D, § 2º, da Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976 (“A pena é aumentada em 1/3 (um terço) se o agente comete o crime previsto no caput deste artigo valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo”); e o art. 19, parágrafo único, da Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986 (“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”).

⁴ Novamente tomando por empréstimo a definição de Roberto Santiago Ferreira Gullo (2001, p. 16), “delitos econômicos são condutas típicas sancionadas penalmente pelas leis editadas (geralmente extravagantes) com o fim de prover a segurança e a regularidade da política econômica do Estado”.

sentidos, funções, finalidades e limites que nesse diploma legal são concebidos. Nada autoriza, no ordenamento jurídico brasileiro, que se lhes deem dimensões outras que distingam da orientação consagrada na doutrina e jurisprudência nacionais, ao longo de sua história.

Ocorre que apesar de o supracitado autor aludir à “orientação consagrada na doutrina e jurisprudência nacionais” acerca do conteúdo das circunstâncias judiciais a que se refere o art. 59 do Código Penal, forçoso reconhecer que os termos empregados pelo legislador no *caput* do referido dispositivo (culpabilidade, antecedentes, conduta social, personalidade do agente, motivos, circunstâncias e consequências do crime, e comportamento da vítima) não foram por ele previamente definidos, possuindo certo grau de abertura semântica. Ademais, sua efetiva operacionalização, diante de casos concretos, não raro é objeto de debate, seja doutrinário, seja jurisprudencial.

Daí decorre a necessidade de que, na dosimetria da pena realizada pelo julgador, não só ele atribua uma definição a esses conceitos jurídicos indeterminados, mas também seja capaz de valorá-los adequadamente para que a eventual reprimenda penal a ser aplicada seja proporcional à violação cometida⁵ e adequada para atingir as finalidades almejadas pela imposição da sanção⁶. Afinal, é o próprio art. 59 que atribui ao juiz a responsabilidade por, dentre outros, estabelecer a pena aplicável “conforme seja necessário e suficiente para reprovação e prevenção do crime”.

Essa tarefa, contudo, adquire ainda maior complexidade quando se está a tratar da prática de crimes econômicos, em que a análise de algumas das circunstâncias judiciais previstas no Código Penal apresenta contornos potencialmente diferentes daqueles tipicamente associados à criminalidade comum. Afinal, como examinar o comportamento da vítima quando se está a tratar de um crime de lavagem de dinheiro⁷? E como avaliar a conduta social do agente

⁵ Diz Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 377) que “mensurar a pena-base, de maneira particularizada a cada acusado, de modo a individualizá-lo, conforme o que fez e de acordo com seus atributos próprios, é a meta fundamental do magistrado, na sentença condenatória”.

⁶ Muito se discute acerca de quais seriam de fato as finalidades da pena no âmbito do Direito Penal. De modo geral, os grandes manuais apontam para as teorias absolutas (ou retributivas), relativas (ou preventivas) e mistas (ou unitárias, unificadas, unificadoras ou ecléticas). Juarez Cirino dos Santos (2020, pp. 429/465) traça, ainda, uma distinção entre o discurso oficial da teoria jurídica da pena e o discurso crítico de sua teoria criminológica. Todavia, não sendo esse o enfoque deste artigo, nos referimos, aqui, aos objetivos da pena declarados pelo legislador penal, quais sejam, a reprovação e a prevenção de crimes.

⁷ Sobre a questão, pondera Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 393): “Nos casos de crimes vagos, aqueles que não possuem um sujeito passivo determinado figurando no polo passivo, em geral, a sociedade, dificilmente se consegue avaliar o comportamento da vítima. Afinal, se inexistente pessoa ofendida diretamente, torna-se incompreensível levar em conta a atitude coletiva para contrapor à do réu. Exemplo disso são as infrações penais contra o meio ambiente e contra a saúde pública. Por outro lado, há certos delitos, cujo bem tutelado interessa ao Estado, constituindo este o sujeito passivo (ex.: crimes tributários). Embora tais infrações penais não possam ser denominadas vagas, visto existir um interesse direto de pessoa jurídica de direito público, torna-se complexa a avaliação do comportamento da vítima, ensejando o crime. Diz Sérgio Salomão Shecaira: ‘Chega a ser teratológico

responsável por crimes de colarinho branco, nos quais, segundo define Edwin Sutherland (2015, pp. 33/34), seu cometimento se dá precisamente por “pessoa de respeitabilidade e alto status social no curso de sua atividade”?

De outro lado, observa-se que, especialmente quando estamos a tratar de direito penal econômico, há uma grande interconectividade entre os crimes econômicos e a atividade exercida por determinados órgãos reguladores. Podemos nos referir, à guisa de exemplo, aos crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais e a regulação do Banco Central do Brasil (Bacen) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), dentre outros.

Esses órgãos, por sua vez, também enfrentam desafios no desempenho de sua atividade fiscalizatória-sancionatória. Afinal, quando diante da necessidade de exercer seu poder-dever de reprimir a prática de infrações administrativas, devem atentar não apenas à observância dos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade⁸, mas também ao caráter instrumental da sanção.

Nesse sentido vem a lição de Alice Voronoff (2018, p. 106):

[...] Se a sanção administrativa é um meio por excelência de conformação de condutas, baseado em uma lógica coercitiva e nos incentivos a partir dela gerados, exsurge para o administrador o dever de verificação permanente da efetividade desse meio. Isto é, de sua real capacidade de gerar os incentivos corretos e os resultados esperados. Ela não se justifica como simples resposta a uma infração, mas como instrumento voltado à conformação de atividades e comportamentos. E sua legitimidade passa, sem dúvida, pela aptidão para produzir esses objetivos.

