IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

LUIZ GUSTAVO GONÇALVES RIBEIRO

ALCEU DE OLIVEIRA PINTO JUNIOR

Copyright © 2021 Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-Graduação em Direito

Todos os direitos reservados e protegidos. Nenhuma parte destes anais 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 Naspolini - 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 Gaigher 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 I [Recurso eletrônico on-line] organização CONPEDI

Coordenadores: Alceu de Oliveira Pinto Junior; Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro – Florianópolis: CONPEDI, 2021.

Inclui bibliografia
ISBN: 978-65-5648-415-0
Modo de acesso: www.conpedi.org.br em publicações
Tema: Constitucionalismo, desenvolvimento, sustentabilidade e smart cities.

1. Direito – Estudo e ensino (Pós-graduação) – Encontros Nacionais. 2. Direito penal. 3. Processo penal. IV Encontro Virtual do CONPEDI (1: 2021 : Florianópolis, Brasil).

CDU: 34

Conselho Nacional de Pesquisa
e Pós-Graduação em Direito Florianópolis
Santa Catarina – Brasil
www.conpedi.org.br

IV ENCONTRO VIRTUAL DO CONPEDI

DIREITO PENAL, PROCESSO PENAL E CONSTITUIÇÃO I

Apresentação

Ainda saudosos do calor humano proporcionado pelos encontros presenciais do Conpedi, porém nos valendo da tecnologia para virtualmente congregar juristas de todo o País, reunimos, numa tarde de sexta-feira da primavera brasileira, no intuito de discutir questões ecléticas sobre o Direito Penal e o Processo Penal sob a égide da Constituição Federal de 1988. Os textos doravante apresentados qualificam-se pela profundidade e pela qualidade, o que foi o norte dos debates encetados e desenvolvidos no âmbito do Grupo de Trabalho Direito Penal, Processo Penal e Constituição I, por ocasião do IV Encontro Virtual do Conpedi.

Foram os seguintes os assuntos discutidos e que ora compõem, em textos, o livro:

- "A ação penal de iniciativa pública condicionada no crime de estelionato: a retroatividade da representação como critério de prosseguibilidade das ações penais em curso perante as garantias constitucionais", em que o objetivo do estudo é analisar as alterações promovidas pela Lei 13.964/2019, conhecida como lei do pacote anticrime, no tocante a ação penal do crime de estelionato, a qual se tornou de iniciativa pública condicionada à representação, ressalvadas as exceções legais. Os autores, entretanto, chamam atenção para o fato de que surgiram questionamentos acerca da retroatividade da lei penal, os quais apresentaram divergências doutrinárias e entendimento diferenciado pelos Tribunais Superiores.

- "A proteção na sociedade de risco e o direito penal de garantia". No texto aborda-se os problemas enfrentados pelo Direito Penal na proteção das demandas originadas na sociedade de risco e aqueles pela ciência criminal nos litígios originados na sociedade de risco. Após, apresentam-se alguns dos conflitos estruturais internos do Direito Penal diante das novas exigências sociais e, por fim, expõem-se algumas correntes existentes sobre a utilização do Direito Penal no gerenciamento dos novos riscos, concluindo-se pela possibilidade da intervenção penal na proteção dos riscos e segurança social, desde que respeitados os princípios limitadores do poder punitivo estatal e as garantias do Estado Democrático de Direito.

- "A reabilitação criminal da pessoa jurídica: desafios à efetiva sujeição penal dos entes morais na ordem jurídica nacional". O estudo analisa a possibilidade de reabilitação criminal da pessoa jurídica, a partir do método indutivo e de pesquisa qualitativa e descritiva. À

mingua de previsão específica de reabilitação para os entes morais, conclui-se pela integração do ordenamento pela analogia. O tratamento das inabilitações dos falidos pela Lei 14.112/20 é paradigma. A pessoa jurídica tem um patrimônio moral legítimo e intangível, por representar outra dimensão das personalidades das pessoas físicas que a integram. Essa perspectiva, alinhada à deontologia depuradora da reabilitação, justifica a integração do sistema pela analogia, favorecendo o reemprendedorismo e os benefícios sociais da atividade econômica.

- “A revista vexatória na jurisprudência do Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul à luz da perspectiva de gênero”. O artigo tem como objetivo verificar de que forma as revistas íntimas constituem uma violação de direitos humanos, a partir de pesquisa jurisprudencial no Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. Adota-se o método dialógico de abordagem, mobilizando-o com revisão bibliográfica e análise de julgados. Conclui-se que a prática da revista íntima viola princípios constitucionalmente previstos, como o da dignidade da pessoa humana, da intimidade e da pessoalidade da pena. Na análise jurisprudencial, referente ao ano de 2019, verificou-se dois posicionamentos diferentes sobre a revista íntima entre as Câmaras Criminais do Tribunal de Justiça gaúcho.

- “A superlotação das penitenciárias brasileiras: uma violação ao princípio da dignidade da pessoa humana do preso”. Neste trabalho objetiva-se discorrer acerca da atual situação do sistema penitenciário brasileiro, visando elencar possíveis soluções a fim de amenizar os problemas enfrentados. Através da pesquisa bibliográfica, é apresentado o papel da pena, evidenciando a violação aos princípios da dignidade humana do preso, a humanização e legislações vigentes, frente à situação degradante das penitenciárias brasileiras. Aborda-se a questão da privatização do sistema penitenciário como uma possível solução, a qual, somada a outras medidas, como, por exemplo, a atuação mais efetiva do Estado, inserção de políticas públicas, poderão amenizar os problemas enfrentados atualmente.

- “A tutela penal dos interesses metaindividuais nos crimes contra o sistema financeiro nacional”. O texto discute a intrincada questão dos bens e interesses jurídico-penais tutelados na Ordem Econômica Nacional, cujo fundamento encontra-se na Constituição Federal. O bem jurídico constitui o elemento nuclear do tipo penal, sua razão de ser, sendo a principal razão para se admitir a intervenção estatal no exercício de seu poder-dever de punição. Os objetivos principais do trabalho giram em torno dos bens e interesses tutelados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especificamente a Lei nº 7.492/1986, sem deixar de apontar eventuais lacunas e deficiências que estariam a exigir a atuação legiferante do Estado.

- “Direito penal do inimigo e prisão preventiva: crise da técnica processual penal.” A pesquisa propõe identificar a presença dos elementos da teoria do Direito Penal do Inimigo no ordenamento jurídico brasileiro, em especial, no instituto da prisão preventiva com fundamento na garantia da ordem pública. A pesquisa é bibliográfica, qualitativa, e o método utilizado é dedutivo. O trabalho é voltado para os estudantes, profissionais do direito, e para aqueles que simpatizam com o tema.

- “Efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da efetividade e finalidade sócio-jurídica das atribuições da autoridade policial na primeira análise dos fatos e representação por medidas cautelares.” O artigo visa abordar as atribuições jurídicas da autoridade policial, inter-relacionada a aspectos sociológicos e a adequação e efetividade do serviço público da polícia judiciária, especificamente quando da análise fático-jurídica referentes aos fatos que chegam ao seu conhecimento e quando da representação por medidas cautelares. O aprofundamento teórico e sociológico são circunstâncias imprescindíveis para o desenvolvimento e evolução de tal matéria, assim como a análise jurídica em coadunação com os ditames constitucionais. Essa pesquisa possui abordagem pragmática, objetivando desvendar, na atual conjuntura jurídica, o quanto a atividade policial cumpre sua(s) finalidade (s) sócio-jurídica(s).

- “Estrangeiras, prisões e identidade (s): uma reflexão a partir da Lei n. 13445, de 24 de maio de 2017. No artigo, dialoga-se com presas estrangeiras mediadas por pesquisadoras(es), que lhes dão voz, e outros estudiosos da população prisional. Debate-se com a Lei de Migração, Execução Penal e a Constituição Federal. Expõe-se inovação em conteúdo dos conceitos de não nacional e de estrangeira, com itálico. Observa-se predominância do tráfico de drogas, com destaque da cocaína; prevalência de jovens, mães, primárias, com emprego declarado, escolaridade e status superior à média das brasileiras presas; questões relacionadas às motivações para o crime, ao gênero, à etnia e à cor da pele.

- “Mandados de criminalização e o enfrentamento à criminalidade organizada.” O artigo trata da teoria dos mandados constitucionais de criminalização e seus reflexos no combate à criminalidade organizada, tendo em vista que a Lei nº 13.964/2019 (“Pacote Anticrime”) acrescentou o crime de organização criminosa no rol dos crimes hediondos, previsto na Lei nº 8.072/1990 (que cumpriu o mandado explícito de penalização constante do inciso XLIII do artigo 5º da Constituição Federal). Nesta senda, transcorre-se sobre o princípio da proporcionalidade (proibição da proteção deficiente) e o fato da hediondez do crime organizado ter sido condicionado à prática de crimes hediondos e suas implicações no enfrentamento às novas formas de criminalidade.

