

UNIVERSIDADE FEDERAL DO CEARÁ
FACULDADE DE DIREITO

JORDANA DE MATOS NUNES ROLIM

**CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO: CAMINHOS PARA UMA
ADEQUADA E EFETIVA RESPOSTA PENAL**

FORTALEZA
2010

JORDANA DE MATOS NUNES ROLIM

**CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO: CAMINHOS PARA UMA
ADEQUADA E EFETIVA RESPOSTA PENAL**

Trabalho de Conclusão de Curso submetido à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para a obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal e Processual Penal.

Orientador: Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago

FORTALEZA
2010

JORDANA DE MATOS NUNES ROLIM

**CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO: CAMINHOS PARA UMA
ADEQUADA E EFETIVA RESPOSTA PENAL**

Monografia submetida à Coordenação do Curso de Graduação em Direito da Universidade Federal do Ceará, como requisito parcial para obtenção do grau de Bacharel em Direito.

Área de concentração: Direito Penal e Processual Penal.

Aprovada em ____/____/____.

BANCA EXAMINADORA

Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago
Universidade Federal do Ceará - UFC

Prof. Lino Edmar de Menezes
Universidade Federal do Ceará - UFC

Mestranda Ana Paula Pinto da Silva
Universidade Federal do Ceará - UFC

À minha mãe, Nívea de Matos Nunes Rolim,
Pelo amor incondicional,
Pela sabedoria inspiradora,
Pela dedicação abnegativa,
Pelo abraço acolhedor,
Pelo exemplo encorajador,
Pela fé inabalável.

AGRADECIMENTOS

Desde o início de minha formação acadêmica, tenho contado com a ajuda de pessoas especialíssimas, verdadeiros presentes de Deus, sem os quais este trabalho certamente não teria sido possível. Consciente da limitação das palavras frente à imensidão do sentimento, tentarei, brevemente, expressar a minha gratidão a cada uma dessas pessoas.

A Deus, que me serviu de refúgio e base forte, pelo privilégio de tê-lo como Pai e de sentir sua presença constante em minha vida. Entrego-lhe todo o meu futuro, os meus planos, os meus problemas e as minhas aspirações. É reconfortante saber que nunca estarei sozinha.

Ao meu pai, José Wellington Costa Rolim, homem íntegro e generoso, em quem busco inspiração para enfrentar as dificuldades com fé, coragem, honestidade e senso de justiça; à minha irmã, Clara de Matos Rolim Fonseca, presença certa nas horas incertas, em cuja elegância, força e inteligência me espelho; ao meu cunhado, Igor Fonseca Brito, que nos cativou no primeiro sorriso, pela alegria de ter entrado para nossa família.

Ao Dr. Márcio Andrade Torres, brilhante Procurador da República, pelo exemplo de amor e dedicação à causa ministerial e pela simplicidade de alma; ao Dr. Márcio Augusto de Vasconcelos Diniz, talentoso advogado e Procurador do Município, pela confiança depositada e pelo inigualável senso de humor; às Dras. Isabel Cecília de Oliveira Bezerra e Keila Pereira Neri, Advogadas da União dedicadas e combativas, pela paciência dedicada à estagiária iniciante.

Ao Prof. Dr. Glauco Barreira Magalhães Filho, a quem prestei singelo auxílio como monitora, pelas lições de integridade, retidão de caráter e amor ao magistério, que jamais encontrarei nos manuais de Hermenêutica Jurídica; ao Prof. Dr. Nestor Eduardo Araruna Santiago, estudioso e pesquisador incansável, por ter me proporcionado a preciosa oportunidade de tê-lo como orientador em minha monografia;

ao Prof. Lino Edmar de Menezes e à mestranda Ana Paula Pinto da Silva, pela gentileza de terem aceitado tão prontamente o convite de participação em minha banca, apesar das agendas cheias e dos compromissos profissionais.

À Clarissa Coelho Palácio de Moraes, brilhante promessa do mundo jurídico, pelo apoio, pela amizade e pela presença reconfortantes nos momentos mais difíceis desse semestre; às amigas Angélica Mota, Hivna Magalhães, Luciana Lucas e Priscila Marques, maiores legados que a Faculdade de Direito me proporcionou, pelas descobertas compartilhadas, pelas conversas reveladoras e pelas parcerias bem-sucedidas.

A todos os amigos da turma 2010.2, em especial ao Bruno Fiúza, ao Lino Queiroz, à Ana Cecília Bezerra, ao Gabriel Kubrusly, à Ana Afif, à Fernanda Castelo Branco, à Milena Gondim, ao Davi Araújo, ao Flávio Brilhante, ao Renan Bezerra, à Ellen Cristine, à Paula Mara, ao Matheus Melo, à Camila Leal e à Cynthia Couto, por terem tornado esses quatro anos e meio de faculdade bem mais especiais; ao José Wally Gonzaga Neto, com quem compartilhei quase metade desse período, pelo companheirismo e pela dedicação.

À Miriam Souza Fontenele Duarte, amiga fiel e verdadeira, pelo exemplo de pureza, fé e superação e por me mostrar a cada dia o quanto a vida é mais feliz quando se cultiva o bem e se aprende a amar ao próximo; à Thaís Borges da Gama, descoberta feliz de amizade, por sempre ter a palavra certa e a opinião sensata; à Nayanna Timbó, à Manuella Leite, à Maria Glória Moraes e à Grace Anne Simões, por tornarem mais alegres as minhas manhãs e tardes na PR/CE.

Às amigas Amanda Câmara, Branca Sobreira, Clara Bastos, Elisa Bezerra, Juliana Carvalho, Luana Machado e Paula Facó, irmãs que a vida me permitiu escolher, com quem partilhei as mais surpreendentes descobertas da adolescência e estou dividindo as dores e as delícias do início da vida adulta, por estarem presentes nos momentos mais importantes da minha vida e por me darem a chance de ter tantas histórias boas pra contar; a todos os amigos “alternas”, pela alegria que trazem à minha vida.

“O ladrão violento, tão comum em outras épocas, é, atualmente, um retardatário ou um fenômeno esporádico. O cangaceiro do sertão brasileiro, o brigante do sul da Itália ou o outlaw do oeste norte-americano são anacronismos, resíduos de barbaria. (...) O trabuco e o punhal, que sublinhavam o sinistro dilema ‘a bolsa ou a vida’, foram substituídos por um jogo de inteligência. O leão rompente fez-se raposa matreira. (...) A violência deixa sinais indiscretos ou evidentes, oferece o perigo de reação da vítima, é escandalosa e alarmante. A fraude, ao contrário, vem dentro do anel de Giges. Dificilmente se deixa identificar pela vítima, porque sabe tomar a cor da verdade, da inocência e da candura.”

(Nelson Hungria)

RESUMO

O presente estudo tem por escopo analisar as especificidades que caracterizam a criminalidade de colarinho branco, revestindo-a de atributos peculiares que a diferenciam da delinquência convencional. Tais peculiaridades reclamam dos órgãos de persecução penal a adoção de medidas severas com vistas a garantir o cumprimento das sanções penais previstas no ordenamento jurídico brasileiro. Buscar-se-á, portanto, apontar alternativas para que se obtenha uma adequada e efetiva resposta penal à criminalidade de colarinho branco.

PALAVRAS-CHAVE: Criminalidade de colarinho branco – Efetividade – Persecução penal.

ABSTRACT

This study aims to analyze the particular characteristics of the white collar crime, coating it with peculiar attributes that distinguish it from conventional crime. Such peculiarities claim the agencies of criminal prosecution to adopt hard steps in order to warrant implementation for the criminal sanctions provided for in Brazilian law. So, this search will show alternatives to ensure an adequate and effective criminal response to white collar crime.

KEY WORDS: White collar crime – Effectiveness – Criminal prosecution.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	12
1 A CRIMINALIDADE DE COLARINHO BRANCO	15
1.1 Origem do termo: os <i>white collar crimes</i> e a teoria da associação diferencial	15
1.2 Delimitação conceitual: críticas à expressão “crimes de colarinho branco”	17
1.3 Distinções entre a criminalidade convencional e a de colarinho branco: especificidades acerca do delinqüente, das formas de violência, dos efeitos do crime e dos meios empregados	20
1.4 Tratamento constitucional e disciplinamento legal: o Direito Penal Econômico como instrumento de tutela da ordem econômica brasileira	23
2 O SIGILO DE DADOS E SUA QUEBRA	27
2.1 Fundamento constitucional do dever de sigilo: a proteção à intimidade e à privacidade	27
2.2 Utilidade do afastamento do sigilo de dados para elucidação dos crimes de colarinho branco: o desmembramento de uma complexa teia de informações	30
2.3 Critérios para o deferimento de quebra: da competência para decretação à observância dos princípios processuais constitucionais	32
2.4 Possibilidade de quebra direta pelo Ministério Público: garantia de efetividade do processo ou ofensa ao devido processo legal?	35
3 AS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS	38
3.1 Importância da tutela cautelar para a reparação do dano patrimonial causado pela criminalidade de colarinho branco	38
3.2 Espécies de medidas cautelares patrimoniais: o seqüestro, o registro da hipoteca legal e o arresto	41
3.3 Medidas assecuratórias previstas na Lei nº. 9.613/98: a apreensão e o seqüestro dos bens, direitos ou valores objeto do crime de lavagem de capitais	45
3.4 O Projeto de Lei do Senado nº. 209/03 e a alienação antecipada de bens: tentativas de reformulação da tutela cautelar aplicável aos crimes de lavagem de capitais	47
4 AS ESPÉCIES DE PENA	49
4.1 Enquadramento jurídico-penal dos casos de <i>white collars</i> : do minimalismo à expansão do direito penal	49
4.2 Aspectos relevantes acerca da teoria da pena e sua aplicação no ordenamento jurídico-penal brasileiro	53
4.3 Adequação da pena privativa de liberdade: uma contextualização em face da especificidade da criminalidade de colarinho branco	55

4.4 Eficácia das penas pecuniárias e das penas restritivas de direitos para a consecução das finalidades da pena nos crimes de colarinho branco	58
5 CRIMES DE COLARINHO BRANCO E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL	60
5.1 Cooperação jurídica internacional no cenário processual penal brasileiro: contextualização histórica, conceito e instrumentos	60
5.2 Instrumentos clássicos de cooperação jurídica internacional: o problema da morosidade	63
5.3 Auxílio direto: saída para uma investigação mais célere e eficiente ?	65
5.4 Exemplos concretos de auxílio direto: cooperação entre Brasil e Suíça e intercâmbio de informações entre Brasil e EUA	69
CONSIDERAÇÕES FINAIS	72
REFERÊNCIAS	74

INTRODUÇÃO

As infrações de colarinho branco, em sua grande maioria, agregam em torno de si uma rede altamente intrincada de operações contábeis e transações bancárias internacionais. O requinte técnico com que essas movimentações são praticadas revestidas de uma aparência lícita insuscetível de despertar qualquer desconfiança nos observadores mais incautos. A identificação e o desmembramento dessa complexa cadeia criminosa reclamam, portanto, uma postura diferenciada por parte dos órgãos de persecução penal.