Aliás, essa abordagem instrumental permite caracterizar a sanção administrativa também como meio ou medida de gestão (das atividades materiais a cargo da autoridade administrativa) e como ferramenta institucional. [...]

Assim, visando promover não só uma maior isonomia entre o tratamento dispensado aos administrados, mas também conferir maior previsibilidade a sua atuação, esses órgãos reguladores buscaram desenvolver normas que orientam a definição das sanções a serem por eles aplicadas. Exemplos disso são a Resolução CVM nº 45, de 31 de agosto de 2021, que, dentre outros, “dispõe sobre o rito dos procedimentos relativos à atuação sancionadora no âmbito da Comissão de Valores Mobiliários”; e a Resolução BCB nº 131, de 20 de agosto de

pensar em comportamento da vítima em crimes nos quais o sujeito passivo é o Estado’ (Cálculo penal e dever de fundamentação, Estudos de direito penal, p. 32)”.

⁸ Ainda que estes princípios não tenham figurado explicitamente no rol do art. 37 da Constituição da República, há assentado entendimento no sentido de que se tratariam de princípios constitucionais implícitos. Nesse sentido, referindo-se a eles como “princípios reconhecidos”, cf. José dos Santos Carvalho Filho (2008, pp. 27 e 32/35). Ademais, eles foram listados no art. 2º, *caput*, da Lei nº 9.784, de 29 de janeiro de 1999, a qual “estabelece normas básicas sobre o processo administrativo no âmbito da Administração Federal direta e indireta, visando, em especial, à proteção dos direitos dos administrados e ao melhor cumprimento dos fins da Administração” (art. 1º).

2021, que “consolida as normas sobre o rito do processo administrativo sancionador, a aplicação de penalidades, o termo de compromisso, as medidas acautelatórias, a multa cominatória e o acordo administrativo em processo de supervisão, previstos na Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017, e os parâmetros para a aplicação das penalidades administrativas previstas na Lei nº 9.613, de 3 de março de 1998”.

Diante dessa interconectividade existente entre as instâncias administrativa e penal no contexto da prática de crimes econômicos⁹, o objetivo deste trabalho é analisar se, e de que forma, os parâmetros previstos naquela primeira podem ser utilizados para orientar o cálculo da pena nesta segunda, especificamente quanto à interpretação dos conceitos jurídicos indeterminados que formam as circunstâncias judiciais de que dispõe o art. 59, *caput*, do Código Penal. Entretanto, por se tratar essa de uma primeira análise sobre a matéria, restringiremos nossa pesquisa à interação entre os crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais e os parâmetros administrativos afetos à atuação fiscalizatória-sancionatória do Bacen e da CVM, especificamente na Lei nº 13.506, de 13 de novembro de 2017 (que, dentre outros, dispõe sobre o processo administrativo sancionador na esfera de atuação do Banco Central do Brasil e da Comissão de Valores Mobiliários), e nas já citadas Resolução BCB nº 131/2021 e Resolução CVM nº 45/2021.

Feita essa breve introdução, a segunda seção do artigo será dedicada a demonstrar a proximidade anteriormente arguida entre os crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais e a regulação exercida pelo Bacen e pela CVM. A terceira seção, por sua vez, buscará averiguar se, e como, tais parâmetros poderiam ser utilizados para auxiliar a análise das circunstâncias judiciais quando do cálculo da pena na instância penal. Por fim, a quarta e última seção sintetizará nossas conclusões a respeito do tema, acrescentando algumas considerações finais.

Importante destacar, desde logo, que não se pretende, aqui, argumentar que as normas administrativas editadas pelo Bacen e pela CVM seriam aptas a alterar os “conteúdos, sentidos, funções, finalidades e limites” das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59, *caput*, do Código Penal, contra o que alertara Cezar Roberto Bitencourt em trecho anteriormente citado. Busca-se, tão somente, avaliar de que forma o conhecimento técnico especializado destes órgãos, materializados em seus normativos, poderia colaborar na operacionalização daqueles conceitos pelo julgador na esfera penal, sem, contudo, atribuir-lhes caráter determinante.

⁹ O assunto será abordado, mais detidamente, na segunda seção deste artigo, especificamente quanto à ligação existente entre os crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais e a regulação do Bacen e da CVM.

2 OS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL E CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS E A REGULAÇÃO EXERCIDA PELO BACEN E PELA CVM

Antes de avançarmos para a análise dos parâmetros que regem a atuação administrativa sancionatória do Bacen e da CVM e de que forma esses podem auxiliar na análise das circunstâncias judiciais dispostas no art. 59 do Código Penal, faz-se necessário demonstrar de que modo se aproximam os crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais e a regulação exercida por aqueles órgãos.

Importante destacar, desde logo, que o Bacen e a CVM não se classificam, formalmente, como agências reguladoras. A matéria, há muito debatida (MOREIRA, 1999), parece-nos ter sido sedimentada com a edição da Lei nº 13.848, de 25 de junho de 2019, que trouxe, em seu art. 2º, o rol de entes considerados agências reguladoras, no qual não foram incluídas aquelas duas autarquias. Não obstante, tratam-se, inequivocamente, de órgãos que exercem funções regulatórias¹⁰.