- “O direito penal brasileiro no início do século XXI: novas velhas respostas ao fenômeno da criminalidade”. O artigo objetiva analisar o expansionismo penal brasileiro a partir da edição da Lei nº 13.964/2019. Parte-se do seguinte problema de pesquisa: em que medida o “Pacote Anticrime” oferece ao fenômeno da criminalidade respostas que perpassam pela expansão do Direito Penal e pelo agravamento das condições do apenado? O texto é perspectivado pelo método hipotético-dedutivo e se estrutura em duas seções que correspondem aos seus objetivos específicos: inicialmente, avalia o processo de expansão do Direito Penal como um fenômeno global com reflexos locais; em seguida, avalia o referido processo expansionista a partir da edição, no País, da Lei nº 13.964/2019.

- “ O dogma da independência das instâncias e a interface entre ilícitos administrativos e crimes contra o mercado de capitais: efeitos das decisões da CVM sobre o processo penal”. O trabalho propõe a superação, ao menos na abrangência em que atualmente enunciado, do dogma da independência das instâncias, acolhido majoritariamente pela jurisprudência brasileira. Argumenta-se que se trata, em verdade, de uma relação de interdependência. Sugerem-se novas propostas interpretativas a respeito dos efeitos gerados pelas decisões administrativas na esfera penal. As soluções apresentadas serão testadas no âmbito do mercado de capitais, campo fértil de sobreposição entre ilícitos administrativos e penais.

- “O fenômeno da transnacionalidade no novo ‘plea bargaing’ brasileiro: uma análise do art. 28-A do Código de Processo Penal”. A pesquisa pretende investigar a instalação através da Lei 13.964/2019 da nova modalidade de barganha negocial chamada de acordo de não persecução criminal, que seria fruto de uma ordem estatal diversa, abrangida por uma concepção baseada no Direito Transnacional. Tem-se em conta a discussão acerca da finalidade do Processo Penal nesta nova modalidade de consenso criminal, sua influência como um modelo normativo que transcende as fronteiras nacionais e sua eventual colisão a partir dos conceitos e definições da teoria do bem jurídico penal aplicadas há décadas no país. O método da pesquisa é o dedutivo.

- “O pacote anticrime e seus impactos no sistema acusatório brasileiro: a constitucionalidade do artigo 385, do CPP na jurisprudência dos Tribunais”. Enfoca-se no texto que a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e do Supremo Tribunal Federal precisam rapidamente alinhar-se à nova tendência do sistema acusatório brasileiro superando seus precedentes que ainda emprestam constitucionalidade ao artigo 385, do Código de Processo Penal apesar da recente mudança promovida pela Lei 13.694/2019. Desse modo, por meio de pesquisa documental e teórica-bibliográfica, propõe-se uma reflexão sobre os argumentos

que ainda sustentam a constitucionalidade do artigo 385, do Código de Processo Penal em face das mudanças promovidas pela Lei 13.964/2019, modificando os poderes instrutórios do juiz em razão dessa nova realidade legislativa

- “O princípio do devido processo legal como instrumento de efetivação dos direitos fundamentais e da personalidade”. Advindo do ideal inglês do due process of law, especialmente associado à Magna Carta do Rei João Sem-Terra, do ano de 1215, o princípio do devido processo legal consiste no estabelecimento de autolimitações ao poder estatal através do reconhecimento de garantias aos indivíduos. Diante do movimento de constitucionalização do Direito, tal princípio passou a ser concebido como possível instrumento de efetivação dos direitos fundamentais da personalidade. Objetivou-se assim, no trabalho, analisar a eficácia do princípio do devido processo legal, especialmente na seara penal. Para tanto, utiliza-se a abordagem metodológica hipotético-dedutiva, por meio da revisão bibliográfica.

- “O problema não está resolvido: que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada?” Partindo do pressuposto de que, teoricamente, o processo penal encontra-se em esfera distinta ao processo civil é que se desenvolveu a presente pesquisa, que objeta a teoria das nulidades no processo penal brasileiro, principalmente, porque alguns institutos – equivocadamente -utilizados no âmbito do estudo das nulidades do processo penal são remissivos ao processo civil. Este artigo tem como objetivo discutir sobre que teoria das nulidades no processo penal brasileiro deve ser aplicada diante da sua ausência efetiva. Trata-se de um texto fruto de uma pesquisa bibliográfica e jurisprudencial.

- “O programa universal de enfrentamento ao Covid-19 e o direito penal como instrumento subsidiário de proteção”. As consequências globais da pandemia causada pelo COVID-19 ampliaram a crítica sobre o enlace entre a pauta internacional de proteção à humanidade e os programas internos de proteção à saúde pública. Nesse contexto, o artigo tem o objetivo de analisar as ações internacionais e locais voltadas ao enfrentamento da atual pandemia, criticando – a partir da perspectiva dedutiva com o recorte na saúde pública brasileira – a complexidade da relação entre o plano político de saúde local e a emergência da proteção da saúde universal. O estudo avalia a intervenção penal como um instrumento adequado à proteção da saúde pública.

- “O tribunal do Júri como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de competência: uma reinterpretação à luz da sua posição topológica na Constituição Federal”. O artigo tem como objetivo analisar o Tribunal do Júri, previsto Título II, Capítulo I, da Constituição Federal, como um direito fundamental do cidadão, e não como mera regra de

competência. Daí porque cabe ao acusado, após encerrada a instrução, optar pelo seu exercício. Do contrário, não estaremos diante de um direito fundamental, mas de uma imposição arbitrária. Isso, pois, atualmente, especialmente em crimes de grande repercussão, o Tribunal do Júri tem revelado inseguranças quanto à imparcialidade dos jurados, havendo clara predisposição condenatória. O método da pesquisa é o dedutivo.

- "O viés de confirmação na tomada de decisão no âmbito do processo penal brasileiro: o instituto do juiz de garantias como instrumento de desenviesamento". O estudo aborda o direito processual penal a partir de uma perspectiva interdisciplinar, apoiando-se nas descobertas recentes provenientes da psicologia cognitiva e da economia comportamental sobre a tomada de decisão e julgamento, especificamente no tocante à existência de heurísticas e vieses, especialmente o viés de confirmação e sua influência no processo penal brasileiro. A partir daí, verifica-se o funcionamento do instituto do juiz de garantias e sua possível utilização como instrumento de desenviesamento da sentença penal, como forma de promover maior imparcialidade no julgamento.

- "Reconhecimento de pessoa no direito brasileiro. A falibilidade da memória humana: uma análise à vista da redução do erro." O artigo analisa a prova de reconhecimento de pessoa e suas repercussões no cenário criminal, especialmente por ser um meio de prova que ocupa espaço de destaque nos processos penais. O reconhecimento como espécie de prova dependente da memória, logo está propenso ao erro. Portanto, não é possível atribuir a esse meio de prova uma infalibilidade que não lhe é própria. O estudo dedica-se à necessidade de se adotar meios adequados capazes de assegurar resultados mais confiáveis à vista da redução do erro. Para tais fins, busca-se um diálogo com psicologia do testemunho. A pesquisa bibliográfica é a metodologia principal.

- "Regime disciplinar diferenciado: capacidade postulatória do delegado de polícia e o controle da criminalidade organizada". A judicialização em busca de provimentos cautelares de internação de líderes de organizações criminosas desafia as autoridades e o Estado brasileiro. Não raro os crimes são perpetrados dentro de estabelecimentos prisionais, e vê-se o delegado de polícia diante de realidade inexorável de insuficiência na adoção de medidas de contenção da criminalidade, porquanto prisão, para quem já está preso, soa como uma contradição. A partir de análise do sistema de justiça criminal, pesquisa bibliográfica e jurisprudencial, demonstra-se a legitimidade dos delegados de polícia na formulação de pleitos para isolamento no regime disciplinar diferenciado daqueles investigados que preencherem os requisitos.

- “Termo de Ajustamento de Conduta como uma técnica extraprocessual para a concretização do direito ao trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas.” Neste artigo, discute-se o TAC ou ACDH como uma técnica extraprocessual para a concretização do trabalho decente no sistema carcerário do Pará e no do Amazonas. O objetivo é analisar de que maneira o termo pode ser um instrumento para estabelecer os parâmetros para labor decente aos encarcerados no Pará e Amazonas. Por fim, conclui-se que o acordo representa uma ferramenta adequada para concretizar o trabalho decente aos apenados no Pará e Amazonas, preservando os Direitos Humanos e fundamentais. Na pesquisa, utiliza-se o método hipotético-dedutivo, com uma análise documental e bibliográfica e uma abordagem qualitativa do tema.