A primeira dificuldade em que se esbarra na investigação de delitos dessa natureza é a necessidade de atuação conjunta de diversos órgãos que compõem a estrutura da administração pública federal, principalmente a Polícia Federal, o Banco Central do Brasil, o Ministério Público Federal, o Ministério da Fazenda e a Receita Federal. Em se tratando do crime de evasão de divisas, o Banco Central do Brasil é o principal personagem das investigações, pois fornece os subsídios para que o Ministério Público e a Polícia Federal perscrutem o rastro deixado pela saída ilegal de divisas do país.

Já no que atine aos crimes de lavagem de dinheiro, o Conselho de Controle de Atividades Financeiras do Ministério da Fazenda - COAF assume função essencial. Sua atuação consiste basicamente em receber informações oriundas de diversos órgãos e segmentos, como o BACEN (Banco Central do Brasil), a SUSEP (Superintendência de Seguros Privados), a PREVIC¹ (Superintendência Nacional de Previdência Complementar), a CVM (Comissão de Valores Mobiliários), o setor imobiliário, as factorings e as agências de câmbio, e, ao constatar a ocorrência de operações suspeitas, elaborar o chamado Relatório de Inteligência Financeira (RIF), o qual é remetido ao Ministério Público Federal para a tomada das providências cabíveis².

¹ A SUSEP e a PREVIC são órgãos fiscalizadores das entidades de previdência complementar: a primeira atua nas entidades abertas, e a segunda, nas fechadas.

² Os RIF's condensam inúmeras informações acerca da reciclagem de bens de origem ilícita. Em contrapartida, não indicam qual o crime antecedente da lavagem. Em vista disso, afigura-se mais eficiente guardá-los em um banco de dados do que requisitar a instauração de IPL.

A partir dos exemplos ora veiculados, observa-se que a elucidação dos fatos relacionados aos crimes de colarinho branco reivindica um minucioso cruzamento de dados entre os órgãos da administração pública e a iniciativa privada, o que provoca uma nefasta morosidade nas investigações. O aparelhamento estatal, tanto do ponto de vista de arregimentação de pessoal, quanto de estrutura física, ainda é precário para atender a demandas tão complicadas.

Além de contar com um diminuto corpo de servidores, os órgãos de persecução penal – Polícia, Poder Judiciário e Ministério Público – enfrentam o problema patente da falta de conhecimentos específicos de contabilidade e finanças, imprescindíveis ao deslinde dos casos de *white collars*. Como geralmente esses crimes se consumam por meio de transferências bancárias internacionais, exportações e importações fictícias e manobras financeiras sutis, sua elucidação requer, igualmente, o manuseio de técnicas avançadas de contabilidade e economia, as quais escapam à esfera de saber dos operadores do Direito.

Sobreleva, assim, a atuação dos setores de perícia que compõem a estrutura organizacional desses órgãos, em especial da Polícia Federal³. Os laudos de exame financeiro por eles elaborados constituem ferramenta essencial para o êxito das investigações. A par disso, a transdisciplinaridade dos conhecimentos justifica a criação, dentro dos respectivos órgãos, de setores especializados no combate a essa espécie tão peculiar de delitos. A Procuradoria da República no Estado de São Paulo, por exemplo, já possui o seu grupo de combate aos crimes financeiros, que oficia junto às varas federais especializadas em infrações dessa natureza.

As operações financeiras levadas a cabo pelos criminosos de colarinho branco são acobertadas por um rigoroso sistema de sigilos, o que obstaculiza ainda mais as investigações. Trata-se de mandamento emanado diretamente do texto constitucional (artigo 5º, X), que erigiu o direito ao sigilo de dados a garantia fundamental do cidadão. Regulamentando a matéria, a Lei Complementar nº. 105/01 disciplinou, dentro do esquadro desenhado pelo legislador constituinte, os casos em que poderia ser decretada a quebra do dever de sigilo (artigo 1º, § 4º).

A combinação dos fatores ora analisados tem gerado, na realidade fática brasileira, um lamentável panorama de impunidade e desigualdade na administração da justiça penal. Uma amostra da ocupação dos presídios no Brasil ilustra bem a situação,

³ Dentro da estrutura do Poder Judiciário, a função é exercida pelos auxiliares do juízo.

ao revelar que a maior parte da população carcerária é composta de presos de reduzido poder aquisitivo. Infelizmente, os crimes cometidos pelos delinqüentes socialmente menos favorecidos recebem uma resposta penal bem mais efetiva do que aqueles praticados por pessoas de posição social mais elevada. A estas, o aparato jurídico-penal brasileiro parece não alcançar.

Ao longo da elaboração do presente trabalho, portanto, buscar-se-á apontar meios que possibilitem uma maior efetividade na repressão aos crimes de colarinho branco, que, lamentavelmente, encontram-se bastante disseminados no meio social brasileiro e apresentam uma vergonhosa nota de impunidade e parcialidade na administração da justiça penal. As alternativas propostas vão desde a quebra de sigilo de dados dos investigados até a cooperação jurídica internacional, passando pela adoção de medidas cautelares patrimoniais e pela análise das espécies de pena aplicáveis.

1.1 Origem do termo: os *white collar crimes* e a teoria da associação diferencial

A designação “crime de colarinho branco” surgiu a partir da expressão “*white collar crime*”⁴ e identifica os delitos cometidos por pessoas que gozam de elevada respeitabilidade no meio social em que se encontram inseridas. O termo foi criado pelo sociólogo norte-americano Edwin Sutherland, em uma exposição apresentada em 27 de dezembro de 1939 perante a Sociedade Americana de Sociologia, servindo de título para a principal obra do autor acerca do assunto.

Em que pese ter sido erigida a partir de uma perspectiva eminentemente sociológica, a tese desenvolvida por Sutherland ganhou ampla notoriedade na comunidade jurídica, vindo a tornar-se referência mundial na seara da criminologia. Segundo o sociólogo, a compreensão do conceito de *white collar crime* pressupõe uma análise subjetivo-profissional, uma vez que seu principal elemento caracterizador reside justamente no aspecto ocupacional da pessoa do delinqüente.

Sob a ótica de Sutherland, os *white collar crimes* são delitos que têm como sujeito ativo pessoas dotadas de elevado *status* social, no âmbito de seu trabalho. Para que determinado crime venha a se enquadrar na definição sutherlandiana de *white collar crime*, portanto, faz-se necessária a presença de dois traços distintivos, quais sejam: o *status* do autor e a relação quase simbiótica entre a atividade criminosa por ele praticada e a sua profissão.

Na tentativa de estabelecer distinções entre essa vertente de criminalidade e a criminalidade convencional, em que se enquadram delitos como homicídio, roubo e estupro, Sutherland desenvolveu a chamada “teoria da associação diferencial” (*differential association*), na qual buscou identificar traços comuns entre ambas as espécies de delinquência. Ao desenvolver uma linha de raciocínio para explicar o processo por meio do qual determinada pessoa mergulha no comportamento delituoso, o sociólogo prestou valiosa contribuição para a compreensão do fenômeno criminológico.

A teoria da associação diferencial parte da premissa de que a análise convencional do crime como resultado da combinação de fatores socioeconômicos e biopsicológicos é inadequada e insuficiente. A propagação dos crimes de colarinho branco ilustraria muito bem a parcialidade dessa visão, a qual levaria em consideração

⁴*Delincuencia del cuello blanco* (espanhol); *weisse-kragen kriminalität*,(alemão); *criminalité em col blanc* (francês) e *criminalità in colleti Bianchi o inguantigialli* (italiano).

elementos variáveis que impossibilitariam a formulação de uma teoria geral do comportamento criminal.

Rechaçando uma explicação da delinquência fundada na pobreza, na falta de estrutura familiar e no elemento genético, Sutherland defende que a criminalidade, assim como qualquer outro modelo de comportamento, é fruto de um processo de aprendizado. O criminoso, qualquer que seja o tipo de atividade delituosa a que se dedique, estaria sujeito a uma ambiência social e profissional propícia à aprendizagem das técnicas exigidas à espécie de criminalidade cometida.

Nesse diapasão, o princípio da associação diferencial consiste no momento em que as interpretações desfavoráveis da lei prevalecem sobre as favoráveis, fazendo com que o indivíduo pratique a conduta criminosa. A fim de sistematizar as ideias lançadas por Sutherland, Bajo e Bacigalupo, citados por Luciano Feldens (2002, p. 129), enumeram nove pontos essenciais à compreensão da teoria:

- a) o comportamento criminal se aprende, não se herda nem se inventa;
- b) aprende-se em contato com outras pessoas por um processo de comunicação;
- c) aprende-se, sobretudo, no interior de um grupo reduzido de relações pessoais (e não interpessoais, como a televisão);
- d) a aprendizagem compreende o ensino de técnicas de cometimento do delito e orientação dos móveis, impulsos, razões e atitudes;
- e) a orientação dos móveis está em função da interpretação favorável ou desfavorável das disposições legais;
- f) um indivíduo se converte em criminoso quando as interpretações desfavoráveis da lei preponderam sobre as favoráveis, sendo isso o que constitui o princípio da associação diferencial;
- g) a associação diferencial pode variar segundo a frequência, duração, prioridade e intensidade;
- h) a formação criminal por associação com modelos criminais ou anticriminais é idêntica a qualquer outro processo de formação;
- i) ainda que o comportamento criminal seja expressão de um conjunto de necessidades e valores, não se explica por tais necessidades e valores, uma vez que o comportamento não-criminal é, também, expressão das mesmas necessidades e valores.

Assim, de acordo com a teoria da associação diferencial de Sutherland, não se poderia compreender o fenômeno criminológico a partir de características reducionistas, como a classe econômica ou o histórico familiar do delinqüente, vez que esses fatores também estariam presentes no cotidiano de pessoas que adotam comportamentos lícitos em seu dia-a-dia. Outrossim, a expansão da criminalidade de colarinho branco, praticada por uma espécie de criminoso socialmente inserido e aparentemente respeitável, desafiava uma mudança no foco dos estudos criminológicos.

Apesar de sua inestimável relevância científica, sobretudo em virtude dos novos paradigmas lançados em oposição à concepção positivista tradicional, a teoria sutherlandiana despertou inúmeras e severas críticas. As principais delas dizem respeito a seu elevado grau de abstração, bem como a sua forte tendência à absolutização. Questiona-se, por exemplo, o que seriam as interpretações desfavoráveis da lei, bem como em que momento poder-se-á considerar que elas se sobreponham às favoráveis.