Nesse sentido, a Lei nº 4.595, de 31 de dezembro de 1964, que, em seu art. 8º, transformou a então Superintendência da Moeda e do Crédito no Banco Central da República do Brasil, previu competir a essa autarquia, dentre outros, exercer a fiscalização das instituições financeiras e aplicar as penalidades previstas (inciso IX), bem como cumprir e fazer cumprir as disposições que lhe são atribuídas pela legislação em vigor e as normas expedidas pelo Conselho Monetário Nacional (CMN). Já a Lei nº 6.385, de 7 de dezembro de 1976, que criou a CVM, atribuiu àquela autarquia competência para, dentre outros, regulamentar, com observância da política definida pelo CMN, as matérias expressamente previstas naquela lei e na lei de sociedades por ações (art. 8º, I), bem como fiscalizar permanentemente as atividades e os serviços do mercado de valores mobiliários e a veiculação de informações relativas ao mercado, às pessoas que dele participem, e aos valores nele negociados (art. 8º, III). Percebe-se, assim, que, desde sua origem, esses órgãos são vocacionados à tutela do sistema financeiro nacional e do mercado de capitais.

¹⁰ A definição de regulação é tarefa complexa e de difícil consenso. Christel Koop e Martin Lodge (2017), por exemplo, fizeram um levantamento em mais de cem artigos buscando encontrar um conceito compartilhado de regulação. Para fins deste artigo, contudo, podemos adotar a difundida definição de Julia Black (2002, p. 26), segundo a qual: “regulation is the sustained and focused attempt to alter the behaviour of others according to defined standards or purposes with the intention of producing a broadly identified outcome or outcomes, which may involve mechanisms of standard-setting, information-gathering and behaviour-modification”.

Ademais, se tratam de órgãos com marcada especialização técnica, a qual deriva não só da supramencionada vocação legal prevista em nos seus respectivos diplomas de criação, mas também de sua própria estruturação. Podemos nos referir, à guisa de exemplo, à exigência de que seus dirigentes detenham não só reputação ilibada, como também reconhecida competência nas matérias colocadas sob a alçada daquelas autarquias, conforme disposto no art. 3º da Lei Complementar nº 179, de 24 de fevereiro de 2021, e no art. 6º da Lei nº 6.385/1976.

Adicionalmente, o quadro de pessoal desses órgãos é estruturado em carreiras especializadas (cf. Lei nº 9.650, de 27 de maio de 1998, e arts. 67 a 101 da Lei nº 11.890, de 24 de dezembro de 2008), nas quais o ingresso se dá mediante concurso público específico (art. 6º da Lei nº 9.650/1998 e arts. 73 e 74 da Lei nº 11.890/2008) e o desenvolvimento dos servidores, mediante progressão funcional e promoção, com requisitos de capacitação e de qualificação profissional (art. 7º da Lei nº 9.650/1998 e arts. 75 a 80 da Lei nº 11.890/2008).

Verifica-se, portanto, que o Bacen e a CVM exercem importante papel na proteção do sistema financeiro nacional e do mercado de capitais, com seu conhecimento técnico especializado, atuando no monitoramento e na fiscalização dos agentes que neles atuam, com o fito de prevenir e reprimir eventuais infrações administrativas que os afetem. Conseqüentemente, há uma ligação muito próxima entre as atividades desses órgãos e a proteção dos bens jurídicos tutelados pelas figuras típicas previstas na Lei nº 7.492, de 16 de junho de 1986, que define os crimes contra o sistema financeiro nacional, e nos arts. 27-C a 27-E da Lei nº 6.385/1976, que tratam dos crimes contra o mercado de capitais.

Nesse sentido, embora Luiz Regis Prado (2019a, p. 133), ao tratar especificamente de cada uma dessas espécies delitivas, enumere diversos bens jurídicos por elas protegidos, aponta, quanto à Lei nº 7.492/1986, que, “em termos gerais, o bem jurídico tutelado nesse diploma é, fundamentalmente, o sistema financeiro nacional, consistente no conjunto de instituições (monetárias, bancárias e sociedades por ações) e do mercado financeiro (de capitais e valores mobiliários)”. Similarmente, ao tratar dos delitos contra o mercado de capitais, aponta que “a Lei 6.385/1976 incrimina, em geral, condutas que atentam justamente contra o mercado de valores mobiliários” (PRADO, 2019a, p. 264).

Não coincidentemente, é possível traçar um paralelo entre diversos dos crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais e as atividades de regulação desempenhadas pelo Bacen e pela CVM. À guisa de exemplo, veja-se o art. 5º da Lei nº 7.492/1986, que tipifica conduta consistente em “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”, e o art. 3º, X, da Lei nº 13.506/2017,

que trata da infração administrativa consistente em “desviar recursos de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei ou de terceiros”. Ou, ainda, o art. 27-D da Lei nº 6.385/1976, que disciplina o crime de uso indevido de informação privilegiada, e o art. 13 da Resolução CVM nº 44, de 23 de agosto de 2021, que aborda o mesmo assunto na esfera administrativa. E não poderíamos deixar de mencionar a muito debatida (e criticada) possível complementação do tipo penal do crime de gestão temerária de instituição financeira (art. 4º, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986) pela normatização do Bacen e do CMN¹¹.