- “Testemunho de ‘Hearsay’ como prova atípica e sua aplicação jurisprudencial”. O artigo trata o depoimento de testemunhas que não presenciaram crime, mas “ouviram dizer”, como prova atípica. Então, trata de apresentar a jurisprudência das Cortes Superiores e do TJRS acerca da admissibilidade do testemunho de hearsay para o recebimento da peça acusatória, a pronúncia e a sentença condenatória, partindo-se de uma revisão bibliográfica sobre a prova testemunhal no Processo Penal. Ainda que a doutrina seja contrária à utilização do hearsay, os magistrados majoritariamente aceitam o depoimento indireto para a instauração de investigação e o início do processo criminal, vedando-o para atos decisórios em atenção ao Estado Democrático de Direito.

“Vulnerabilidade e crimes contra a relação de consumo em tempo de pandemia do Covid-19.” A pandemia do COVID-19 tem trazido uma nova realidade e efeitos diretos a sociedade, nas mais diversas áreas. Nesse viés o comercio eletrônico tem crescido, gerando oportunidades para empresas que estão com potencial de venda reduzidos. Entretanto, também tem crescido a vulnerabilidade do consumidor, vivenciando crimes cada vez mais comuns contra a relação de consumo. Portanto, o artigo visa demonstrar os problemas originados do avanço do comercio digital no período de pandemia, bem como evidenciar a vulnerabilidade do consumidor e os crimes na relação de consumo atual.

Observa-se, portanto, que os artigos ora apresentados abordam diversos e modernos temas, nacionais e/ou internacionais, dogmáticos ou práticos, atualmente discutidos em âmbito acadêmico e profissional do direito, a partir de uma visão crítica às concepções doutrinárias e /ou jurisprudenciais.

Tenham todos uma ótima leitura. É o que desejam os organizadores.

Primavera de 2021

Prof. Dr. Luiz Gustavo Gonçalves Ribeiro

Dom Helder – Escola de Direito

Prof. Dr. Alceu de Oliveira Pinto Júnior

Universidade do Vale do Itajaí

A TUTELA PENAL DOS INTERESSES METAINDIVIDUAIS NOS CRIMES CONTRA O SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

THE CRIMINAL PROTECTION OF METAIN INDIVIDUAL INTERESTS IN CRIMES AGAINST THE NATIONAL FINANCIAL SYSTEM

Antonio Carlos da Ponte [1]
Ali Mazloum [2]

Resumo

O texto discute a intrincada questão dos bens e interesses jurídico-penais tutelados na Ordem Econômica Nacional, cujo fundamento encontra-se na Constituição Federal. O bem jurídico constitui o elemento nuclear do tipo penal, sua razão de ser, sendo a principal razão para se admitir a intervenção estatal no exercício de seu poder-dever de punição. Os objetivos principais do trabalho giram em torno dos bens e interesses tutelados nos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, especificamente a Lei nº 7.492/1986, sem deixar de apontar eventuais lacunas e deficiências que estariam a exigir a atuação legiferante do Estado.

Palavras-chave: Ordem econômica, Sistema financeiro nacional, Bem jurídico, Tutela penal, Metaindividual

Abstract/Resumen/Résumé

The text discusses the intricate issue of assets and criminal-legal interests protected – or that should be – by the National Economic Order, whose foundation is found in the Federal Constitution. The legal interest constitutes the nuclear element of the penal type, its raison d'être, being the main reason for admitting state intervention in the exercise of its power-duty of punishment. Indeed, criminal types that do not represent the maximum protection of a value consensually assessed as worthy of penal protection are not compatible with the Democratic Rule of Law.

Keywords/Palabras-claves/Mots-clés: Economic order, National financial system, Financial crimes, Criminalization warrant

[1] Procurador de Justiça do Ministério Público de São Paulo Mestre e Doutor em Direito Processual Penal e Livre Docente em Direito Penal

[2] Juiz Federal em São Paulo Mestre em Ciências Jurídico-Criminais pela Universidade Clássica de Lisboa

I – A ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL

Ao colocar nas mãos da iniciativa privada bens e meios de produção, o constituinte de 1988 estatuiu o modelo capitalista de mercado. O escopo da liberdade de mercado não está limitado, porém, à obtenção de lucro pelo empresário. Ao lado disso, a livre iniciativa deve desempenhar a essencial função social de gerar empregos e riquezas para a sociedade.

Observe-se que a ordem econômica modelada a partir do artigo 170 da Constituição Federal erige a valorização do trabalho humano e a livre iniciativa como fundamentos para uma existência digna conforme os ditames da justiça social. Quer-se uma economia de mercado voltada à dignidade da pessoa humana, não à sua exploração como forma de dominação.

De efeito, a natural produção de lucros pela empresa está umbilicalmente atrelada à criação de postos de trabalho, geração de riquezas para o país e pagamento de tributos, sem descurar de sua responsabilidade social frente à cultura, educação, meio ambiente e consumidor, exigência de uma governança comprometida com os interesses sociais.

Nessa vertente de pensamento, Sayeg e Balera esclarecem que o Brasil tem como fundamento o fecho reflexivo da inclusão social pelo desempenho econômico capitalista, daí a razão do texto constitucional do artigo 1º, inciso IV, associar Livre Iniciativa também ao Trabalho Humano. Pontuam referidos autores:

> "No positivismo juris-econômico brasileiro consagrou-se, no artigo 170 da Constituição Federal, que a ordem econômica, embora fundada na livre iniciativa e tenha como princípio a propriedade privada, também, deve observar o fim de garantir a todos existência digna conforme os ditames da justiça social, por meio do acesso universal à níveis dignos de subsistência. Ou seja, o ápice do sistema jurídico positivo nacional buscou a justiça na ordem econômica pela disciplina jurídica da economia capitalista da livre iniciativa e da propriedade privada, através da sincronicidade com a garantia constitucional em prol de todos da dignidade geral da pessoa humana." (2019, p. 284)

Por tais razões, a empresa nacional torna-se importante instrumento de realização de justiça social. E, o empresário não pode mais ser visto como mero explorador dos fatores de produção que movem a economia. A iniciativa privada deve receber do Estado tratamento jurídico apto a proteger os seus investimentos e fornecer segurança para a sua manutenção. A empresa em crise goza de direitos, não estando

sujeita apenas ao limitado binômio de pagar ou quebrar. A necessidade de sua manutenção decorre da destinação social que lhe é dada pela Carta Política.

Ressalte-se que o princípio da preservação da empresa tem fundamento constitucional, porquanto a ordem econômica impõe a observância dos postulados de sua função social. Essa finalidade deve ser um facilitador no acesso ao crédito pelas empresas no mercado financeiro, onde obtêm incremento de seu capital de giro, crescem e contribuem para o crescimento do país. Conclui-se que a ordem econômica, consubstanciada nos valores sociais do trabalho e na livre iniciativa, tem como fundamento a dignidade da pessoa humana, devendo ser tutelada na busca do bem-estar social.

II – DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

O Sistema Financeiro Nacional mereceu especial atenção do constituinte na Carta Política vigente, confiando-lhe o artigo 192 responsabilidade solidária no desenvolvimento equilibrado do País e o precípuo escopo de servir aos interesses da coletividade.[1]

As instituições que integram o sistema financeiro atuam, em síntese, para captar recursos de agentes superavitários e repassá-los a agentes deficitários. Nesse mercado são realizados negócios com produtos financeiros e alocados investimentos que satisfaçam aos mais diversificados interesses, todos voltados não só ao desempenho econômico, mas também a garantir o desenvolvimento nacional.

A concessão de crédito, importante alavanca do progresso, ocorre no mercado financeiro, ambiente que reúne o conjunto das instituições responsáveis pela negociação de produtos financeiros, pela tomada de recursos e investimentos. Hoje, o mercado financeiro brasileiro possui certa complexidade, com diversas instituições envolvidas para atender aos múltiplos interesses da sociedade. Estão submetidas, portanto, a rigorosa fiscalização estatal.

As instituições do mercado financeiro são organizações que têm como objetivo otimizar a alocação de capitais financeiros, próprios e de terceiros.

[1] Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram.

Desempenham, pois, o importante papel de captar recursos de agentes superavitários e repassá-los, em forma de empréstimos, a agentes deficitários.