De outra ponta, o cotidiano das relações sociais mostra que, da mesma maneira que existe uma infinidade de pessoas que convivem habitualmente com criminosos e não assimilam as condutas delitivas, há também outras tantas que, contrariamente, permanecem a maior parte de suas vidas em contato intenso e íntimo com pessoas de comportamento lícito e, ainda assim, enveredam para o caminho do crime. No desiderato de encontrar parâmetros criminológicos universalmente aplicáveis, Sutherland acabou por incorrer no mesmo reducionismo que desejava evitar.

1.2 Delimitação conceitual: críticas à expressão “crimes de colarinho branco”

Após o surgimento da teoria sutherlandiana, muito se discutiu acerca da abrangência conceitual dos crimes de colarinho branco. Ao mesmo tempo em que novos predicados foram-lhe incorporados, outras designações foram criadas na vã tentativa de suplantar a denominação original. Surgiram nomenclaturas como “delinquência econômica”, “delinquência contra a ordem socioeconômica” e “criminalidade sofisticada”, todas a designar a mesma classe de infrações.

A par das características concebidas por Sutherland, identificaram-se atributos que se revelaram quase onipresentes em crimes dessa natureza, tais como a ausência de violência física, as situações comerciais como pano de fundo, o abuso de confiança, a sofisticação dos meios empregados, a complexidade das transações, o elevado ganho financeiro e o alto grau de danosidade social da conduta. Todos esses elementos combinados acabam por gerar uma intrincada teia de acontecimentos, que dificulta sobremaneira a elucidação e o desmembramento da cadeia criminosa.

À guisa dessa conjuntura de predicados e denominações, pode-se relacionar os crimes de colarinho branco, no universo do direito positivo brasileiro, àquelas infrações penais que constituem parte do chamado *Direito Penal Econômico*, que engloba os crimes contra a ordem tributária, contra o sistema financeiro nacional, contra a ordem econômica e os crimes ambientais. As observações empíricas revelam que,

dentro desse universo de delitos, aqueles que se encontram mais disseminados no meio social são a lavagem de dinheiro, a evasão de divisas e a sonegação fiscal.

A rigor, como se trata de uma definição fundada precipuamente no *modus operandi* e nos atributos do agente, qualquer infração penal que se enquadrasse naquela linha de atuação poderia ser classificada como infração de colarinho branco. Assim, manifestações vultosas de crimes contra a administração pública, principalmente corrupção ativa e passiva, peculato e tráfico de influência, desde que praticadas mediante o modo de proceder próprio dessa esfera de delitos, poderiam ser nela aglutinadas.

Estabelecido o alcance conceitual do termo, cumpre discorrer sobre as críticas que lhe foram dirigidas, de que constitui prova a criação de inúmeras denominações correlatas remetendo ao mesmo conjunto de infrações. Com efeito, ao instituir nomenclaturas como “delinquência econômica” ou “delinquência contra a ordem socioeconômica”, a doutrina buscou desviar o foco de atenção desses delitos para a natureza objetiva do bem jurídico por eles tutelado, abandonando o componente classista da expressão original.

Nesse aspecto reside a mais recorrente das críticas ao termo. A moderna criminologia tende a rejeitar a limitação de categorias de delitos às características pessoais do criminoso ou de uma classe preestabelecida. A consolidação da dignidade da pessoa humana como fundamento material da supremacia da Constituição irradiou efeitos em todos os campos do Direito, despertando nos operadores a necessidade de adequá-los à nova era do constitucionalismo.

Com o Direito Penal não sucedeu de modo diverso. Diante dos novos paradigmas constitucionalistas, dos quais nenhuma ordem jurídico-democrática pode prescindir, o chamado “direito penal do autor” cedeu espaço, paulatinamente, ao direito penal estribado no fato, na ação humana. O indivíduo deve responder pelo que faz, não pelo que é. Zaffaroni e Pierangeli (2008, v. 1, p. 107) prelecionam:

Um direito que reconheça, mas que também respeite a autonomia moral da pessoa, jamais pode penalizar o ser de uma pessoa, mas somente o seu agir, já que o próprio direito é uma ordem reguladora de conduta humana. Não se pode penalizar um homem por ser como escolheu ser, sem que isso viole a sua esfera de autodeterminação.

Nesse visio, qualquer classificação de crime que leve em consideração os atributos pessoais do delinqüente atenta contra a dignidade da pessoa humana, tão cara à atual ordem constitucional. A evolução do pensamento jurídico não mais admite construções doutrinárias tão subjetivistas. Outrossim, as denominações baseadas no tipo de criminoso carregam em si uma forte carga ideológica, a qual contraria a neutralidade colimada pelo saber que se pretende científico.

Sem embargo dessas hesitações da doutrina, deve-se levar em consideração o fato de que as críticas à terminologia não lhe retiram a lucidez. O rigor conceitual cede espaço a relevantes razões de ordem prática, vez que a designação “crimes de colarinho branco” é a única a permitir uma imediata associação entre o delinqüente e o crime cometido. Outra denominação não seria capaz de identificar com tamanha exatidão a espécie de crimes de que se estaria a tratar.

Há, ademais, diversas outras expressões que, tal como aquela, prestam-se a designar classes de infrações. É o caso, por exemplo, dos “delitos de blusa azul” (*blue collar crimes*), que, ao fazerem referência à cor dos macacões dos trabalhadores, remetem aos crimes por eles praticados no exercício de suas atividades laborais, e dos “delitos de cor cáqui”, que aludem aos crimes cometidos por militares em tempos de guerra. Embora igualmente classistas e ideológicas, tais denominações não sofreram a reprovação da doutrina.

A mera constatação de que determinada classe de infrações é praticada, em sua maior parte, por um segmento determinado da sociedade, em virtude mesmo da especificidade que caracteriza as elementares dos tipos penais, não afronta a dignidade da pessoa humana, tampouco os princípios basilares do moderno Direito Penal. Ao se analisar as normas penais incriminadoras dos delitos de colarinho branco, verifica-se nitidamente que elas em nenhum momento apresentam qualquer vestígio de subjetividade ou ideologização.

Desde Sutherland, no final da década de 30 do século XX, observou-se que a cifra negra movimentada pela prática de crimes financeiros beneficiava, eminentemente, a camada mais privilegiada da sociedade, que se revestia de um verdadeiro mimetismo delituoso ao circular pelos meios sociais como respeitável e honesto segmento. Trata-se de constatação empírica que atravessou gerações e se faz presente de maneira contumaz no cotidiano da sociedade brasileira.

Por todas essas razões, as controvérsias em torno da denominação dos crimes de colarinho branco não foram capazes de lhe subtrair a importância. A nomenclatura permanece sendo adotada no mundo inteiro, ganhando uma universalidade certamente jamais imaginada por seu criador. Até o presente momento, não se logrou encontrar nenhuma outra que, com tamanha fidelidade, definisse o conjunto de infrações por ela assinalado.

1.3 Distinções entre a criminalidade convencional e a de colarinho branco: especificidades acerca do delinqüente, das formas de violência, dos efeitos do crime e dos meios empregados

A partir do conceito criado por Sutherland, observa-se que a criminalidade de colarinho branco possui uma sujeição ativa própria, sendo notadamente marcada pelo cunho ideológico e classista de sua definição. Diferentemente da criminalidade convencional, essa espécie de delinqüência é praticada “a portas fechadas”, por uma camada determinada de pessoas pertencentes a uma categoria profissional específica, tais como empresários, diretores de grandes corporações nacionais e multinacionais, políticos e banqueiros.

É justamente na pessoa do criminoso que reside uma das principais notas diferenciadoras entre essas duas modalidades de delinqüência. Os infratores de colarinho branco, via de regra, são proprietários de vastíssimos patrimônios, circulam nos ambientes mais sofisticados, ostentam um elevado padrão de vida, integram grupos sociais extremamente seletos e, pior: revelam pouca ou nenhuma culpa pelos atos criminosos que praticam. Seduzido pela ambição desmedida de ganhar dinheiro fácil, o delinqüente contumaz de crimes dessa natureza mergulha de maneira arrebatadora em um mundo de dinheiro e poder, fazendo das manobras financeiras sua maior, se não única, fonte de riquezas.

Esse padrão de comportamento, observado a partir de verificações empíricas, é realmente uma marca distintiva do criminoso de colarinho branco. Não se lhe pode ter, todavia, como referencial absoluto de identificação desse tipo de delinqüente. Além de comportar inúmeras exceções, essas características, quando interpretadas sem a devida cautela e o correto sopesamento, podem tornar-se caricaturescas e preconceituosas, remetendo à anacrônica teoria lombrosiana. Nem todos os autores de crimes contra o sistema financeiro e contra a ordem tributária

amoldam-se a essa descrição, da mesma forma que nem todos os indivíduos que nela se encaixam são autores de crimes financeiros.

Nesse equívoco incorreu a doutrina alemã de Mergen. Na tentativa de identificar traços de personalidade comuns aos agentes de colarinho branco, o doutrinador alemão delineou o que se convencionou chamar “Psicograma de Mergen”, no qual são enumeradas as características psicológicas mais recorrentes entre esses personagens do crime. Segundo Luciano Feldens (2002, p. 140), a abordagem é passível de severas críticas, pois resgata os pré-juízos lombrosianos e peca por sua vagueza e imprecisão, merecendo referência apenas a título de enriquecimento do debate.

O primeiro atributo mencionado é o materialismo, o qual se reflete no juízo de desvalor acerca dos padrões éticos de conduta. Segundo Mergen, a acumulação de bens materiais é o combustível que move esse tipo de criminoso, o objetivo em nome do qual toda a carga axiológica do sistema se torna absolutamente irrelevante. Obcecado pela ambição de expandir cada vez mais seu patrimônio, o delinqüente econômico não se preocupa com os efeitos deletérios que suas ações irradiam na economia do país.

Por essa razão, Mergen também o qualifica como egocêntrico e narcisista, além de dinâmico e audacioso. Muitas vezes, seria a audácia desmedida que levaria esse delinqüente a ser desmascarado, impedindo-o de mensurar com exatidão os riscos de seus atos. Estes, a seu turno, parecem ousados e perigosos aos olhos de um espectador isento de paixões, mas afiguram-se seguros e garantidos no julgamento de quem os pratica. Sob a ótica de Mergen, para que manobras financeiras tão complexas e multifárias sejam concebidas, esses atributos necessariamente devem estar presentes.

As demais características citadas são a inteligência, a periculosidade, a hipocrisia, a neurose e a carência de sentimento de culpabilidade. Um observador desavisado pode considerá-los bem-aventurados cidadãos, que praticam o bem, patrocinam nobilíssimas causas sociais e custeiam modernos eventos culturais, tal como os mecenas da antiguidade clássica. Há quem, desconhecendo a verdadeira origem de suas riquezas, admire seu caráter arrojado, inovador, visionário e empreendedor, atribuindo a esse conjunto de qualidades sua vertiginosa ascensão social.