A constatação da proximidade entre os referidos crimes e as infrações administrativas fiscalizadas por aqueles órgãos administrativos é ainda reforçada pelo que dispõe o art. 26, parágrafo único, da Lei nº 7.492/1986, a estabelecer que, na ação penal dos crimes de que trata aquela lei, será admitida a assistência do Bacen e da CVM, quando o crime houver sido praticado no âmbito de atividade sujeita às suas respectivas disciplina e fiscalização; o art. 28 daquele mesmo diploma, indicando a possibilidade de que aqueles órgãos, durante o exercício de suas atribuições legais, verifiquem (indícios) dos crimes lá previstos, hipótese na qual deverão informar o Ministério Público Federal; bem como o art. 12 da Lei nº 6.385/1976, que traz previsão semelhante no contexto dos crimes contra o mercado de capitais, identificados no curso das atividades de fiscalização da CVM.

3 A UTILIZAÇÃO DOS PARÂMETROS PARA A ATUAÇÃO ADMINISTRATIVA SANCIONATÓRIA DO BACEN E DA CVM NA ESFERA PENAL

¹¹ Acerca do tema, sustenta José Paulo Baltazar Junior (2007, p. 292): “Há que se estabelecer, então, a fronteira entre o arrojo no mercado financeiro e a aventura com os recursos dos investidores (Tórtima: 54-55). Genericamente, esse risco permitido, para utilizar a terminologia própria da teoria da imputação objetiva (Callegari: 54-56), será ultrapassado quando violados os atos normativos oriundos do BACEN e do CMN que ‘estabelecem princípios e limites ao empenho de pecúnia, como a seletividade de investimentos, a diversificação dos riscos, a multiplicidade de clientes e a obrigatoriedade de respeito a garantias e requisitos básicos nas operações de crédito pré-aprovado e nos financiamentos. Referidos postulados zelam por um fator de cautela imposto após estudos abstratos acerca do nível mínimo de segurança, necessário, em tese, à perenidade e à credibilidade das Instituições Financeiras’ (Oliveira: 50)”.

Em sentido oposto, Cezar Roberto Bitencourt e Juliano Breda (2014, pp. 93/94): “Tipo penal aberto não se confunde com norma penal em branco. Com efeito, o tipo penal aberto que tipifica (não descreve) gestão fraudulenta e temerária é uma norma penal completa, cuja concretização é operada pelo julgador por meio de um juízo de valoração ou de acordo com os dados circunstanciais, sem poder invocar ‘normas complementares’ ou subsidiárias, que implicaria usar analogia *in malam partem*. [...] Em outros termos, o princípio da tipicidade estrita não admite a invocação de outros diplomas legais para complementar ou ampliar a descrição típica de determinada conduta, mesmo sob o fundamento da insuficiência da norma proibitiva.

Por essa razão, invocar a aplicação complementar de resoluções do Banco Central ou do Conselho Monetário Nacional para delimitar os contornos típicos do crime de gestão temerária pressupõe, equivocadamente, o entendimento de que o art. 4º, caput e parágrafo único, da Lei n. 7.492/86, tem natureza de norma penal em branco, o que não corresponde à realidade normativa. Em outros termos, sustentar que o complemento do que deve ser entendido por gestão temerária é dado por normas administrativas que regulam determinadas operações financeiras viola os princípios mais mezinhos da dogmática penal”.

Conforme abordado anteriormente, são oito as circunstâncias judiciais previstas no *caput* do art. 59 do Código Penal: a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do agente, os motivos, as circunstâncias e as consequências do crime, e, por fim, o comportamento da vítima. Tendo em vista que essas circunstâncias devem ser examinadas pelo julgador quando da realização da dosimetria dos crimes em geral, a fim de, dentre outros, fixar a justa medida da pena, cabe a ele atribuir conteúdo concreto a elas, analisando de que forma elas se apresentam no caso concreto em análise. Tal tarefa, contudo, se torna ainda mais desafiadora quando se está diante dos chamados crimes econômicos, dada a maior complexidade, sofisticação técnica e perfil dos agentes tipicamente envolvidos.

Diante disso, entendemos que os parâmetros para a atuação administrativa sancionatória do Bacen e da CVM podem auxiliar na operacionalização desses conceitos, particularmente quando se está a tratar de crimes contra o sistema financeiro e contra o mercado de capitais. Isso porque, diferentemente da generalidade que marca o Código Penal (até mesmo pela necessidade de que este abarque as mais distintas espécies de condutas criminais), as normas emanadas por aqueles órgãos são marcadas por um maior grau de especialidade e de conhecimento técnico sobre as atividades econômicas por eles reguladas.

Ressaltamos mais uma vez, contudo, que não se está a afirmar aqui que os referidos parâmetros administrativos podem ser aplicados de forma direta e automática à dosimetria a ser realizada na esfera penal. Entretanto, entendemos que eles podem ser utilizados para auxiliar o juízo na determinação da justa medida da pena, especialmente considerando, como já anteriormente referido: a) a proximidade entre os bens jurídicos tutelados pela regulação do Bacen e da CVM e pelos crimes contra o sistema financeiro e contra o mercado de capitais; b) a maior especialidade técnica desses reguladores frente ao legislador penal; e c) o objetivo em comum de que a aplicação concreta dos parâmetros previstos nas normas abstratas permitam uma melhor individualização da pena, visando alcançar seus objetivos finalísticos de prevenção e repressão das condutas desviantes.

Ademais, tampouco se pretende que esses parâmetros administrativos sejam utilizados para alterar os conceitos atribuídos às circunstâncias judiciais. Na realidade, o que buscaremos demonstrar logo adiante é que tais parâmetros já se adequam a esses conceitos, embora possam trazer-lhes maior densidade e, com isso, facilitar o poder-dever do julgador de adequar a medida da pena à conduta delituosa em exame.