O papel social atribuído às organizações financeiras desponta na medida em que o objetivo constitucional dessa atividade econômica é a de servir aos interesses da coletividade e contribuir para o desenvolvimento equilibrado do país (art. 192). Ressalte-se que incumbe a essas instituições, ainda, colaborar para o necessário equilíbrio entre moedas, estabelecendo marcos razoáveis na negociação de prazos e taxas no mercado em que atuam.

O Sistema Financeiro Nacional, embora topograficamente tratado à parte do capítulo relativo à atividade econômica, não pode ser compreendido isoladamente. A toda evidência está inserido na modelagem da ordem econômica positivada na Constituição Federal. Abebera-se de todos os princípios correlatos e está plasmado nos valores que animam o modelo capitalista delineado.

Deveras, o Sistema Financeiro Nacional também é informado pelo disposto no artigo 170 da Carta Política, pelo qual a ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Tais finalidades devem ser perseguidas por meio de adequada política econômica governamental, com estrita observância aos diversos princípios estabelecidos no mencionado preceptivo constitucional (função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, etc.).

É inegável que a concretização do plexo de direitos fundamentais tutelados depende de uma economia saudável, estável e que esteja alicerçada em princípios inabaláveis de sustentação. E, não se concebe uma economia sólida sem o suporte de um sistema financeiro eficiente, devidamente estruturado e organizado. Sensível a isso, o legislador constituinte, conforme demonstra o artigo 192 da Constituição Federal, estabeleceu que o *sistema financeiro nacional deva ser estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade* (valor-fim).

As atividades econômicas, públicas ou privadas, mas especialmente aquelas desenvolvidas no âmbito restrito do Sistema Financeiro Nacional, devem ser realizadas com vistas a satisfazer os valores e sobreditas finalidades constitucionais.

Vale dizer que a Constituição Federal erigiu alguns valores os quais devem ser observados e tutelados. Bem por isso as atividades do mercado, sobretudo aquelas realizadas pelo Sistema Financeiro Nacional, são altamente regulamentadas e fiscalizadas. Atuação regrada cuja fiscalização e controle competem ao Poder Público.

III – FISCALIZAÇÃO DO MERCADO FINANCEIRO

O Banco Central do Brasil, pela primeira vez mencionado em uma Constituição pátria, é o órgão responsável pela fiscalização e controle das Instituições Financeiras, conforme dispõe o artigo 10 e incisos da Lei 4.595/64, recepcionada pela Carta Magna.Recentemente, a Lei Complementar nº 179, de 24 de fevereiro de 2021, dispôs sobre os objetivos do Banco Central do Brasil, sobre o grau de sua autonomia e a nomeação e exoneração de seu Presidente e Diretores, alterando em parte a supracitada Lei de 1964.

A nova Lei introduziu um modelo de autonomia operacional para o Banco Central do Brasil, estabelecendo que o presidente e diretores do banco tenham mandatos fixos e não coincidentes com os do presidente da República.[2] Sabe-se que a previsão de mandatos fixos constitui importante caminho para a completa autonomia do órgão, mas não é o bastante. Observe-se que a motivação para a demissão da diretoria do órgão traz consigo certa carga de subjetivismo, como se infere do inciso IV do art. 5º da referida Lei Complementar.[3]

---

[2] Art. 4º O Presidente e os Diretores do Banco Central do Brasil serão indicados pelo Presidente da República e por ele nomeados, após aprovação de seus nomes pelo Senado Federal.
§ 1º O mandato do Presidente do Banco Central do Brasil terá duração de 4 (quatro) anos, com início no dia 1º de janeiro do terceiro ano de mandato do Presidente da República.
§ 2º Os mandatos dos Diretores do Banco Central do Brasil terão duração de 4 (quatro) anos, observando-se a seguinte escala:
I - 2 (dois) Diretores terão mandatos com início no dia 1º de março do primeiro ano de mandato do Presidente da República;
II - 2 (dois) Diretores terão mandatos com início no dia 1º de janeiro do segundo ano de mandato do Presidente da República;
III - 2 (dois) Diretores terão mandatos com início no dia 1º de janeiro do terceiro ano de mandato do Presidente da República; e
IV - 2 (dois) Diretores terão mandatos com início no dia 1º de janeiro do quarto ano de mandato do Presidente da República.
§ 3º O Presidente e os Diretores do Banco Central do Brasil poderão ser reconduzidos 1 (uma) vez, por decisão do Presidente da República, observando-se o disposto no caput deste artigo na hipótese de novas indicações para mandatos não consecutivos.
§ 4º O prazo de gestão do Presidente e de cada um dos Diretores do Banco Central do Brasil estender-se-á até a investidura do sucessor no cargo.

[3] Art. 5º O Presidente e os Diretores do Banco Central do Brasil serão exonerados pelo Presidente da República:
I - a pedido;

As alterações legislativas mantiveram os instrumentos de política monetária à disposição do Banco Central, que continua movido pelo objetivo de assegurar a estabilidade de preços, o equilíbrio do mercado de câmbio, o fomento à eficiência do sistema financeiro e, com isso, a garantia do pleno emprego.

No modelo capitalista humanista como o nosso, certo é que as instituições atuantes no sistema financeiro são regidas pelo princípio da livre iniciativa, em relação ao qual, via de regra, o Estado intervém apenas de forma excepcional. Todavia, dada a importância do sistema para o país e para a coletividade como um todo, a liberdade de mercado é relativizada. Com efeito, a liberdade de atuação, não sendo absoluta, deve ter em mira os interesses da coletividade e o desenvolvimento equilibrado do País. As instituições atuam dentro desse quadro econômico preestabelecido pelo constituinte com fins à realização da justiça social.

Será legítima essa atuação quando exercida no interesse da justiça social. Ilegítima, por outro lado, quando exercida no escopo de puro lucro e realização pessoal do empresário, ou atue com a finalidade de eliminar a concorrência, buscando a dominação do mercado (SILVA, J. A., 1989, p. 663)

Sabe-se que é dentro do Sistema Financeiro Nacional que circulam as riquezas do País e pelos diversos intermediários financeiros a captação da poupança popular. Estes atuam, basicamente, com recursos de terceiros. A falta de credibilidade no sistema demandaria inevitável migração da economia popular para fora dele (*v.g.*, transformação de ativos em dólar ou fuga de capitais para o exterior), o que seria desastroso para a economia do País. Esses importantes recursos captados tornam ao público na forma de financiamentos, créditos, e, com isso, investimentos na produção, geração de riquezas e de divisas e empregos, possibilitando esse circuito a consecução da almejada justiça social.

O Poder Público, portanto, deve traçar políticas macroeconômicas eficazes para atingir os fins estabelecidos na Constituição Federal. Basicamente, essas políticas públicas visam a proporcionar maior nível de empregos, estabilidade de preços e

---

II - no caso de acometimento de enfermidade que incapacite o titular para o exercício do cargo;
III - quando sofrerem condenação, mediante decisão transitada em julgado ou proferida por órgão colegiado, pela prática de ato de improbidade administrativa ou de crime cuja pena acarrete, ainda que temporariamente, a proibição de acesso a cargos públicos;
IV - quando apresentarem comprovado e recorrente desempenho insuficiente para o alcance dos objetivos do Banco Central do Brasil.

crescimento econômico. Os intermediários financeiros integrantes do sistema desempenham importante papel no plano macroeconômico. Destarte, as Instituições Financeiras devem irrestrita obediência às regras delineadas, desde aquelas atinentes a escrituração contábil de suas operações como as relativas à forma pela qual devem atuar na condição de ponte entre ofertantes e demandantes de recursos financeiros.

A partir de tais regras, o órgão estatal competente deve realizar o necessário controle e fiscalização do mercado. Decerto, os poderes regulamentar e disciplinar postos à disposição do Estado constituem condição *sine qua non* da necessária confiança que deve gozar o sistema. Sem essa confiança o Sistema Financeiro poderia derruir, com grave risco para o mercado (financeiro ou de capitais) e, consequentemente, para toda a sociedade.

E, sendo a fidúcia um atributo primordial ao bom desempenho do mercado financeiro como um todo, e dada a importância da alta qualidade e performance que se espera da atividade do órgão fiscalizador, é de se questionar a necessidade de se superar o direito administrativo sancionador, a cargo do Banco Central do Brasil, para se implantar um direito de intervenção a cargo do Poder Judiciário, órgão independente e imparcial, dotado pela Carta Política de importante reserva de jurisdição.Com efeito, o interesse coletivo a ser colocado sob a salvaguarda do Direito, para além da tutela administrativa, pode exigir, por vezes, intervenção na órbita de direitos e garantias fundamentais que só a autoridade judiciária estaria constitucionalmente capacitada a fazê-lo. A ideia de risco sistêmico diante de determinada crise de grandes proporções não se coaduna com a limitada atuação da autoridade administrativa, no caso o Banco Central, em especial diante de interesses difusos em jogo.