A criminalidade convencional, por sua vez, é praticada por um grupo heterogêneo de agentes, o que inviabiliza qualquer tentativa de sistematicidade. Constitui-se de uma extensa gama de infrações, a maior parte delas compilada nos

Estatutos Repressivos de cada ordenamento. São crimes que, a exemplo do homicídio, do roubo e do estupro, acompanham a história do homem desde seus primórdios, atingindo bens jurídicos ontologicamente relevantes, eis que relacionados à própria existência humana digna.

Esses delitos, em sua grande maioria, são cometidos mediante violência ou grave ameaça, as quais constituem formas de execução mesmo quando não previstas expressamente na norma penal incriminadora. Nesse ponto, manifesta-se outra nota diferenciadora entre a delinquência convencional e a sofisticada, objeto deste trabalho. A criminalidade econômica costuma ser praticada sem o uso de violência física, embora, a depender da perspectiva adotada, também seja violenta à sua maneira.

Com efeito, acaso a cifra negra resultante da prática de crimes financeiros seguisse os caminhos lícitos da tributação e ingressasse sem desvios no orçamento dos entes políticos, certamente a conjuntura socioeconômica do país seria distinta, e a concentração de renda, menor. Conseqüentemente, poder-se-ia investir na solução dos problemas crônicos que acometem a realidade brasileira, como o desemprego, o baixo índice de escolaridade da população, o precário sistema de saúde e as condições subumanas de moradia.

Assim, o grau de lesividade social desses crimes é tão elevado, e seus efeitos, tão nefastos para a economia do país, que não se pode dizer que eles prescindem de violência. Trata-se de espécie de violência sutil, reflexa, mas tão ou mais agressiva que aquela tradicionalmente definida nos manuais de língua portuguesa. Os efeitos por ela provocados são mediatos e, por vezes, invisíveis. É essa também a linha de entendimento perfilhada por Lenio Luiz Streck (2000, p. 130-131):

O conceito de violência aceito pela doutrina tradicional (violência física *stricto sensu*!) é metafísico-objetificante. Por isto, em termos de relação social, mergulhando no rio da história, violência é/poderia ser também a violência simbólica, a violência reflexa; a violência social, a violência da omissão, a violência da exclusão social, e assim por diante... Poder-se-ia perguntar, finalmente, se alguém tem dúvidas de que o crime de sonegação de impostos causa mais violência (e morte) do que um crime de lesões corporais ou até mesmo de um crime de roubo?

Não se pode olvidar, outrossim, da sofisticação dos meios empregados na macrocriminalidade. Essa particularidade constitui elemento essencial na diferenciação entre a delinquência tradicional e a de colarinho branco. Enquanto aquela é praticada ao bel-prazer da criatividade do agente, sem qualquer especificidade que a distinga, esta

costuma ser cometida mediante complexas operações financeiras, que possuem, em sua maioria, uma aparência de licitude.

Monta-se uma intrincada cadeia de transações internacionais, camufladas em meio às legítimas operações travadas ao redor do mundo. O refinamento das ações da macrocriminalidade confere-lhes uma grandiosa capacidade de ocultação, que não se faz presente na delinqüência convencional e desafia a competência da polícia, do Ministério Público e do Poder Judiciário. Ademais de embaraçar as investigações, a complexidade dos meios adotados dificulta sobremaneira a formação de um robusto conjunto probatório, reclamando o domínio de conhecimentos para além dos manuais de ensino jurídico.

1.4 Tratamento constitucional e disciplinamento legal: o Direito Penal Econômico como instrumento de tutela da ordem econômica brasileira

A ordem econômico-financeira consubstancia-se no conjunto de mecanismos e fenômenos estruturais aptos a promover a produção, a distribuição, a circulação e o consumo de bens e serviços, possibilitando o máximo desenvolvimento da capacidade produtiva de um país. A depender da concepção ideológica de Estado que se adote, poderá ser organizada com ou sem a intervenção estatal, mas, de uma maneira ou de outra, será sempre considerada um bem jurídico de grandiosíssima relevância social, dotado, portanto, de estatura constitucional.

A Constituição Federal de 1988 (CF/88) trata do assunto em seu Título VII, intitulado “Da ordem econômica e financeira”. Nos artigos 173, *caput*, e § 4º e 174, o legislador constituinte expressou sua opção por um Estado minimamente intervencionista, cuja função regulatória e de planejamento tem por finalidade o controle e a correção dos abusos decorrentes do exercício arbitrário da atividade econômica. Na consecução desse desiderato, a CF/88 admite, em caráter excepcional, a exploração direta de atividade econômica pelo Estado, mediante o cumprimento de rígidos requisitos.

A importância conferida à ordem econômica pelo texto constitucional encontra sua razão de existir na nítida função instrumental que ela desempenha. Uma vez que constitui meio de garantir o bem-estar da coletividade, a ordem econômica legitima a existência do próprio Estado. Segundo a expressa dicção do artigo 170 da CF/88, a ordem econômica brasileira é fundada na valorização do trabalho humano e na

livre iniciativa e tem por finalidade assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social.

Analisando-se o teor do dispositivo, observa-se que a ordem econômica é o instrumento por meio do qual o Estado brasileiro convalida sua formação, a qual se deu com a finalidade de proporcionar a cada um dos cidadãos o desenvolvimento de suas máximas potencialidades. Para garantir o perfeito funcionamento desse bem jurídico de feição constitucional, o ordenamento valeu-se dos mais distintos mecanismos de proteção, inclusive daquele considerado sua *ultima ratio*: o Direito Penal.

Nesse sentido, o artigo 109, VI da CF/88⁵ define a competência da Justiça Federal para processar e julgar, nos casos determinados por lei, os crimes contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira. Na mesma ordem de ideias, o artigo 173, § 5^o traz previsão expressa acerca da responsabilização objetiva da pessoa jurídica nos atos praticados contra a ordem econômica e financeira e contra a economia popular. Em que pese a boa vontade manifestada pelo legislador constituinte, tal hipótese jamais foi regulamentada em sede infraconstitucional, tornando letra morta o dispositivo da Constituição Cidadã.

A necessidade de tutela da ordem econômica inaugurou um novo e inesperado desafio para esse ramo do Direito: proteger um bem jurídico difuso, que não é titularizado por um conjunto determinado de pessoas, eis que metaindividual e indivisível. Com efeito, a regularidade e a sadia desenvoltura da ordem econômica constituem interesses que tocam indistintamente a todos os cidadãos brasileiros. A tutela penal de interesses difusos marca, assim, o momento histórico em que o Direito Penal se lança à proteção de direitos constitucionais de segunda e terceira dimensão.

O Direito Penal Econômico é constituído pelo conjunto de normas jurídico-penais que, atendendo ao mandamento emanado da CF/88, protegem a ordem

⁵ Art. 109. Aos juízes federais compete processar e julgar:

VI - os crimes contra a organização do trabalho e, nos casos determinados por lei, contra o sistema financeiro e a ordem econômico-financeira;

⁶ 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.

§ 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.

econômica brasileira contra as mais diversas formas de ataque. As espécies normativas que dele fazem parte são, essencialmente: a Lei nº. 8.137/90, que define os crimes contra a ordem tributária, econômica e contra as relações de consumo; a Lei nº. 7.492/86, que trata dos delitos contra o sistema financeiro nacional; a Lei nº. 9.613/98, que dispõe sobre os crimes de lavagem ou ocultação de bens, direitos e valores; a Lei nº. 9.605/98, que cuida dos crimes ambientais e a Lei nº. 8.176/91, que define crimes contra a ordem econômica.

Conforme referido no tópico que versa sobre a delimitação conceitual dos crimes de colarinho branco, acaso se adote um ponto de vista mais abrangente, podem-se incluir dentro do tecido normativo que integra o Direito Penal Econômico alguns tipos penais definidos no Estatuto Repressivo, a exemplo da apropriação indébita previdenciária (artigo 168-A), da corrupção ativa (artigo 333) e passiva (artigo 317), do tráfico de influência (artigo 332) e da sonegação de contribuição previdenciária (artigo 337-A).

Os avanços da tecnologia, cumulados com a expansão do processo de globalização da economia, têm provocado uma crescente interligação dos circuitos econômico-financeiros em escala mundial, criando condições extremamente favoráveis à expansão da delinqüência econômica. Nesse diapasão, a regulação jurídica conferida à matéria pelas Leis nº. 8.137/90, 7.492/86 e 9.613/98 vem padecendo de paulatino anacronismo, tendo em vista que as novas atividades delitivas resultantes da economia globalizada eram impensadas pelo legislador ordinário das décadas de 80 e 90 do século passado.

Mais importante do que a inovação legislativa ou a cominação de sanções mais graves, todavia, é o desenvolvimento de mecanismos penais e processuais penais verdadeiramente hábeis a coibir o crescimento dessas “ervas daninhas”, garantindo a aplicação efetiva da lei. Nesse sentido, o escólio de Manoel Pedro Pimentel, referindo-se especificamente à Lei nº. 7.492/86 (1987, p. 32-33):

Nossa impressão pessoal, que não discrepa do pensamento da maioria dos especialistas, é no sentido de que esta lei, pelos seus defeitos e imperfeições, não aprimorou a disciplina repressiva dos crimes contra a ordem econômica, e continuará a prevalecer a impunidade para a maior parte desses e de outros delitos congêneres.

Em nosso livro *Direito penal econômico* alertamos: “Pensamos, até mesmo, que é mais importante a certeza da efetiva aplicação da lei penal do que a própria cominação das sanções graves. Estas se tornam inúteis, se o réu consegue furar o bloqueio da repressão, usando dos recursos já aludidos, da

corrupção administrativa, do prestígio político ou social, ou então se põe a perder todo o trabalho da Justiça Criminal por causa de leis malfeitas, cujas falhas ensejem os torneios de interpretações em que se empenham hábeis advogados, com justificado sucesso”.

Esse pensamento persiste e está confortado pela edição da lei sob análise.

A realidade tem mostrado que o pensamento do autor, embora manifestado mais de duas décadas atrás, permanece lúcido ainda nos dias atuais. Casos como os dos banqueiros Salvatore Cacciola e Daniel Dantas, proprietários, respectivamente, do banco Marka e do grupo Opportunity, e do empresário Pedro Paulo de Souza, ex-dono da falida construtora Encol, ilustram muito bem o que ora se defende. Esses exemplos tornaram-se célebres na história recente do país, ganhando espaço nas manchetes dos principais veículos de informação mundo afora.