Nesse sentido, não se ignora que, apesar de Cezar Roberto Bitencourt (2021, p. 837) aludir à “orientação consagrada na doutrina e jurisprudência nacionais”, há múltiplos debates

na doutrina e na jurisprudência criminais acerca da exata extensão e conteúdo de várias das circunstâncias judiciais. Não está compreendido neste trabalho, contudo, o aprofundamento dessas discussões. Na realidade, buscaremos utilizar, aqui, conceitos gerais mais amplamente aceitos dessas circunstâncias, sem prejuízo de que entendimentos divergentes possam levar à aproximação ou ao afastamento de determinados parâmetros administrativos, mantida, contudo, a essência do nosso entendimento.

Assim, feita essa explanação inicial, passemos a demonstrar a correlação existente entre as circunstâncias judiciais do art. 59, *caput*, do Código Penal, e os parâmetros constantes da Lei nº 13.506/2017, da Resolução BCB nº 131/2021 e da Resolução CVM nº 45/2021 que orientam a atuação administrativa sancionatória desses órgãos.

A primeira das circunstâncias a que se refere o *caput* do art. 59 do Código Penal é a culpabilidade do agente. Muito embora objeto de discussões acerca da adequação de sua inserção dentre as circunstâncias judiciais pela reforma penal de 1984 (SANTOS, 2020, pp. 528/530), associa-se a culpabilidade, de maneira geral, à reprovabilidade do comportamento praticado, levando em conta a exigibilidade de conduta diversa por parte do agente, diante da situação concreta em que o fato ocorreu (BITENCOURT, 2021, p. 834).

No âmbito administrativo, a Resolução BCB nº 131/2021 alude à culpabilidade do infrator quando, em seu art. 46, III, refere-se expressamente ao grau de reprovabilidade de sua conduta. Na mesma linha, a Resolução CVM nº 45/2021 também menciona o grau de reprovabilidade da conduta em seu art. 4º, § 1º, primeira parte. Não identificamos, contudo, parâmetros adicionais nessas normas, tampouco na Lei nº 13.506/2017, que deem uma maior concretude a esse juízo de reprovabilidade, com exceção, talvez, das menções feitas nessas normas à capacidade econômica do infrator, a qual abordaremos mais adiante nessa seção.

Passando à segunda das circunstâncias judiciais, os antecedentes do agente, estes “dizem respeito ao histórico criminal do agente que não se preste para efeitos de reincidência” (GRECO, 2019, p. 706). Tal circunstância já esteve sujeita a grande discussão, particularmente quanto à possibilidade de consideração de inquéritos ou processos em andamento como maus antecedentes na dosimetria da pena. Atualmente, contudo, é amplamente majoritário o entendimento segundo o qual, por força do disposto no art. 5º, LVII, da Constituição da

República¹², somente as sentenças penais condenatória transitadas em julgado podem ser utilizadas para valorar essa circunstância em desfavor do réu¹³.

A Resolução BCB nº 131/2021 se refere expressamente aos antecedentes do infrator em seu art. 46, V, segunda parte, quando alude à prática sistemática ou reiterada da infração, e no inciso VI deste mesmo dispositivo, enquanto a Resolução CVM nº 45/2021 os aborda em seu art. 4º, § 1º, V, em seu art. 65, I, ao apontar, como circunstância agravante, “a prática sistemática ou reiterada da conduta irregular”, e em seu art. 66, II, quando traz, como circunstância atenuante, “os bons antecedentes do infrator”.

Segue-se, então, nas circunstâncias judiciais do Código Penal, a conduta social do agente. Encontramos, na doutrina, definições semelhantes, ainda que um pouco vagas, para tal circunstância, definindo-a como o “papel do réu na comunidade, inserido no contexto da família, do trabalho, da escola, da vizinhança etc” (NUCCI, 2020, p. 389), como “o comportamento do agente perante a sociedade” (GRECO, 2019, p. 708), ou, ainda, apontando-se que esta “vem a ser o conjunto de relacionamentos (comportamentos); é a convivência do réu no meio familiar, social, cultural e laboral” (PRADO, 2019b, p. 713).

Não identificamos, contudo, parâmetros na Lei nº 13.506/2017, na Resolução BCB nº 131/2021 e na Resolução CVM nº 45/2021 que digam respeito a esse aspecto.

Na sequência, temos a personalidade do agente. Trata-se de circunstância que, similarmente a outras anteriormente expostas, também traz consigo relevante controvérsia, uma vez que, a depender do conceito a ela atribuído, não analisa o sujeito por suas condutas, mas sim pelo que ele é, potencialmente desviando para uma espécie de “direito penal do autor”¹⁴. Ademais, há aqueles que defendam que tal circunstância acaba por afastar-se do campo de estudo jurídico, aproximando-se das ciências psicológicas¹⁵. Luiz Regis Prado (2019b, pp. 713) a define como “a índole, o caráter, as qualidades morais, a pessoa do agente diante da ordem social”, aduzindo dizer respeito, em certa medida, “a padrões comportamentais característicos

¹² CRFB/1988, art. 5º, LVII: “ninguém será considerado culpado até o trânsito em julgado de sentença penal condenatória”.

¹³ Nesse sentido, destaca-se o entendimento fixado pelo Superior Tribunal de Justiça em sua Súmula 444: “É vedada a utilização de inquéritos policiais e ações penais em curso para agravar a pena-base”.