A teoria do direito da intervenção criada por Winfried Hassemer melhor atenderia à efetividade da tutela que demanda a sociedade. A reserva de jurisdição em determinados temas impõe a atuação da autoridade judiciária competente, quer para determinar medidas invasivas de apuração, quer para impor sanções que afetem direitos fundamentais. O Direito de Intervenção seria uma alternativa em hipóteses de violação a direitos coletivos *lato sensu*. Estes situam-se na chamada terceira geração de direitos, ou direitos de terceira dimensão, relacionados com o meio ambiente, a saúde, a paz, a ordem econômica, dentre outros interesses difusos.

O direito penal tradicional atua na defesa de direitos individuais, ao passo que os interesses difusos constituem a preocupação central de um direito de intervenção. E, se para aqueles exige-se a intervenção da autoridade judicial competente, com muito mais razão deveria atuar o Poder Judiciário no sancionamento de condutas que afetam interesses coletivos.

Em regra, as sanções estabelecidas no Direito de Intervenção têm natureza penal, como é o caso da Lei de Improbidade Administrativa. Na mesma linha a Lei Eleitoral, que contém sanções administrativo-eleitorais drásticas (PONTE, 2010, 166-169).

IV - ESTRUTURA E FUNCIONAMENTO DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Cumpre destacar que a Lei Federal nº 4.595/64, recepcionada pela Constituição Federal, e remodelada pela Lei Complementar nº 179/2021,indica os entes que compõem o Sistema Financeiro Nacional. Dispõe o artigo 1º ser ele constituído pelo Conselho Monetário Nacional, Banco Central do Brasil, Banco do Brasil S.A, Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e pelas demais instituições financeiras públicas e privadas.

Não se pode perder de vista, ainda, a Lei nº 4.728/65, que disciplina o mercado de capitais. Nela estão destacadas as instituições que podem atuar no mercado financeiro. Portanto, a estrutura e o funcionamento de nosso atual sistema financeiro são regidas, basicamente, por duas leis que lhe deram origem, quais sejam: a chamada Lei da Reforma Bancária (Lei nº 4.595, de 31.12.1964) e a Lei do Mercado de Capitais (Lei nº 4.728, de 14.7.1965).

Em linhas gerais e com vistas aos interesses tutelados pela Lei 7.492/86, podemos citar como instituições financeiras as Sociedades de Financiamentos e Investimentos, Fundos de Investimentos, Bancos de Investimento, Sociedades de Crédito Imobiliário, Cooperativas de Crédito, Associações de Poupança, Bolsas de Valores, Sociedades Corretoras e Empresas Distribuidoras de Valores Mobiliários.

As atividades desempenhadas pelas sobreditas instituições podem, quando mal geridas, atingir uma gama de interesses. Aqui, não se está a falar apenas dos

interesses individuais dos chamados *stakeholders* de determinada instituição, como empresários, trabalhadores, investidores, consumidores. A união de tais interesses, coletivizados pelo escopo maior da justiça social, conferem um espaço de proteção mais amplo, metaindividual.

A estruturação do Sistema Financeiro Nacional tem sua arquitetura erigida, para além de atender a interesses individuais, moldada para abrigar direitos coletivos, transindividuais em seu aspecto subjetivo e indivisíveis no plano objetivo. A construção do sistema deve, pois, contemplar mecanismos de proteção a todos, potenciais e efetivos usuários do mercado financeiro.

Condutas contravenientes ao regular funcionamento do sistema financeiro afeta a todos, pois é ele estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, o que demonstra o seu alto grau de importância. E, sendo insuficiente a efetiva blindagem do sistema por meio de medidas administrativas ou civis, deve-se pensar na necessidade de uma rede de proteção penal.

V – A TUTELA PENAL DOS BENS JURÍDICOS

De acordo com o grau de importância que certos valores (bens e interesses) representam na sociedade, sua violação pode colocar em perigo a paz e a tranquilidade sociais, gerando até mesmo grave perturbação da ordem em prejuízo do bem-estar comum de todos. Que valores seriam esses? A Constituição os prestigia, mas não determina, no mais das vezes, a incriminação de condutas afrontosas a tais valores. Nesse sentido, Maria Fernanda Palma, professora da Universidade Clássica de Lisboa, enfatiza que a questão de saber se determinados "valores meramente morais ou religiosos podem ser objeto de proteção penal através da criação de crimes não constitui um problema para o qual a Constituição Penal contenha resposta explícita."

O caminho para encontrar soluções a esse dilema resulta da combinação entre o intento das normas explícitas na Constituição e os resultados obtidos com a interpretação e decisões específicas do Direito Penal. Assim pontifica a referida jurista lusitana:

> "A Constituição Penal será, assim, uma combinação entre intenções normativas explícitas e respostas construídas a partir de problemas de interpretação-decisão do Direito Penal. Mas a combinação entre intenções normativas formuladas no texto constitucional e o desenvolvimento de princípios e normas constitucionais através dos problemas interpretativos do Direito ordinário constitui objeto de conhecimento do Direito Constitucional, naquele sentido de um Direito Constitucional 'vivo', entendido como

> conjunto de critérios de decisão de problemas penais." (PALMA, 2011, p. 15)

Encontrados esses valores e colocados sob a proteção do Direito Penal, a segurança dos indivíduos ganha força e maior efetividade. Contudo, a harmonia que deve prevalecer no seio da comunidade pode ser afetada caso o Estado deixe de colocar sob a tutela da lei determinados valores. Consigne-se, pois, a íntima relação no seio de certa comunidade entre o seu modo de ser e os bens colocados sob a proteção da lei penal. Quanto mais integrados à sociedade, maior o nível de proteção desses valores.

Assim, todo valor reconhecido pelo Direito torna-se um bem jurídico (material ou imaterial), cujo significado corresponde a tudo aquilo que é capaz de satisfazer às necessidades humanas, como a vida, a integridade corporal, a liberdade, a honra, o patrimônio, entre outros valores. Por isso, a norma jurídica, quando necessário, põe em garantia de seu imperativo a consequência da pena. Isso decorre, portanto, da importância que um determinado bem representa para a sociedade em um dado momento da história. Tourinho Filho assevera que "o ilícito penal atenta, pois, contra os bens mais caros e importantes de quantos possua o homem e, por isso mesmo, os mais importantes da vida social." E arremata o autor:

> "Porque os bens tutelados pelas normas penais são eminentemente públicos, eminentemente sociais, o *jus puniendi*, o direito de punir os infratores, o direito de poder impor a *sanctio juris* àqueles que descumprirem o mandamento proibitivo que se contém na lei penal corresponde à sociedade. Ninguém desconhece que a prática de infrações penais transtorna a ordem pública, e a sociedade é a principal vítima e, por isso mesmo, tem o direito de prevenir e reprimir aqueles atos que são lesivos à sua existência." (TOURINHO FILHO, 1986, p. 11)

O crime consiste em uma lesão ou perigo de lesão a determinado bem jurídico. O conteúdo material do injusto típico consubstancia-se na ofensa a bens jurídicos considerados relevantes pelo Direito Penal. O Direito Penal, assim, visa a tutelar bens e interesses jurídicos tidos por valiosos em determinada quadra da história, aqueles que mais interessam para o grupo social. Impondo sanções àqueles que transgridam normas penais, está-se buscando, em última análise, assegurar a ordem coletiva. Porém, a identificação de tais bens e interesses não é tarefa fácil, em especial porque não se tem consenso na definição do que exatamente vem a ser bem jurídico tutelável.

Conforme dissemos alhures, inferem-se da Constituição Federal aqueles valores ditos essenciais para o convívio social, mas a identificação de seu conteúdo material pode sofrer mutações dada a dinamicidade da vida. O que importava em

determinada época pode ser irrelevante aos olhos de gerações subsequentes. Preleciona Feldens, "o mandado constitucional de tutela penal não define a conduta incriminada, menos ainda estabelece-lhe sanção, mas tão somente, e de forma nem sempre específica, o bem jurídico a ser tutelado ou a conduta por incriminar." (FELDENS, 2012, p. 82) A função, pois, do Direito Penal é a tutela jurídica de bens e interesses considerados essenciais para a vida gregária. Ao se criminalizar determinada conduta, está-se afirmando que determinado objeto, dada a sua importância, está sob a tutela do Direito Penal e, sua violação, será punida com uma pena. O objeto jurídico do crime é o bem ou o interesse por ele ameaçado ou ofendido.