2.1 Fundamento constitucional do dever de sigilo: a proteção à intimidade e à privacidade

Desde os primórdios da humanidade, a preservação de informações constituiu elemento indispensável ao desenvolvimento das atividades comerciais, propiciando a ampliação das relações negociais e o convívio pacífico dos indivíduos em sociedade. Com a expansão do comércio decorrente do advento do modo de produção capitalista, em meados do século XV, a necessidade de se estabelecerem regras claras e precisas para a restrição à publicidade das informações tornou-se premente, dando margem a uma paulatina substituição das normas consuetudinárias até então vigentes por leis específicas emanadas dos Estados em formação.

Atualmente, os avanços tecnológicos e a intensificação do processo de globalização da economia têm provocado, desde o século passado, um crescente estreitamento das relações entre o cidadão, o Fisco e as instituições financeiras, as quais se mostram cada vez mais presentes no cotidiano de seus clientes. Concomitantemente ao fortalecimento dessas relações, operou-se uma temerária concentração de poder por parte dos bancos e dos órgãos de administração fazendária, que possuem amplo acesso aos dados relativos à vida íntima dos contribuintes. Para coibir o mau uso dessas informações, criaram-se mecanismos hábeis a restringir sua divulgação.

O sigilo de dados, portanto, exsurge como poderoso instrumento de preservação da intimidade e da vida privada dos cidadãos, impedindo que seus segredos sejam devassados por quem não está autorizado a fazê-lo. Segundo a maioria da doutrina⁷, a expressão é abrangente e abarca tanto os dados bancários e fiscais, quanto os telefônicos e quaisquer outras informações codificadas eletronicamente, aptas a serem armazenadas em computadores ou outras máquinas. Trata-se de dever jurídico a ser observado por todas as entidades, públicas ou privadas, que tenham acesso aos dados relativos à vida e à imagem de seus clientes ou contribuintes.

Na atual ordem constitucional brasileira, o sigilo de dados foi erigido ao patamar de direito fundamental do cidadão. Em seu artigo 5º, XII, a Lei Maior de 1988 garante a inviolabilidade do sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, salvo, no último caso, por ordem judicial, nas hipóteses e na forma que a lei estabelecer para fins de investigação criminal ou

⁷ Fabiano Ferreira Furlan, Paulo Quezado e Rogério Lima, Ives Gandra da Silva Martins, Victor Emanuel Alves de Lara, Sérgio Carlos Covello, entre outros.

instrução processual penal. A interpretação desse dispositivo tem despertado profícua celeuma doutrinária e jurisprudencial, tendo em vista a obscuridade do texto ali inserido.

A discussão gira em torno de saber se o legislador constituinte desejava referir-se ao “sigilo de dados” ou ao “sigilo das comunicações de dados” e traz consigo inúmeras e relevantes conseqüências. Com efeito, caso se venha a entender que o termo protegido pela norma constitucional é o “sigilo de dados”, também se há de concluir ser ele inviolável, já que a única exceção à inviolabilidade albergada pelo dispositivo é quanto ao sigilo das comunicações telefônicas e, ainda assim, somente por ordem judicial e para fins de investigação criminal ou instrução processual penal.

O debate chegou ao Supremo Tribunal Federal pela primeira vez por meio de questão de ordem suscitada na Petição nº. 577/DF, cujo acórdão foi publicado no DOU em 23/04/1993. No julgamento, a maioria do tribunal, à exceção dos Ministros Marco Aurélio e Néri da Silveira, entendeu que a inviolabilidade referida no artigo 5º, XII da Carta Política era a do “sigilo das comunicações de dados”, estando o “sigilo de dados” sujeito à proteção estampada no artigo 5º, X, que tutela a intimidade, a vida privada, a honra e a imagem das pessoas.

O mesmo entendimento foi reproduzido no julgamento do MS nº. 21.729-4/DF, repetindo-se no MS nº. 23.452/RJ e nos RExt. nº. 219.780/PE e 418.416-8/SC. Em verdade, desde que a questão foi posta à apreciação da Corte Suprema, somente aqueles dois Ministros parecem ter interpretado o inciso XII do artigo 5º de forma a ver ali garantida a inviolabilidade do sigilo de dados. Todos os demais entenderam que o objeto de proteção do mencionado dispositivo constitucional é o processo de comunicação dos dados, e não os dados em si.

Segundo restou assentado reiteradas vezes pelo Supremo Tribunal Federal, o fundamento do direito ao sigilo de dados encontra guarida no artigo 5º, X da Carta da República. De fato, o entendimento em sentido contrário tornaria inviável qualquer investigação que reclamasse o acesso aos dados que, relativos à vida de uma pessoa, estivessem inseridos dentro de um computador. Dessa maneira, qualquer registro que fosse posto dentro desse meio tecnológico passaria a gozar do status de sigiloso e assumiria um sacrossanto manto de inviolabilidade.

Em sede doutrinária, valioso é o ensinamento de Fabiano Ferreira Furlan, que, seguindo a linha esposada pelo Supremo Tribunal Federal, sustenta que a indevassabilidade albergada pelo artigo 5º, XII é a da comunicação dos dados, enquanto a dos dados em si está prevista no artigo 5º, X. Eis uma síntese do entendimento perfilhado pelo autor (2008, p. 50):

Parece-me acertada a decisão do Supremo Tribunal Federal na hipótese, pois, como lembrou Baltazar Júnior, se o fundamento constitucional do sigilo bancário fosse mantido no inciso XII, por certo, haveria impossibilidade de sua quebra para fins extrapenais, uma vez que o referido inciso apenas se refere à relativização para fins de investigação criminal ou instrução processual penal (...).

O reconhecimento do sigilo de dados como um direito de matriz constitucional tem como consectário lógico sua inclusão no rol dos direitos fundamentais de primeira dimensão, que inclui os direitos civis e políticos clássicos, reconhecidos quando da eclosão da Revolução Francesa, em meados do século XVIII. Essa modalidade de sigilo constitui verdadeira espécie do direito individual à privacidade, estando inserida, portanto, no elenco de cláusulas pétreas estabelecido no artigo 60, § 4º, IV da CRFB/88.

Aliado à acepção do sigilo de dados como direito fundamental, erigiu-se uma posição⁸ no sentido de que seria ele, também, manifestação dos direitos da personalidade. Essa concepção traz em seu bojo importantes conseqüências, tendo em vista as peculiaridades de que se reveste essa gama de direitos. Ao se reconhecer o direito ao sigilo de dados como verdadeiro direito da personalidade, há de se lhe atribuir, entre outras características, a oponibilidade *erga omnes*, a generalidade, a extrapatrimonialidade, a indisponibilidade, a irrenunciabilidade, a imprescritibilidade e a impenhorabilidade.

Independentemente da classificação que se venha a adotar, é preciso reconhecer que o sigilo de dados não encerra em si um direito absoluto, insuscetível de sofrer quaisquer limitações. Quando o legislador constituinte garantiu, no artigo 5º, X da CRFB/88, a inviolabilidade do sigilo de dados, certamente não desejava erigi-lo a patamares inalcançáveis. O sopesamento dos direitos em litígio em cada caso concreto é que permitirá ao intérprete distinguir entre o devassamento do direito à privacidade,

⁸ STF, Pet. nº. 577 QO/DF, Relator Min. Carlos Velloso, DOU023/04/1993; STF, Inq. nº. 897 AgR/DF, Relator Min. Francisco Rezek, DOU 24/03/1995.

que, como qualquer outro direito de estatura constitucional, não pode servir de salvaguarda para a prática de atos ilícitos, e a proteção à vida íntima dos cidadãos.

2.2 Utilidade do afastamento do sigilo de dados para elucidação dos crimes de colarinho branco: o desmembramento de uma complexa teia de informações

Os crimes de colarinho branco, por sua própria natureza, envolvem a movimentação de uma alta soma de recursos financeiros, ocultados por meio de transações com uma falsa aparência de licitude. As condutas levadas a efeito pelos agentes da macrocriminalidade são praticadas por meio de uma estrutura organizacional extremamente dissimulada, constituída de operações contábeis e transações bancárias de embaraçosa identificação. A sofisticação e a complexidade dos meios adotados para a consecução desses delitos reivindicam, portanto, a adoção de medidas vigorosas por parte dos órgãos de persecução penal.

Tome-se como exemplo o tipo penal previsto no artigo 1º da Lei nº. 9.613/98, conhecido sob o *nomen iuris* de “lavagem de dinheiro”. Como o próprio nome já sugere, trata-se de delito no qual o agente busca valer-se de diversos institutos jurídicos para garantir o uso tranqüilo de recursos ganhos ilegalmente, por meio de sua conversão em formas lícitas de acumulação de riquezas. É o que ocorre quando os narcotraficantes, na tentativa de justificar o acréscimo repentino de seu patrimônio, adquirem empresas dos mais diversos ramos do comércio e passam a dissimular ali o exercício de uma atividade lucrativa.

Por meio do branqueamento de capitais, eles promovem a separação física entre o ativo ilícito e o comércio ilegal de drogas, infiltram o dinheiro sujo em alguma atividade comercial e, assim, conseguem fruir do produto do crime sem despertar suspeitas, conferindo uma falsa aparência de licitude aos recursos oriundos do narcotráfico. Para desvendar esse engenhoso esquema de reciclagem de ativos e impedir a impunidade daqueles que dele se beneficiam, a Polícia, o Ministério Público e o Poder Judiciário utilizam as mais diversas técnicas de investigação, entre elas a quebra de sigilo de dados.

Afastando-se o sigilo bancário da empresa adquirida pelos narcotraficantes, pode-se ter acesso à soma dos valores levados a crédito e a débito do empreendimento e, em seguida, cotejá-la com a importância declarada em Imposto de Renda e apresentada ao órgão fazendário estadual a título de notas fiscais. Havendo incompatibilidade entre

as quantias comparadas, há de se concluir pela utilização do negócio para fins de branqueamento de capitais.

Muitas vezes, a distinção entre o saldo credor das contas bancárias e a situação declarada junto ao Fisco é gritante e não deixa margem a dúvidas. Outras, faz-se necessário aprofundar as investigações para rastrear o caminho percorrido pelo ativo ilícito e visualizar com clareza a destinação que lhe foi conferida. Em qualquer dessas hipóteses, todavia, o afastamento do sigilo de dados constitui importante ferramenta de investigação, juntamente com a interceptação telefônica e a cooperação jurídica internacional, nos delitos cuja consumação ultrapassa as fronteiras brasileiras.

A Lei Complementar nº. 105/01, que dispõe sobre o sigilo das operações de instituições financeiras, elencou, em seu artigo 1º, § 4º, o rol exemplificativo de infrações que autorizam a quebra de sigilo bancário, em qualquer fase do inquérito ou do processo judicial. Entre elas, destacam-se o tráfico ilícito de substâncias entorpecentes e drogas afins, os crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a Administração Pública e contra a ordem tributária e a previdência social, a lavagem de dinheiro e os delitos praticados por organização criminosa.