¹⁴ Cezar Roberto Bitencourt (2021, p. 835) sustenta que a personalidade do agente, enquanto circunstância judicial, “representa resquício de um direito penal autoritário, típico do odioso ‘direito penal de autor’, segundo o qual o sujeito é julgado pelo que ele é e não pelo que fez, sendo, por isso, absolutamente incompatível com o direito penal da culpabilidade, que é um direito penal do fato, próprio dos Estados Democráticos de Direito, como é o caso brasileiro. É absolutamente inaplicável, portanto, o exame da personalidade para prejudicar ou corroborar a agravação da pena de alguém, beirando, inclusive, a inconstitucionalidade a sua aplicação”.

¹⁵ Nessa linha, por exemplo, a lição de Rogério Greco (2019, p. 709). Já em sentido contrário, arguindo a possibilidade de sua avaliação pelo magistrado, podemos nos referir à doutrina de Guilherme de Souza Nucci (2020, pp. 390/391).

e previsíveis que cada pessoa desenvolve, de modo consciente ou inconsciente, como forma ou estilo de vida” e que “pode ser conceituada como o conjunto de hábitos que caracterizam a pessoa em sua maneira de viver cotidianamente”.

De toda forma, tal como ocorreu quanto à conduta social do agente, tampouco identificamos parâmetros na Lei nº 13.506/2017, na Resolução BCB nº 131/2021 e na Resolução CVM nº 45/2021 que digam referência à personalidade do infrator.

Avançando na análise das circunstâncias judiciais do *caput* do art. 59 do Código Penal, estão os motivos do crime, assim entendidos, sinteticamente, como “as razões que antecederam e levaram o agente a cometer a infração penal” (GRECO, 2019, p. 709). Aponta Guilherme de Souza Nucci (2020, p. 391) que “todo crime tem um motivo, que pode ser mais ou menos nobre, mais ou menos repugnante”.

A Lei nº 13.506/2017 trata da motivação do infrator ao referir-se, em seu art. 10, III, à vantagem por ele auferida ou pretendida, no que é reproduzida pelo art. 51, III, da Resolução BCB nº 131/2021, e pelo art. 65, III, da Resolução CVM nº 45/2021.

Em seguida, trata o Código Penal das circunstâncias do crime. Examinam-se aqui, por exemplo, “os fatores de tempo, lugar, modo de execução, com exclusão daqueles previstos como circunstâncias legais, bem como aquelas que acabam por criar estrutura típica derivada (tipos qualificados e privilegiados)” (PRADO, 2019b, pp. 714).

Quiçá devido à maior amplitude desse conceito, diversos parâmetros para a atuação administrativa sancionatória do Bacen e da CVM podem ser aqui inseridos. Na Lei nº 13.506/2017, por exemplo, seu art. 10, I, segunda parte, aponta para a duração da infração, enquanto o inciso V deste mesmo artigo se refere ao valor da operação. Similarmente, a Resolução BCB nº 131/2021, em seu art. 46, dispõe que o cálculo das sanções a serem aplicadas por aquela autarquia devem considerar, na medida em que possam ser determinados, a expressividade dos valores das operações irregulares (inciso IV) e a duração da infração (inciso V, primeira parte), enquanto o art. 4º, § 1º, II, da Resolução CVM nº 45/2021 também alude à expressividade de valores relacionados à conduta.

A Resolução BCB nº 131/2021 também traz como circunstância agravante o cometimento de infração mediante fraude ou simulação (art. 51, IV), em linha similar com o art. 65, V, da Resolução CVM nº 45/2021, que acrescenta o ardid. Esse último diploma também trata como circunstância agravante o cometimento da infração mediante a violação de deveres fiduciários decorrentes do cargo, posição ou função que o agente ocupa (art. 65, VII).

A penúltima das circunstâncias judiciais tratadas no multicitado art. 59 refere-se às consequências do crime. Conforme alerta Cezar Roberto Bitencourt (2021, pp. 836/837), “não

se confundem com a consequência natural tipificadora do ilícito praticado”, importando “analisar a maior ou menor danosidade decorrente da ação delituosa praticada ou o maior ou menor alarma social provocado, isto é, a maior ou menor irradiação de resultados transcendentais do próprio fato típico”.

Aqui, passando à esfera administrativa, encaixa-se a integralidade dos efeitos a que se refere o art. 4º da Lei nº 13.506/2017, nos seus incisos I a IV, a qualificar a infração administrativa apurada pelo Bacen como grave¹⁶. Similarmente, também poderiam ser considerados no aspecto das consequências “o grau de lesão ou o perigo de lesão ao Sistema Financeiro Nacional, ao Sistema de Consórcios, ao Sistema de Pagamentos Brasileiro, à instituição ou a terceiros” disposto no art. 10, II, da referida lei, e reproduzido no art. 46, II, da Resolução BCB nº 131/2021. Ainda na Resolução BCB nº 131/2021, também trata das consequências da infração o art. 51, II, o qual considera como circunstância agravante a ocorrência de dano à imagem da instituição ou do segmento em que o infrator atua.

Já a Resolução CVM nº 45/2021 aponta para as consequências da infração, inicialmente, quando, ao exemplificar os parâmetros a serem observados na avaliação da relevância da conduta ou da expressividade da ameaça ou lesão ao bem jurídico para fins de não instauração do processo administrativo sancionador, trata da repercussão da conduta (art. 4º, § 1º, I, segunda parte), da expressividade de prejuízos causados a investidores e demais participantes do mercado (art. 4º, § 1º, III), e do impacto da conduta na credibilidade do mercado de capitais (art. 4º, § 1º, IV).