Importa dizer que o bem jurídico desempenha um papel central na teoria do tipo, de modo que sua identificação é de suma importância para a correta aplicação da lei penal. Cabe ao intérprete do Direito ter sempre em mira o sentido teleológico da lei, de forma a delimitar-lhe o verdadeiro alcance e não incorrer no arbítrio. Oportuna a seguinte observação de Rodolfo Tigre Maia:

> **"**Como corolário do Princípio da Reserva legal ou Princípio da Legalidade, insculpido no inciso XXXIX do art. 5º da Carta Constitucional, e no art. 1º do Código Penal, é mister, em uma ordem democrática, que existam bens jurídicos, ou valores socialmente relevantes, embutidos nas normas incriminadoras como objeto de proteção do tipo penal. A eleição destes bens da vida, que merecerão a mais drástica das proteções jurídicas – a reprimenda penal, sancionadora da liberdade – dependerá dos mecanismos de diálogo político estabelecidos em dada organização estatal, e da correlação de forças sociais ali existente." (MAIA, 1996, p. 15)

De acordo com a natureza do objeto jurídico tutelado pela norma penal, pode-se identificar o campo sobre o qual incidirá a proteção legal. Levando isso em conta, a doutrina costuma classificar os delitos em "crimes contra a vida", "crimes contra a liberdade", "crimes contra o meio ambiente", "crimes contra a ordem tributária", etc. É preciso reconhecer o bem jurídico tutelado pela norma para bem se poder interpretá-la. E, somente bens penalmente relevantes merecem a proteção da pena. Por isso, o bem jurídico tem função limitadora do poder estatal no exercício de seu *jus persequendi.*

Quer isso dizer que a atuação do poder punitivo estatal justifica-se tão somente diante de violação de valores consagrados no meio social, considerados essenciais à vida gregária, por isso postos ao abrigo do texto constitucional, explícita ou implicitamente.

VI – MANDADOS DE CRIMINALIZAÇÃO E A NECESSÁRIA TUTELA PENAL DE CRIMES FINANCEIROS

No âmbito do Sistema Financeiro Nacional existem variados interesses envolvidos e, portanto, bens jurídicos merecedores de tutela. Têm-se valores que devem ser colocados sob a proteção do Estado por meio da responsabilização penal. E, a Constituição Federal, tendo em vista os fins colimados pela Ordem Econômica, contém mandados de criminalização.

Mandados de criminalização são ordens, determinações extraídas do texto constitucional, no sentido de que o legislador ordinário não tem a faculdade, mas a obrigação de proceder ao enfrentamento de determinados temas, fundamentais, no caso brasileiro, à manutenção e fortalecimento do Estado Social e Democrático de Direito. Trabalham com a ideia de que a Constituição Federal não funciona como limite, teto, mas ponto de partida. Os mandados de criminalização podem ser explícitos, como nas hipóteses contidas nos arts. 3º, inciso IV; 5º, incisos XLII, XLIII, XLIV, § 3º; 7º, inciso X; 225 e 227, § 4º, todos da Constituição Federal, ou implícitos, que resultam da conjugação dos arts. 1º (fundamentos da República) e 3º (objetivos da República), do texto constitucional. Impende dizer que o direito fundamental reclama, por vezes, proteção jurídico-penal a determinados bens. Nem sempre é possível identificar essa circunstância de forma clara, podendo-se extrair do texto a exigência de intervenção legislativa para colocar sob o império da pena eventuais violações. Luciano Feldens trata da ocorrência de mandados implícitos de criminalização nas seguintes hipóteses, *in verbis*:

> "(i) o bem jurídico a ser protegido esteja dotado não apenas de assento constitucional – circunstância que revestiria de legitimidade o eventual recurso ao Direito Penal, mas não propriamente necessidade - , mas de uma nítida e inquestionável preponderância dentro da própria ordem constitucional de valores (dignidade constitucional primaz do bem jurídico); (ii) em adição, quando pela repulsividade da agressão, a proteção normativa requerida, por não apresentar um efeito necessariamente dissuasório, se mostrasse insuficiente ou mesmo ineficaz se não fosse estabelecida por meio da sanção penal." (FELDENS, 2012, P. 82)

Registre-se por oportuno que nossa Constituição Federal contém o quadro axiológico dentro do qual cumpre ao legislativo atuar de forma positiva, colocando sob a proteção da lei determinados bens e interesses. Todavia, desse mesmo contexto extraem-se limitações negativas à sua atuação, não se admitindo a criminalização

anárquica e aleatória de comportamentos humanos. De outro giro, é possível a tutela penal de valores não contemplados pela Constituição, desde que com ela não conflitem.

O Sistema Financeiro Nacional tem a missão de promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade (art. 192). Está inserido no capítulo da ordem econômica positivada pela Constituição Federal, abeberando-se de todos os valores consignados no artigo 170, que estabelece uma ordem econômica fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tendo por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social. E, urge consignar que os §§ 4º e 5º do artigo 173 da Carta Magna determinam que condutas ofensivas à livre concorrência ou que constituam abuso do poder econômico, bem como aquelas exercidas no escopo do aumento arbitrário dos lucros, sejam reprimidas, estabelecendo-se, inclusive, a responsabilização penal da pessoa jurídica.[4]

De tais preceitos constitucionais extraem-se valores da maior importância para a concretização desse que é um metaprincípio, a dignidade da pessoa humana, e para a construção de uma sociedade livre, justa e solidária. Ao lado disso, garantir o desenvolvimento nacional, a erradicação da pobreza e a marginalização, a redução das desigualdades sociais, consubstanciam vetores a serem perseguidos e protegidos. Nesse ponto, é possível inferir a exigência de se conferir a máxima proteção a tais valores constitucionais. Sua violação implica o completo fracasso de uma Constituição dirigente, como é a nossa, que consagra inúmeras normas programáticas, dentre elas aquelas que fixam objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil no artigo 3º[5] e aqueles ditados pelos arts. 170 e 192. E, segundo Antonio Carlos da Ponte*, in verbis*:

---

[4] Art. 173. Ressalvados os casos previstos nesta Constituição, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado só será permitida quando necessária aos imperativos da segurança nacional ou a relevante interesse coletivo, conforme definidos em lei.
§ 4º A lei reprimirá o abuso do poder econômico que vise à dominação dos mercados, à eliminação da concorrência e ao aumento arbitrário dos lucros.
§ 5º A lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, estabelecerá a responsabilidade desta, sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular.

[5] Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil:
I - construir uma sociedade livre, justa e solidária;
II - garantir o desenvolvimento nacional;
III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais;
IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação.

> "A atuação do Direito Penal justifica-se e legitima-se todas as vezes que a proteção ordenada pela Constituição Federal não puder ser alcançada de outra forma, a não ser a instituição de infrações penais e as correspondentes sanções penais, que devem ser proporcionais ao bem jurídico protegido." (2010, p. 165)

Adverte citado autor,

> "O reconhecimento aos mandados implícitos de criminalização sempre dependerá de uma análise contextual da Carta Magna; contudo, não pode se dar no campo meramente subjetivo, atrelado unicamente ao talante do intérprete. A eleição de critérios seguros mostra-se como imprescindível para que não haja violação ao corpo constitucional, sob o pretexto de preservá-lo." (2010, p. 165)

É preciso, pois, reconhecer a existência de valores contemplados pelo poder constituinte originário, alçados à categoria de fundamentais para a sociedade, despidos, porém, da correspondente proteção normativo-penal em sua totalidade ou deficientemente tutelados, para então se reconhecer que naquele determinado pulsa tema. Ressalte-se, por fim, que em nosso sistema legal não se pode obrigar o legislador ordinário a criminalizar condutas contravenientes aos valores que a Constituição quis proteger, expressa ou implicitamente.

Diante da existência de um mandado de criminalização, reconhecido e declarado pela Corte Suprema em ação direta de inconstitucionalidade por omissão, ou por meio da arguição de descumprimento de preceito fundamental, ou, ainda, por via de mandado de injunção, o Congresso Nacional pode persistir em sua inércia que nenhuma consequência lhe advirá além da mera instituição em mora legislativa (PONTE, 2010, p. 152).