Os critérios empregados pelo legislador para a seleção desses ilícitos foram diversos: para alguns, como o tráfico de drogas, a gravidade; para outros, como os delitos de colarinho branco, a estreita conexão com os serviços prestados pelas instituições financeiras. Seja qual for o delito investigado, o artigo 3º daquele diploma determina que os inquéritos e os processos judiciais onde houver sido decretada a quebra terão preservado o seu caráter sigiloso, mediante acesso restrito às partes. Estas, por sua vez, não poderão servir-se das informações adquiridas por meio do expediente para fins estranhos à lide.

Se, de um lado, o sigilo de dados consubstancia relevante fator de concretização do direito à privacidade, de outro, é diuturnamente utilizado para a blindagem da criminalidade econômica. O quadro de impunidade decorrente dessa e de outras vicissitudes do Estado foi retratado pela Revista *Veja*⁹, que, em edição de Maio/2005, veiculou reportagem intitulada “Corruptos: estamos perdendo a guerra contra essa praga”. Fabiano Ferreira Furlan transcreveu trecho do informe (2008, p. 146-147):

⁹ Edição de 25 maio 2005, p.36-53.

No ranking que acaba de ser divulgado pelo Banco Mundial, o país aparece com 53,2 pontos na escala de controle de corrupção, que vai de zero a 100 [...] A corrupção – endêmica, histórica e resistente – custa caro aos brasileiros. Um estudo da Fundação Getúlio Vargas (FGV) feito pelo economista Marcos Fernandes concluiu que o país perde de 3% a 5% de seu PIB graças à disseminação de práticas como pagamento de propinas e licitações com cartas marcadas. [...] “A corrupção afugenta investimentos nacionais e estrangeiros”, afirma Fernandes. [...] Cada real tragado pelo ralo da corrupção é um dinheiro que deixa de ser gasto na merenda escolar, na compra de remédios para os pobres, na melhoria das estradas, enfim, no desenvolvimento social e físico do país. [...] Desde a década de 80, países desenvolvidos discutem como adaptar a legislação criminal às novas práticas de desvio de recursos públicos, como a remessa ilegal de dinheiro para o exterior e sua camuflagem em empresas *off-shore*. No Brasil, essa preocupação surgiu há pouquíssimo tempo: só em 2001 se conseguiu, por exemplo, flexibilizar as regras para a quebra de sigilo bancário – ferramenta fundamental para esclarecer casos como os de enriquecimento ilícito e lavagem de dinheiro (...).

Embora a reportagem tenha se limitado a fazer referência à impunidade na prática de corrupção, há de se reconhecer que a ausência de efetividade no exercício do poder de punir do Estado também se faz presente de maneira contumaz nos demais delitos que integram a criminalidade econômica, como a lavagem de dinheiro, a evasão de divisas e a sonegação fiscal. A mudança desse lamentável panorama acontece a passos lentos e reclama, entre inúmeras outras medidas, o aprimoramento do sistema de sigilos vigente no ordenamento jurídico brasileiro.

Com efeito, o sigilo de dados, erigido pela Carta Política de 1988 ao patamar de direito fundamental do cidadão, não pode ganhar ares de invencibilidade, de forma a servir de salvo-conduto para o cometimento de crimes extremamente danosos para a ordem econômica nacional. Nesse sentido, o fortalecimento das instituições democráticas exerce papel meridional para garantir que a flexibilização do sigilo de dados ocorra em consonância com os ditames legais e constitucionais, nas estreitas hipóteses ali admitidas.

2.3 Critérios para o deferimento de quebra: da competência para decretação à observância dos princípios processuais constitucionais

Em linha de princípio, importa comentar sobre o rol de delitos previsto no artigo 1º, § 4º da Lei Complementar nº. 105/01. Conforme já explanado no tópico anterior, ao utilizar a expressão “e especialmente nos seguintes crimes”, o legislador deixou clara sua opção de estabelecer uma relação meramente enunciativa dos crimes cuja investigação poderá redundar na quebra de sigilo bancário. Assim, tal sigilo poderá ser afastado para apuração de qualquer ilícito, não apenas daqueles ali elencados, desde

que haja relevante razão que justifique a adoção da medida e a decisão seja proferida por quem de direito.

As infrações que autorizam de maneira especial a quebra de sigilo bancário, eis que expressamente catalogadas no mencionado dispositivo legal, são as seguintes: terrorismo; tráfico ilícito de entorpecentes ou drogas afins; contrabando ou tráfico de armas, munições ou material destinado a sua produção; extorsão mediante seqüestro; crimes contra o sistema financeiro nacional, contra a Administração Pública e contra a ordem tributária e a previdência social; lavagem de dinheiro ou ocultação de bens, direitos e valores e delitos praticados por organização criminosa.

De acordo com a categórica dicção dos artigos 3º e 4º, § 1º da LC nº. 105/01, somente o Poder Judiciário e as Comissões Parlamentares de Inquérito estão autorizadas a decretar a quebra de sigilo bancário de seus investigados. A autorização conferida às CPI's decorre diretamente do mandamento insculpido no artigo 58, § 3º da Constituição Federal, segundo o qual elas serão dotadas de poderes de investigação próprios da autoridade judicial.

Fora dessas hipóteses legais, a doutrina discute a possibilidade de se conferir legitimidade também para o Ministério Público, que, na qualidade de destinatário final das investigações e titular da ação penal pública, deve imbuir-se de poderes suficientes para garantir sua efetividade, quando demonstrada a escorreita necessidade de adoção da medida para o esclarecimento dos delitos que constituem objeto de apuração. A matéria é bastante controvertida e será analisada em tópico próprio deste trabalho.

O Supremo Tribunal Federal já decidiu¹⁰ que a determinação sobre a quebra, proferida pela autoridade judiciária competente, previne a competência para o processo e julgamento de uma futura ação penal, caso esta venha a ser instaurada. Por outro lado, a doutrina, aqui representada por José Paulo Baltazar Júnior (2005, p. 134) manifesta-se no sentido de que a autorização para a decretação de quebra prolatada por juiz incompetente não acarreta a nulidade da prova dela decorrente, quando o quadro fático presente no momento da decisão fizesse crer ser o magistrado competente para a prática do ato.

¹⁰ STF, HC nº. 80.717/SP, Relator Min. Sepúlveda Pertence, Tribunal Pleno, Julgamento em 13/06/2001, DOU 05/03/2004.

É o caso, por exemplo, do afastamento de sigilo determinado por um juiz federal para apuração do crime de tráfico internacional de drogas, quando, ao final das investigações, constata-se tão-somente a existência de tráfico interno de substância entorpecente. Embora, ante a ausência de internacionalidade do delito, tenha falecido a competência da Justiça Federal para processar e julgar o feito, a prova produzida por ocasião do afastamento do sigilo poderá ser utilizada no juízo comum do Estado onde ele passar a tramitar.

Além do requisito da competência, é necessário que o pedido de quebra seja respaldado pela demonstração de justa causa. No âmbito cível, em que também é possível a adoção da medida, essa exigência é satisfeita mediante a comprovação de que não há outros meios de prova idôneos a atestar o que se alega. Na seara criminal, a justa causa consubstancia-se na existência de um mínimo substrato probatório a apontar para a autoria e a materialidade de ilícito penal.

Se a indispensabilidade do afastamento do sigilo constitui exigência no âmbito cível, com muito mais razão há de sê-lo no criminal, em homenagem ao princípio da proibição do excesso e ao caráter de *ultima ratio* deste ramo jurídico. Assim, a decretação da quebra somente deverá ser ordenada quando inexisterem meios menos gravosos para a obtenção do resultado pretendido, evitando-se o desnecessário devassamento da vida íntima e da privacidade do sujeito contra o qual recair a medida.

O pleito, que na seara penal costuma ser formulado pelo delegado de polícia ou pelo membro do Ministério Público, deve conter a individualização do objeto e do sujeito que serão alvos da medida. Nesse sentido, não se admite o chamado “*fishing expedition*”, que é o pedido genérico de quebra de sigilo, feito com base em mera suposição e ao alvedrio daquelas autoridades. Apesar da necessidade de identificação do objeto e do sujeito a serem investigados, verifica-se que, na prática, a apuração muitas vezes ainda não permite inferir a real extensão da conduta criminosa e de seus envolvidos.

Dessa maneira, cabe à autoridade judiciária que proferir decisão a respeito utilizar-se da razoabilidade para aceitar, ou não, a identificação parcial daqueles elementos, de forma a não inviabilizar a apuração dos fatos em toda a sua dimensão. Ao prolatar a decisão, faz-se mister que o magistrado decline os motivos que o levaram a formar seu convencimento, o que se dá, em última análise, em virtude do dever de

fundamentação inerente à própria função jurisdicional, *ex vi* do disposto no artigo 93, IX da CRFB/88.

A decisão deverá ainda especificar o lapso temporal a ser abarcado pela perscrutação do sigilo de dados da pessoa investigada, o que será definido conforme as peculiaridades do caso concreto e a complexidade da apuração. Na maior parte das vezes, entretanto, o juiz emite despacho determinando que tal informação seja prestada pela autoridade que a requereu, seja o membro do *Parquet*, seja o delegado de polícia.

É importante, ademais, que se estabeleça um prazo para o cumprimento da diligência, inclusive para fins de incidência do disposto no artigo 10, parágrafo único da LC nº. 105/01, que tipifica como crime a conduta de retardar injustificadamente as informações requestadas e comina pena de um a quatro anos, além de multa. Prestadas referidas informações, o inquérito ou o processo judicial passarão a tramitar em segredo de justiça e serão acessados somente pelas partes, as quais não poderão delas se utilizar para atender a finalidades estranhas à lide.

Durante todo o período de produção de provas, as garantias constitucionais que regem o processo terão de ser rigorosamente observadas. Nessa esteira, as autoridades responsáveis pela persecução penal deverão obediência, entre outros mandamentos de otimização, ao devido processo legal, em seus aspectos formal e material, ao contraditório, ainda que diferido ou adiado, e à ampla defesa, que também poderá ser retardada para momento posterior ao ato de quebra. Esses princípios, por expressa determinação do artigo 5º, LIV e LV da Lei Maior, nenhum processo judicial ou administrativo pode se furtar a respeitar.

2.4 Possibilidade de quebra direta pelo Ministério Público: garantia de efetividade do processo ou ofensa ao devido processo legal?

O artigo 127 da Constituição Federal de 1988 define o Ministério Público como instituição permanente e essencial à função jurisdicional do Estado, encarregando-lhe de defender a ordem jurídica, o regime democrático e os interesses sociais e individuais indisponíveis. Entre as funções atribuídas ao *Parquet* pelo texto constitucional, encontra-se a competência para promover privativamente a ação penal pública e requisitar a realização de diligências investigatórias e a instauração de inquérito policial, indicados os fundamentos jurídicos de suas manifestações processuais.