As consequências também são objeto de valoração pela referida resolução quando esta trata das circunstâncias agravantes, aludindo ao elevado prejuízo causado (art. 65, II); à existência de dano relevante à imagem do mercado de valores mobiliários ou do segmento em que o infrator atua (art. 65, IV); e ao comprometimento ou risco de comprometimento da solvência do emissor (art. 65, VI).

Por fim, o Código Penal alude ao comportamento da vítima. É bom que se diga que não se trata, aqui, de buscar uma justificativa para o crime, mas sim de perquirir se o

¹⁶ Lei nº 13.506/2017, art 4º: “Constituem infrações graves aquelas infrações que produzam ou possam produzir quaisquer dos seguintes efeitos:

I - causar dano à liquidez, à solvência ou à hígidez ou assumir risco incompatível com a estrutura patrimonial de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei;

II - contribuir para gerar indisciplina no mercado financeiro ou para afetar a estabilidade ou o funcionamento regular do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios, do Sistema de Pagamentos Brasileiro ou do mercado de capitais;

III - dificultar o conhecimento da real situação patrimonial ou financeira de pessoa mencionada no caput do art. 2º desta Lei;

IV - afetar severamente a finalidade e a continuidade das atividades ou das operações no âmbito do Sistema Financeiro Nacional, do Sistema de Consórcios ou do Sistema de Pagamentos Brasileiro”.

comportamento da vítima de alguma forma incitou, facilitou ou mesmo induziu seu cometimento, o que, em alguma medida, poderia “contribuir para aumentar ou diminuir a reprovabilidade pessoal da conduta típica e ilícita” (PRADO, 2019b, pp. 714).

Entretanto, não vislumbramos referências na Lei nº 13.506/2017, na Resolução BCB nº 131/2021 e na Resolução CVM nº 45/2021 que se remetam ao comportamento da vítima.

De todo o exposto, verifica-se que diversos dos parâmetros para a atuação administrativa sancionatória do Bacen e da CVM se adequam aos conceitos das circunstâncias judiciais previstas no art. 59, *caput*, do Código Penal. Mais do que isso, particularmente nos aspectos das circunstâncias e das consequências da conduta infracional, introduzem diversas possíveis dimensões a esses conceitos, incrementando seu grau de precisão e, conseqüentemente, auxiliando na sua valoração concreta. Com isso, permite-se ao julgador uma avaliação mais precisa, levando a uma dosimetria mais alinhada à gravidade da conduta e aos objetivos finalísticos almejados pela pena.

Já quanto à culpabilidade e aos antecedentes do agente, e aos motivos do crime, a Lei nº 13.506/2017, a Resolução BCB nº 131/2021 e a Resolução CVM nº 45/2021 trazem parâmetros que se aproximam dessas circunstâncias, embora não se aprofundem sobre esses aspectos da mesma maneira que o fazem quanto às circunstâncias e às consequências da conduta infracional. E, no que concerne à conduta social e à personalidade do agente, bem como ao comportamento da vítima, verificou-se que as multicitadas normas administrativas não trazem parâmetros que os abordem, indicando, potencialmente, um menor peso relativo dessas circunstâncias, ao menos sob a visão do órgão regulador especializado, na valoração concreta de infrações lesivas ao sistema financeiro nacional e ao mercado de capitais.

Por outro lado, observa-se que nem todos os parâmetros que orientam a atuação administrativa sancionatória do Bacen e da CVM se amoldam às circunstâncias judiciais de que trata o art. 59, *caput*, do Código Penal, ou podem ser utilizados para auxiliar a dosimetria a ser efetuada na esfera penal. Nesse sentido, à guisa de exemplo, tanto a Lei nº 13.506/2017, em seu art. 10, VI, quanto a Resolução BCB nº 131/2021, em seu art. 51, fazem menção à reincidência, a qual, no Código Penal, se insere no rol de circunstâncias agravantes do art. 61. Já a confissão, prevista no art. 66, I, da Resolução CVM nº 45/2021, é circunstância atenuante estabelecida no art. 65, III, “d”, do Código Penal.

Similarmente, a reparação dos danos causados, prevista no art. 52, III, da Resolução BCB nº 131/2021 como circunstância atenuante da sanção administrativa, é pressuposto para a caracterização do arrependimento posterior de que trata o art. 16 do Código Penal, enquanto causa de diminuição a incidir na terceira fase da dosimetria. Na mesma linha parece-nos inserir-

se a regularização da infração de que tratam o art. 52, II, da Resolução BCB nº 131/2021, e os arts. 4º, § 1º, VII, e 66, III, da Resolução CVM nº 45/2021, bem como o ressarcimento dos investidores lesados, previsto no art. 4º, § 1º, VIII deste último diploma.

Por fim, a Lei nº 13.506/2017, em seu art. 10, IV, a Resolução BCB nº 131/2021, em seu art. 46, I, e a Resolução CVM nº 45/2021, em seu art. 63, apontam que um dos fatores a serem levados em consideração quando da aplicação de penalidades é a capacidade econômica do infrator. Entendemos, contudo, que, no âmbito penal, a valoração desse aspecto poderia levar ao criticado direito penal do autor, em que se pune o agente não com base em sua conduta, mas sim com base no que ele é¹⁷. Dessa forma, parece-nos inviável que a dosimetria da pena na esfera penal seja influenciada pelo porte econômico do agente, ao contrário do que ocorre no âmbito administrativo.