VII - A TUTELA PENAL NOS CRIMES FINANCEIROS

Cumpre salientar que o emprego do termo "crimes contra o sistema financeiro nacional" tem um sentido amplo, sabido que os delitos descritos na lei especial não se inserem no quadro do Direito Penal Financeiro. Com efeito, o sistema financeiro tem duas bases distintas: uma relativa às finanças e orçamentos públicos e, outra, pertinente às instituições financeiras creditícias, públicas ou privadas, cuja atuação vem disciplinada em capítulo próprio da Constituição (Capítulo IV, Título VII). Essa distinção não escapou à análise de Manoel Pedro Pimentel, que assim vaticinou a respeito:

> "A rigor, pelo exposto, o Direito Penal financeiro deve ocupar-se apenas das condutas lesivas ou perigosas, que atentem contra bens ou interesses vinculados à política financeira do Estado, isto é, o levantamento de recursos financeiros, sua administração e dispêndio.

> Outros bens ou interesses não ligados diretamente a essa política, estão fora do âmbito do Direito Penal financeiro, sendo abrangidos pelos princípios normativos mais amplos do Direito Penal econômico." (PIMENTEL, 1987, p. 26)

O Direito Financeiro está voltado a questões relativas às finanças públicas (receitas e despesas - orçamento) e à política financeira do Estado, podendo-se concluir que o objeto jurídico tutelado pelo Direito Penal Financeiro consiste, em linhas gerais, na boa execução da política financeira do Estado. Não é este o bem jurídico tutelado pela Lei nº 7.492/86, conforme se infere das condutas descritas em seus diversos dispositivos. Destarte, as figuras penais insculpidas na mencionada Lei devem ser entendidas como sendo "crimes contra a ordem econômica", visto que os bens ou interesses a ela vinculados estão abrangidos pelos princípios normativos mais amplos do Direito Penal Econômico. Melhor seria que a lei tivesse empregado a terminologia "crimes contra a ordem econômica". De qualquer sorte, o emprego da expressão "crimes financeiros" acabou ganhando espaço no meio jurídico e nada haverá de errado em dele utilizar-se o operador do Direito, desde que entendido em sentido amplo para designar as condutas lesivas ou perigosas atentatórias ao Sistema Financeiro Nacional, que abarca o mercado financeiro e o mercado de capitais.

Em face do princípio da reserva legal, cumpre acentuar que somente as condutas descritas na Lei nº 7.492/86, lei especial, podem ser consideradas ofensivas ao Sistema Financeiro Nacional, ficando de fora outras infrações que, embora de caráter econômico, visem a tutelar outros bens ou interesses, tais como os relativos ao consumidor, ao meio ambiente e à economia popular. Referida Lei atende de forma precária ao mandado de criminalização que se extrai do artigo 173, § 5º, da Carta Política, que remete à lei, sem prejuízo da responsabilidade individual dos dirigentes da pessoa jurídica, a responsabilização desta, "sujeitando-a às punições compatíveis com sua natureza, nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular."

Vale dizer que o legislador continua omisso no que pertine à responsabilização de instituições financeiras, quando de suas atividades decorra violação a tipos penais da Lei 7.492/86 – crimes financeiros. Ademais, referida Lei mostrou-se deficitária, tanto em sua previsão de condutas humanas afrontosas ao sistema, como no estabelecimento de reprimendas em geral brandas diante da gravidade de determinados crimes financeiros e seus impactos sobre interesses da coletividade.

A letargia legislativa reflete diretamente a inconcretude de valores da Ordem Econômica insculpidos na Constituição Federal, ainda não plenamente realizados, tais como a redução das desigualdades regionais e sociais – *que continuam se acentuando* – , o acesso à propriedade privada e sua função social – *ainda convivemos com a concentração de terras e a inacessibilidade à casa própria* – , e condições de existência digna de cada um e de todos os membros da sociedade – *cresceu nos últimos anos o índice de miseráveis no país.* Por outro lado, os bancos continuam obtendo lucros extravagantes mesmo em cenários de crise, o que não se coaduna com o empobrecimento e desemprego crescentes em todo o país. Basta olhar para as taxas altas cobradas tanto nos empréstimos pessoais, no cheque especial ou no cartão de crédito, e compará-las com os parcos rendimentos do dinheiro investido no sistema financeiro pelo poupador, para entender os motivos de estratosféricos lucros das instituições financeiras, mesmo em momento de plena crise sanitária atualmente enfrentada, decorrente da COVID-19.

Decerto, a cobrança de taxas exorbitantes pelas instituições financeiras – *aumento arbitrário dos lucros* – consubstancia a maior vedação ao necessário financiamento de atividades empresárias ou de moradia. Dessa forma, os bancos tornam-se responsáveis pela manutenção da precária situação financeira da população brasileira, contribuindo diretamente na violação a direitos fundamentais consagrados pela Constituição Federal.

VIII - A BOA EXECUÇÃO DA POLÍTICA ECONÔMICA GOVERNAMENTAL

A boa execução da política econômica é colocada no centro da tutela penal da Lei 7.492/86 (PIMENTEL, 1987, p. 26), estabelecendo o seu artigo 23 constituir crime a realização de conduta que afronte "o regular funcionamento do sistema financeiro nacional, bem como a preservação dos interesses e valores da ordem econômico-financeira."

Para melhor entendimento e análise dos comportamentos criminalizados pela aludida Lei, como de resto de qualquer outra lei penal, é preciso identificar os valores consagrados na Constituição, valores esses, como dissemos alhures, essenciais à vida em sociedade. A tutela penal a tais bens e valores jurídicos não interessam apenas ao indivíduo, mas à toda coletividade. A respeito, preleciona João Marcello de Araújo Junior:

> "Assim sendo, os bens jurídicos a serem selecionados pela lei penal não se limitam mais aos "naturais" e ao patrimônio individual. A inserção social do homem é muito ampla, abrangendo todas as facetas da vida econômica. Daí um novo bem jurídico: a "ordem econômica", que possui caráter supra-individual e se destina a garantir um justo equilíbrio na produção, circulação e distribuição da riqueza entre os grupos sociais. Esse novo bem jurídico, entretanto, não é arbitrário. Welzel o entendia como um "estado social desejável, que o Direito quer proteger". Ele decorre do tipo de Estado definido nas Constituições. Aliás, na lição de Marinucci, a política criminal consubstanciada na lei, para que seja legítima, deve ter o seu ponto de apoio na Constituição. Assim, no Brasil também devemos tomar da Lei Maior, o bem jurídico que estamos ferindo, pois ela especificamente o prevê." (ARAÚJO JR., 1995, p. 36-37)

A política econômica governamental deve estar pautada nas diretrizes traçadas pela Constituição Federal e, neste sentido, toda ação empreendida deve ser tomada com o objetivo de atender-se ao que nela está estatuído. Em linhas gerais, o conjunto de medidas governamentais destinado a influir na marcha da economia deve ter em mira os aspectos macroeconômicos relativos à inflação, desemprego e crescimento. Políticas austeras, cruéis e injustas, malgrado necessárias na visão de alguns economistas, devem ser excepcionais e transitórias, não se podendo emprestar a elas a função tutelar da Lei 7.492/86. A execução de políticas econômicas injustas não constitui, decerto, o objeto jurídico protegido pela referida lei penal. Outro, portanto, o bem jurídico por ela tutelado.

As finalidades da ordem econômica e financeira postas na Constituição somente serão atingidas por meio da adoção de uma correta política econômica, esta a cargo do Poder Público. Não é essa política, ainda, o bem tutelado pela lei penal. De efeito, o Sistema Financeiro Nacional deve servir aos interesses da coletividade, conforme consigna o artigo 192, e não aos interesses do governante, responsável pela implementação de políticas de caráter econômico.

O Sistema Financeiro Nacional deve ser visto como um poderoso instrumento de realização da almejada justiça social (art. 170 da CF), tanto que estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade (art. 192 da CF). De conseguinte, pode-se afirmar que o Sistema Financeiro Nacional, patrimônio pertencente a toda a coletividade, é o bem jurídico a ser tutelado pela mencionada Lei Penal. Trata-se de um bem jurídico supraindividual, cuja tutela interessa à coletividade.

Registre-se que as diversas condutas típicas previstas na Lei 7.492/86, comissivas ou omissivas, em perfunctória análise, podem também afetar e violar o

patrimônio (moral ou material) individual de pessoa física ou jurídica. Todavia, saliente-se que os crimes nela descritos são pluriofensivos, ou seja, atingem ou ofendem, a um só tempo, mais de um bem ou interesse jurídico.

A rigor, tais condutas típicas afetam a ordem financeira porquanto atentatórias a bens ou interesses jurídicos que se encontram na órbita da ordem econômica. Apenas de forma secundária e incidental é que bens individuais acabam ingressando na órbita de proteção legal. A tônica de proteção penal, insistimos, repousa no interesse coletivo representado pelo eficaz funcionamento do Sistema Financeiro Nacional. Assinale-se que a prática de crimes contra Sistema Financeiro pode, por vezes, atingir a Ordem Econômica diretamente em sua base de sustentação. Esta é formada pelos diversos valores e princípios postos na Constituição Federal (livre iniciativa, livre concorrência, etc.), Outras vezes, é o mais comum, pode ofendê-la em seus aspectos organizacional e funcional.