Em virtude da extensa gama de atribuições de natureza penal conferida ao órgão ministerial, há um respeitável setor da doutrina¹¹ que defende a possibilidade de ele vir a requisitar diretamente documentos e informações amparados pelo sigilo de dados, sem a necessidade de prévia autorização judicial nesse sentido. Segundo essa corrente doutrinária, o membro do Ministério Público, no exercício de suas funções institucionais, deve gozar de amplos poderes para garantir a efetividade da prestação jurisdicional. Todos os entraves à concretização desse mister teriam de ser sumariamente eliminados.

O artigo 6º, XVIII, a da Lei Complementar nº. 75/93 (Lei Orgânica do Ministério Público da União) determina expressamente que compete ao Ministério Público da União representar ao órgão judicial competente pela quebra de sigilo da correspondência e das comunicações telegráficas, de dados e das comunicações telefônicas, para fins de investigação criminal ou instrução processual penal, bem como manifestar-se sobre representação a ele dirigida para os mesmos fins. A redação conferida ao dispositivo é cristalina e não parece deixar qualquer margem a dúvidas.

Aos que se filiam àquela corrente de pensamento, entretanto, esse artigo de lei apenas assentou a possibilidade suplementar de o *Parquet* optar pela formulação de pedido à autoridade judicial, sem querer significar que ele não poderia fazê-lo diretamente à instituição detentora da informação sigilosa. Ainda se vai além: afirma-se que esse entendimento aplicar-se-ia também ao Ministério Público dos Estados, pois o artigo 80 da Lei nº. 8.625/93 (Lei Orgânica Nacional do Ministério Público) estabelece o emprego subsidiário da LC nº. 75/93 aos Estados da federação, quando verificada a devida compatibilidade.

A outra linha de argumentação¹², que se nos afigura muito mais razoável, defende que, em se tratando de hipótese excepcional ao direito fundamental à privacidade, a decretação do afastamento do sigilo de dados pelo membro do Ministério Público exigiria uma previsão expressa no texto constitucional, pois as cláusulas limitadoras de direitos fundamentais não comportam interpretação extensiva. Ademais, o princípio da paridade de armas, projeção do princípio da igualdade no processo,

¹¹ Américo Bedê Freire Júnior, Denílson Feitoza Pacheco, Márcia Haydée Porto de Carvalho, Fabiano Ferreira Furlan, entre outros.

¹² Misabel Abreu Machado Derzi, Sacha Calmon Navarro Coelho, Juliana Garcia Belloque, Marcela Lima Rocha, Técio Lins e Silva, Juarez Tavares, entre outros.

impediria que o órgão ministerial, na qualidade de parte do processo penal, viesse a acumular poderes não outorgados ao lado contrário.

Esse foi o entendimento esposado pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº. 215.301/CE, cujo acórdão foi publicado no DOU de 28/05/1999. Tal posicionamento veio a ser ratificado pela Corte Suprema por ocasião da Petição em AgR/RS nº. 2790, publicada em 11/04/2003, e restou assentado também pelo Superior Tribunal de Justiça¹³. As cortes superiores do país posicionaram-se, em nossa opinião acertadamente, no sentido de que, em virtude de todos os argumentos ora apresentados, a quebra direta do sigilo de dados pelo Ministério Público levaria invariavelmente à violação do devido processo legal.

Levando-se em consideração os recentes escândalos envolvendo quebras ilegais de sigilo, a exemplo daqueles relacionados ao caseiro Francenildo Santos Costa e à empresária Verônica Serra, impende reconhecer que a adoção de medida tão invasiva à privacidade do cidadão requer efetivamente um rigoroso controle por parte do Poder Judiciário, único a possuir a imparcialidade e a equidistância necessárias ao sopesamento dos interesses em conflito.

3 AS MEDIDAS CAUTELARES PATRIMONIAIS

¹³ STJ, RMS nº. 17.249/RJ, Relator Min. Paulo Medina, Sexta Turma, Julgamento em 04/04/2006, DOU 12/06/2006; STJ, HC nº. 24.577/PE, Relator Min. Paulo Medina, Sexta Turma, Julgamento em 19/12/2003, DOU 01/03/2004; STJ, HC nº. 2.352/RJ, Relator Min. Assis Toledo, Quinta Turma, Julgamento em 13/04/1994, DOU 09/05/1994.

3.1 Importância da tutela cautelar para a reparação do dano patrimonial causado pela criminalidade de colarinho branco

A demora na entrega da prestação jurisdicional pode causar males irreversíveis para as partes que litigam em juízo, fazendo perecer o direito por elas discutido. Se, por um lado, o tempo é necessário à reconstituição dos fatos e ao cumprimento das garantias processuais asseguradas constitucionalmente, por outro, ele é capaz de comprometer sensivelmente a utilidade e a efetividade do processo, impedindo a concretização das finalidades sociais, políticas e jurídicas a que este se destina.

Em um processo tido por ideal, a lide seria solucionada no mesmo estado fático em que se encontrava quando posta em juízo, de modo a garantir que o titular do direito debatido obtivesse, desde logo, a resposta desejada do órgão jurisdicional. O cotidiano forense, todavia, põe à mostra uma realidade diametralmente distinta da que se cogita no plano ideal, que se torna utópico e até quimérico quando confrontado com a realidade presente na justiça brasileira. Apesar dos avanços provocados pela Emenda Constitucional nº. 45/04 e pela virtualização dos processos, um longo caminho ainda há de ser percorrido até que se atinja algo próximo ao que se idealiza.

No intuito de amenizar os efeitos deletérios que o tempo pode produzir no processo e em seus resultados, a ordem jurídica desenvolveu diversos mecanismos que procuram garantir a conservação do direito material pleiteado, evitando sua deterioração ou perecimento. Entre os instrumentos postos à disposição do jurisdicionado para o combate aos danos causados pela demora excessiva do processo, a tutela cautelar ocupa posição fundamental. É ela modalidade de tutela jurisdicional que se destina a garantir o resultado útil e eficiente de um processo de conhecimento ou de execução.

Com efeito, a finalidade da tutela cautelar não é realizar o direito em si, tampouco fazer justiça, pois isso já deverá ser assegurado no bojo do processo principal. O que se busca por meio da função cautelar é garantir que aquele direito seja realizado oportunamente, bem como que a sobredita justiça tenha tempo para ser concretizada, uma vez que de nada adiantaria assegurar o acesso à jurisdição se o processo dali resultante não fosse útil e eficaz. Na tentativa de se evitar o mal da demora, todavia, corre-se o risco de não se decidir tão bem como se poderia fazer após um amplo procedimento em contraditório.

No processo penal, em que a resposta oferecida pelo Estado-juiz pode levar à supressão da liberdade de locomoção do indivíduo, os riscos proporcionados por uma tutela cautelar desastrosa tornam-se sobremaneira exacerbados. Por esse motivo, a segregação cautelar do acusado somente se justifica quando presente alguma das condições expressas no artigo 312 do Código de Processo Penal: além do *fumus commissi delicti* e do *periculum libertatis*, é preciso que reste demonstrada a necessidade de garantia da ordem pública ou da ordem econômica, a conveniência da medida para a instrução criminal ou sua indispensabilidade para assegurar a aplicação da lei penal.

Ao lado da prisão cautelar, o processo penal brasileiro alberga outras medidas da mesma natureza que visam a garantir a reparação patrimonial do dano causado pelo delito. Explica-se: embora a obrigação de indenizar constitua efeito natural da condenação criminal¹⁴, situações há em que não se pode esperar a sentença penal condenatória para que se busque a recuperação do patrimônio conquistado em decorrência da prática criminosa. Para impedir que o produto do crime seja dilapidado ou dispersado em meio a “laranjas” e atividades ocultas, deve-se lançar mão das medidas assecuratórias de que trata o Capítulo VI do Diploma Processual Penal.

Durante a persecução penal por um crime de colarinho branco, as providências acautelatórias patrimoniais podem constituir-se em instrumento valioso de garantia da efetividade de uma futura sentença penal condenatória. Isso porque a criminalidade econômica costuma movimentar uma elevadíssima soma de recursos financeiros, os quais são distribuídos, camuflados e dissimulados de maneira tão rápida e engenhosa que, muitas vezes, acabam por se perder em meio às riquezas lícitamente produzidas nas diversas atividades econômicas desenvolvidas país afora.

Quando o provimento jurisdicional final é prolatado, e a sentença penal condenatória transita em julgado, ganhando aptidão para produzir seus regulares efeitos, o agente da macrocriminalidade já dispôs de tempo suficiente para dispersar o

¹⁴ Art. 91, CP - São efeitos da condenação:

I - tornar certa a obrigação de indenizar o dano causado pelo crime;

II - a perda em favor da União, ressalvado o direito do lesado ou de terceiro de boa-fé:

a) dos instrumentos do crime, desde que consistam em coisas cujo fabrico, alienação, uso, porte ou detenção constitua fato ilícito;

b) do produto do crime ou de qualquer bem ou valor que constitua proveito auferido pelo agente com a prática do fato criminoso.

patrimônio amealhado em virtude da atividade ilícita. A adoção de medidas cautelares nos processos em que se investiga um crime de colarinho branco guarda, portanto, perfeita sintonia com a famigerada cifra negra que o caracteriza.

Conforme já registrado nos capítulos anteriores deste trabalho, o refinamento das ações da macrocriminalidade, aliado a seu elevado grau de lesividade social e à abundância de riquezas delas resultantes, desafia a adoção de medidas repressivas igualmente sofisticadas e astuciosas. Conferindo-se aos órgãos de persecução penal os instrumentos legais necessários à recuperação dos ativos ilícitos, rompe-se a intrincada cadeia produtiva formada pelos delinquentes econômicos, a qual, além de ocultar e multiplicar os recursos oriundos da prática criminosa, visa a tornar possível seu desfrute tranqüilo.

Diante disso, na investigação que tiver por objeto um crime de colarinho branco, tão logo se descubra a existência de bens adquiridos em decorrência dele, ressalvada a possibilidade de busca e apreensão¹⁵, há de se requerer alguma das medidas assecuratórias previstas no Capítulo VI do Código de Processo Penal, quais sejam: o seqüestro de bens imóveis (artigos 125 a 131); o seqüestro de bens móveis (artigo 132); o registro da hipoteca legal (artigos 134 e 135); o arresto de bens imóveis prévio à hipoteca legal (artigo 136) ou o arresto subsidiário de bens móveis (artigo 137).

Caso o delito investigado seja a lavagem de capitais, abre-se ainda a possibilidade de se adotarem as medidas assecuratórias previstas no artigo 4º da Lei de Lavagem (Lei nº. 9.613/98): a apreensão e o seqüestro dos bens oriundos do crime antecedente ou da própria reciclagem. Para que qualquer dessas medidas venha a ser aplicada, entretanto, é necessária a clara demonstração do binômio, também presente no processo civil, do *fumus boni juris* e do *periculum in mora*. O primeiro consubstancia-se

¹⁵ Art. 240. A busca será domiciliar ou pessoal.