4 CONCLUSÃO

A fixação da pena aplicável aos agentes de crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais deve seguir a metodologia disposta no art. 68 do Código Penal, por força do disposto em seu art. 12, haja vista que nem a Lei nº 6.385/1976 tampouco a Lei nº 7.492/1986, que deles tratam, estabeleceram um sistema específico diferenciado para a dosimetria a ser realizada pelo julgador. Diante disso, na primeira etapa do modelo trifásico previsto no Código, cabe ao juiz a análise das chamadas circunstâncias judiciais, tais como dispostas no seu art. 59, *caput*.

Ocorre, contudo, que, ainda que a doutrina penal discuta há muito a exata extensão em abstrato dessas circunstâncias, compete ao julgador, diante do caso concreto, operacionalizar seus conceitos e examinar de que forma elas se apresentam na conduta criminal em análise. Tal missão, todavia, se torna ainda mais desafiadora quando diante dos chamados crimes econômicos, em razão de características que os diferem das figuras da dita “criminalidade comum”, tipicamente associadas à sua complexidade, à sua sofisticação técnica e ao perfil dos agentes envolvidos na empreitada criminosa.

¹⁷ Leciona Cezar Roberto Bitencourt (2021, p. 839): “O status pessoal ou profissional ou mesmo a posição que o eventual acusado ocupa na sociedade jamais poderá ser confundido com ‘circunstância do crime’, nos termos concebidos pelo art. 59 do Código Penal, conforme nossos comentários anteriores. [...] É uma forma discriminatória e, diríamos, inclusive ideologizada que elege, no caso, o empresário, o produtor, o empreendedor como inimigo da sociedade, o grande causador da ruína do cidadão, que deve pagar, agora nos bancos dos réus, a qualquer custo. Nessa linha de pensamento, com efeito, para as instâncias de controle não importa o que se faz (direito penal do fato), mas sim quem faz. Em outros termos, não se pune pela prática do fato, mas sim pela qualidade, personalidade ou caráter de quem faz, num autêntico Direito Penal de autor”.

Por meio deste artigo, buscamos demonstrar que os parâmetros para a atuação administrativa sancionatória do Bacen e da CVM podem auxiliar na análise daquelas circunstâncias judiciais quando se está a tratar de crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais. Isso não só porque há uma grande proximidade entre esses crimes e as infrações administrativas que aqueles órgãos visam prevenir e reprimir, mas também porque, diferentemente da generalidade que deve caracterizar o Código Penal (até mesmo como forma de alcançar as mais diversas espécies delitivas), as normas emanadas por esses reguladores são dotadas de maior grau de especialização e de conhecimento técnico específico sobre o assunto.

Reforçamos por uma derradeira vez, contudo, que não se buscou propor aqui que essas normas administrativas possam ter o condão de influenciar diretamente a dosimetria realizada na esfera penal, tampouco de modificar o conteúdo tipicamente associado às circunstâncias judiciais. O que acreditamos ter evidenciado é que os parâmetros nelas previstos podem se encaixar nos conceitos já consagrados dessas circunstâncias, e, a partir daí, auxiliar o julgador na fixação da pena criminal, por meio da maior densificação desses conceitos.

O que se espera, através disso, é que as penas impostas para os crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais melhor se adequem à conduta delitiva efetivamente observada, promovendo não só uma mais acurada individualização da pena (conforme art. 5º, XLVI, da Constituição), como melhor atendendo seus objetivos finalísticos de reprovação e prevenção da criminalidade.

REFERÊNCIAS

BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. **Crimes federais**. 2 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007.

BITENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal, v.1**: parte geral. 27. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2021.

BITENCOURT, Cezar Roberto; BRENDA, Juliano. **Crimes contra o sistema financeiro nacional e contra o mercado de capitais**. 3 ed. (versão digital). São Paulo: Saraiva, 2014.

BLACK, Julia. Critical Reflection on Regulation. **Australian Journal of Legal Philosophy**, Australia, v. 27, p. 1-35, jan./2002. Disponível em: <http://www.austlii.edu.au/au/journals/AUJILegPhil/2002/1.pdf>. Acesso em: 03 jan. 2022.

CARVALHO FILHO, José dos Santos. **Manual de Direito Administrativo**. 20ª ed. Rio de Janeiro: Editora Lumen Iuris, 2008.

GRECO, Rogério. **Curso de direito penal**, v.1: parte geral (arts. 1. a 120 do CP). 21. ed. Niterói/RJ: Impetus, 2019.

GULLO, Roberto Santiago Ferreira. **Direito penal econômico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2001.

KOOP, Christel; LODGE, Martin. *What is regulation? An interdisciplinary concept analysis*. **Regulation & Governance**, Australia, Volume 11, Issue 1, p. 95-108, mar./2017. Disponível em: <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/10.1111/rego.12094>. Acesso em: 03 jan. 2022.

MOREIRA, Egon Bockmann. Agência administrativas, poder regulamentar e o Sistema Financeiro Nacional. **Revista de Direito Administrativo**, v. 218, p. 93–112, 1999. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/47454>. Acesso em: 5 dez. 2021.

NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 16.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2020.

PRADO, Luiz Regis. **Direito Penal Econômico**. 8. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2019.

_____. **Tratado de direito penal brasileiro**, v. 1: parte geral (arts. 1. a 120). 3 ed. (versão digital). Rio de Janeiro: Forense, 2019.

SANTOS, Juarez Cirino dos. **Direito penal**: parte geral. 9. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Tirant lo Blanch, 2020.

SUTHERLAND, Edwin H. **Crime de colarinho branco**: versão sem cortes. Rio de Janeiro: Revan, 2015.

VORONOFF, Alice. **Direito administrativo sancionador no Brasil**. Belo Horizonte: Fórum, 2018.