Em qualquer caso, a violação das normas penais insertas na Lei 7.492/86 implica em ofensa à regularidade ou normal funcionamento do Sistema Financeiro Nacional. Variados aspectos pertinentes ao sistema, que abarca as diversas espécies de mercado (financeiro, de capitais e de valores mobiliários) são diretamente atingidos pela transgressão da norma penal, merecendo destaque os seguintes, no dizer de João Marcello de Araújo Junior: "a organização do mercado; a regularidade dos seus instrumentos; a confiança nele exigida; e, a segurança dos negócios." (1995, p. 146).

Esses aspectos do mercado são, em última análise, o alicerce sobre o qual se assenta o bom funcionamento do Sistema Financeiro Nacional, que é o bem ou interesse jurídico tutelado pela Lei 7.492/86. Nesse sentido, conforme dissemos, a própria lei incorpora em seu corpo (artigo 23) o regular funcionamento do Sistema Financeiro Nacional e a preservação dos interesses e valores da ordem econômica como objeto de especial proteção. O normal funcionamento do sistema depende da regularidade, da eficiência e da higidez dos sobreditos alicerces de sustentação.

Pode-se afirmar que a organização do mercado, a regularidade de seus instrumentos, a confiança e a segurança nos negócios, entrelaçam-se e formam um todo harmônico do sistema, de modo que, atingindo-se um ou mais desses aspectos, está-se ferindo a regularidade do Sistema Financeiro Nacional, bem jurídico tutelado pela norma penal.

Com o avanço tecnológico, a transformação do mercado, o dinamismo dos negócios, o uso da inteligência artificial em grande escala, novos tipos penais deveriam estar inseridos na Lei 7.492/86 para o correto enfrentamento desta nova criminalidade econômica que estamos a vivenciar. Técnicas de investigação tradicionais não fazem frente às complexas atividades delituosas praticadas no seio do Sistema Financeiro Nacional, não só por agentes a ele externos, mas por dirigentes de instituições financeiras e, por vezes, pela própria pessoa jurídica, passível de responsabilização a teor do disposto no § 5º do artigo 173 da Constituição Federal. Há, sem dúvida, lacuna legislativa que está a merecer especial atenção do Congresso Nacional. Está-se diante de *lacunas secundárias*, que diferem das primárias segundo a doutrina alemã. A respeito preleciona Maria Helena Diniz:

> "As primárias são as existentes na ordem normativa desde o momento de sua gênese, e as secundárias são as que aparecem posteriormente, seja em consequência de uma modificação da situação fática (p. ex., em virtude de progresso econômico e técnico), ou de aparecimento de figuras contratuais que não se encaixam nos tipos jurídicos predeterminados de um sistema, ou devido a uma mutação de valores em relação à ordem jurídica, hipóteses essas que trazem em si questões novas que o legislador não poderia ter previsto, dando lugar às lacunas." (DINIZ, 2019, p. 102)

A Lei nº 7.492/86 é anterior à vigente Constituição Federal, que pela primeira vez na história do constitucionalismo brasileiro dedicou um capítulo próprio ao Sistema Financeiro Nacional. Consagraram-se novos valores, estabeleceram-se finalidades da maior importância para a salvaguarda da dignidade da pessoa humana. Inovou-se com a possibilidade de responsabilização penal de instituições financeiras.

IX - CONCLUSÃO

O objeto material do crime constitui-se em elemento limitador do poder punitivo do Estado. A criminalização, pois, não pode ser anárquica, mas consentânea com os valores consagrados pela Constituição Federal. No limite, o exercício do *jus persequendi* não deve conflitar com seu corpo axiológico. De conseguinte, o bem jurídico tutelado pela norma penal é, não apenas o seu fundamento de validade, como também o fator que lhe dá legitimidade constitucional.

Extraídos da Carta Magna os valores ou bens e interesses que devem estar ao abrigo da proteção penal, quer por força de mandados de criminalização explícitos, quer implícitos, cumpre ao legislador ordinário instituir crimes que efetivamente desempenhem a função preventiva e retributiva da pena. A Ordem Econômica

estabelecida pela dirigente Constituição Federal foi dotada de expressivos valores essenciais à dignidade da pessoa humana, cuja violação deve atrair o rigor da lei.

Cumpre realizar o controle das atividades financeiras por meio da efetividade do direito administrativo sancionador, o qual, diante de eventual impotência do órgão de controle – *atualmente o Banco Central do Brasil* – deve ser substituído por um direito de intervenção a cargo da autoridade judiciária. A Lei nº 7492/86, que define os crimes contra o Sistema Financeiro Nacional, tem em seus variados tipos penais a coletividade como interesse maior a ser tutelado. Porém, a Lei é deficitária diante da nova microcriminalidade e crimes econômicos da atualidade.

Por fim, diante da natureza coletiva dos bens jurídicos tutelados, a responsabilização penal da pessoa jurídica em sua atividade contra a ordem econômica e financeira torna-se imperativa, podendo-se, ainda, se necessário for, migrar do atual Direito Administrativo Sancionador para um modelo mais efetivo de Direito de Intervenção, considerando a possibilidade de imposição de sanções colocadas ao abrigo constitucional de reserva de jurisdição.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARAUJO JR., João Marcello de. **Dos crimes contra a Ordem Econômica.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 1995.

AZEVEDO, André Mauro Lacerda; FACCINI NETO, Orlando. **O bem jurídico-penal: Duas visões sobre a legitimação do Direito Penal a partir da teoria do bem jurídico.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2013.

CARVALHO, Márcia Dometila Lima de. **Fundamentação constitucional do Direito Penal.** Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1992.

CUNHA, Maria da Conceição Ferreira da. **Constituição e crime: Uma perspectiva da criminalização e da descriminalização.** Porto: Universidade Católica Portuguesa Editora, 1995.

DINIZ, Maria Helena. **As Lacunas no Direito**. 10ª ed. São Paulo: Saraiva, 2019.

ESTÉVEZ, Juan María Rodríguez. **El Derecho Penal en la actividad económica.** Buenos Aires: Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma, 2000.

FELDENS, Luciano. **Direitos Fundamentais e Direito Penal: a Constituição Penal**. 2ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012.

——— **Tutela Penal de Interesses Difusos e crimes de colarinho branco.** Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

HASSEMER, Winfried. **Introdução aos Fundamentos do Direito Penal.** Trad. Da 2ª ed. Alemã, revisada e ampliada, de Pablo Rodrigo Alflen da Silva. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2005.

MAIA, Rodolfo Tigre. **Dos crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Malheiros, 1996.

MAZLOUM, Ali. **Reserva de jurisdição: Os limites do juiz na investigação criminal.** São Paulo: Matrix, 2016.

———— **Crimes do colarinho branco: Objeto jurídico e provas ilícitas.** Porto Alegre: Síntese, 1999.

MOCHÓN, Francisco, TROSTER, Roberto Luis. **Introdução à Economia**. São Paulo: Makron Books, 1994.

OLIVEIRA JR., Gonçalo Farias de. **Ordem Econômica e Direito Penal Antitruste**. 4ª ed. Curitiba: Juruá Editora, 2012.

PALMA, Maria Fernanda. **Direito Constitucional Penal**. Coimbra: Almedina, 2011.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

PONTE, Antonio Carlos da. **Crimes Eleitorais**. São Paulo: Saraiva, 2010.

PRADO, Luiz Regis. **Bem jurídico-penal e Constituição.** 8ª ed. Rio de Janeiro, Forense, 2019.

SAYEG, Ricardo. BALERA, Wagner. **Fator CapH capitalismo humanista a dimensão econômica dos direitos humanos.** São Paulo: Editora Max Limonad, 2019.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional Positivo**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1989.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. **La expansión del Derecho Penal.** Buenos Aires: IBdef, 2008.

SILVEIRA, Renato de Mello Jorge. **Direito Penal supra-individual – Interesses difusos.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVESTRONI, Mariano H. **Teoría constitucional del delito.** Buenos Aires, Editores del Puerto, 2004.

SUXBERGER, Antonio Henrique Graciano. **Legitimidade da intervenção penal.** Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006.

TOURINHO FILHO, Fernando da Costa. **Processo Penal.** Vol. 1. 9ª ed. São Paulo: Saraiva, 1986.

TURESSI, Flávio Eduardo. **Bens jurídicos coletivos.** Curitiba: Juruá, 2015.