§ 1º Proceder-se-á à busca domiciliar, quando fundadas razões a autorizarem, para:

- a) prender criminosos;
- b) apreender coisas achadas ou obtidas por meios criminosos;
- c) apreender instrumentos de falsificação ou de contrafação e objetos falsificados ou contrafeitos;
- d) apreender armas e munições, instrumentos utilizados na prática de crime ou destinados a fim delituoso;
- e) descobrir objetos necessários à prova de infração ou à defesa do réu;
- f) apreender cartas, abertas ou não, destinadas ao acusado ou em seu poder, quando haja suspeita de que o conhecimento do seu conteúdo possa ser útil à elucidação do fato;
- g) apreender pessoas vítimas de crimes;
- h) colher qualquer elemento de convicção.

§ 2º Proceder-se-á à busca pessoal quando houver fundada suspeita de que alguém oculte consigo arma proibida ou objetos mencionados nas letras *b* a *f* e letra *h* do parágrafo anterior.

na existência de indícios suficientes de autoria e prova da materialidade; o segundo, no risco de perda da efetividade do processo causada por sua demora excessiva.

3.2 Espécies de medidas cautelares patrimoniais: o seqüestro, o registro da hipoteca legal e o arresto

No sistema processual penal brasileiro, diversamente do que ocorre no processo civil, a tutela cautelar não é prestada por meio de um processo autônomo, acessório ao processo principal instaurado para solucionar a lide. Quando se deseja obter um provimento acautelatório, postula-se a medida mediante simples requerimento, no mesmo *iter* procedimental em que o crime é apurado. Há, apenas, medidas cautelares, pessoais ou patrimoniais, que funcionam como simples incidentes nascidos no curso da relação processual.

Outra peculiaridade ínsita à tutela processual penal cautelar é a tipicidade. Em decorrência do princípio da legalidade (artigo 5º, XXXIX da CF/88), o magistrado não pode, amparado em seu poder geral de cautela, conceder medidas cautelares atípicas, que não se encontrem inseridas no diminuto rol previsto na legislação processual. Existem hipóteses legais, como na prisão preventiva (artigo 311 do CPP) e no seqüestro de bens imóveis (artigo 127 do CPP), em que se permite a decretação de medidas cautelares de ofício, mas não há previsão que autorize o juiz a ordenar o cumprimento de uma medida cautelar fora dos casos vaticinados na lei.

Com base nessas premissas é que se discute a constitucionalidade do chamado “bloqueio de contas” ou “bloqueio de ativos financeiros”. As medidas cautelares típicas, previstas pelo legislador ordinário e reguladas de maneira confusa no Código de Processo Penal brasileiro, foram o seqüestro de bens imóveis (artigos 125 a 131); o seqüestro de bens móveis (artigo 132); o registro da hipoteca legal (artigos 134 e 135); o arresto de bens imóveis prévio à hipoteca legal (artigo 136) e o arresto subsidiário de bens móveis (artigo 137).

Além dessas, há as medidas assecuratórias específicas da Lei nº. 9.613/98 (Lei de Lavagem de Dinheiro), quais sejam: a apreensão e o seqüestro. É bem verdade que a Lei de Improbidade Administrativa faz referência ao “bloqueio de bens, contas bancárias e aplicações financeiras mantidas pelo indiciado no exterior, nos termos da lei e dos tratados internacionais”¹⁶. Tal previsão, todavia, não pode ser estendida para a

¹⁶ Artigo 16, § 2º da Lei nº. 8.429/92.

seara processual penal, mormente porque a natureza cível da ação de improbidade administrativa já se encontra plenamente reconhecida pela doutrina e pela jurisprudência pátrias, em consonância com a previsão insculpida no artigo 37, § 4º da CRFB/88¹⁷.

Assim, por ausência de amparo legal no âmbito do processo penal, uma parte da doutrina defende que não se poderia incluir o bloqueio de contas como espécie de medida cautelar patrimonial¹⁸. Manifestando-se a respeito, a nosso ver apropriadamente, o Superior Tribunal de Justiça já entendeu que, em se tratando do crime de lavagem de dinheiro, “a medida assecuratória de bloqueio dos valores da conta corrente e do contrato de câmbio da empresa recorrente antes mesmo de instaurado o inquérito policial é legítima”¹⁹.

Antes de se proceder à análise detalhada de cada uma das medidas assecuratórias disciplinadas pela Lei Adjetiva Penal, cumpre traçar uma breve distinção entre o arresto e o seqüestro no processo criminal. O primeiro é medida constrictiva que visa a garantir que parte do patrimônio do acusado seja reservada para a reparação do dano causado pelo crime. Sendo assim, não comporta preferência de bens, podendo incidir sobre quase todo objeto pertencente ao investigado ou acusado, com as exceções que serão abordadas adiante. O seqüestro, por sua vez, é a apreensão do produto do crime, devendo ter por objeto, portanto, coisa certa, específica e determinada.

No que se refere ao seqüestro de bens imóveis, uma das cautelares previstas no Diploma Processual Penal (artigos 125 a 131), importa ressaltar a indeclinável necessidade de que os bens imóveis a serem objeto da medida sejam produto direto ou indireto do crime. Jamais se poderão seqüestrar bens que, mesmo sendo integrantes do patrimônio ilícito do acusado, tenham sido adquiridos mediante a prática de delito diverso daquele que está sendo investigado no inquérito ou na ação penal em que a medida foi requerida.

¹⁷ Art. 37. A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 4º - Os atos de improbidade administrativa importarão a suspensão dos direitos políticos, a perda da função pública, a indisponibilidade dos bens e o ressarcimento ao erário, na forma e gradação previstas em lei, sem prejuízo da ação penal cabível.

¹⁸ Nesse sentido, Gustavo Henrique Righi Ivahy Badaró.

¹⁹ STJ, RMS nº. 17.225/MG, Quinta Turma, Relator Ministro Gilson Dipp, Julgamento em 17/11/2005.

O requisito específico a ser observado é, nos termos do artigo 126 do CPP, a existência de indícios veementes acerca da proveniência ilícita dos bens. A medida poderá ser requerida tanto durante a ação penal, quanto na fase do inquérito policial, desde que as investigações já estejam maduras a ponto de possibilitarem a constatação de que os mencionados “indícios veementes” encontram-se presentes. Possuem legitimidade para pleiteá-la o Ministério Público, a autoridade policial e até o ofendido, além do próprio juiz, que pode decretá-la de ofício, nos termos do artigo 127 daquele diploma.

O seqüestro de bens móveis, a segunda das cautelares reguladas pelo CPP, segue o mesmo regime do seqüestro de bens imóveis, porém com uma particularidade: de acordo com a redação do artigo 132, ele somente poderá ser concedido quando não for cabível a busca e apreensão. Essa condição restringe sobremaneira o âmbito de aplicabilidade dessa medida cautelar, pois a busca e apreensão possui um vastíssimo campo de incidência, podendo ser utilizada para, entre outras hipóteses, capturar coisas achadas ou obtidas por meios criminosos, apreender instrumentos utilizados na prática do crime ou que sejam destinados a fim delituoso e colher qualquer elemento de convicção²⁰.

A hipoteca legal é espécie de direito real sobre coisa alheia prevista no artigo 1.489, III do Código Civil e deverá ser concedida ao ofendido, ou aos seus herdeiros, sobre imóveis do delinqüente, para satisfação do dano causado pelo delito e pagamento das despesas judiciais. Por se tratar de direito decorrente da lei civil, não cabe enquadrá-la como medida assecuratória processual penal. Em verdade, o objeto da tutela cautelar criminal consiste no registro da hipoteca legal, e não nela em si.

A medida poderá ser requerida pelo ofendido em qualquer fase do processo, desde que haja certeza da infração e indícios suficientes da autoria. Inicialmente, estima-se o valor da responsabilidade, ou seja, o total do dano causado pela conduta criminosa. Em seguida, indica-se o bem ou os bens imóveis sobre os quais recairá a constrição. Nomeado o perito e feita a avaliação, as partes serão ouvidas, o juiz penal proferirá a decisão e só então a hipoteca legal será registrada no cartório de registro de imóveis competente.

Como a finalidade da hipoteca legal é resguardar parte do patrimônio do acusado para garantir a reparação do dano causado pelo crime, o valor dos bens não

²⁰ Artigo 240, § 1º e alíneas do Código de Processo Penal.

poderá exorbitar ao prejuízo decorrente do delito. Nas situações em que houver temor de que o patrimônio do réu seja dilapidado antes do registro da medida constritiva, pode-se utilizar a quarta modalidade de cautelar elencada no Diploma Processual Penal: o arresto de bens imóveis, prévio à hipoteca legal.

Diferentemente do seqüestro, o arresto dos bens imóveis, prévio ao registro da hipoteca legal, poderá inclusive recair sobre o patrimônio lícito do acusado, não tendo sua incidência limitada aos bens de origem ilícita que resultaram do crime investigado. Como se trata de uma cautelar provisória, que se presta a garantir a efetividade de outra medida assecuratória, o artigo 136 do CPP estabelece um prazo de quinze dias para sua duração, após o qual o arresto será revogado caso não seja promovido o processo de registro da hipoteca legal.

Por derradeiro, o artigo 137 do Código de Processo Penal disciplina o arresto subsidiário, incidente sobre os bens móveis do acusado. Essa espécie de medida cautelar segue o mesmo regramento do arresto prévio ao registro da hipoteca legal, possuindo, entretanto, um requisito específico: a tutela somente haverá de ser concedida quando o acusado não possuir bens imóveis, ou os possuir em valor insuficiente. Caso contrário, a medida acautelatória a ser tomada será o seqüestro de bens imóveis, o arresto prévio à hipoteca legal ou o registro da hipoteca legal.

Segundo ensina Gustavo Henrique Badaró (2008, p. 196), esse arresto subsidiário não poderá incidir sobre bens móveis insuscetíveis de penhora, como aqueles inseridos no rol do artigo 649 do Código de Processo Civil. A proteção conferida ao bem de família, a seu turno, por expressa autorização do artigo 3º, VI da Lei nº. 8.009/90, poderá ser afastada quando o bem imóvel tiver sido adquirido com produto do crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens.

Após o estudo das medidas cautelares aplicáveis ao processo penal, chega-se, irremediavelmente, a uma conclusão: o regramento dado à matéria pelo Código de Ritos é sobremaneira confuso e muito aquém do que o instituto mereceria, dada sua inquestionável relevância. A consequência natural dessa constatação é a pouca utilização prática dessa modalidade de tutela, que acaba restando preterida pela busca e apreensão, meio de prova regulado de maneira bem mais simplificada e abrangente pelo Capítulo XI (“Da Busca e da Apreensão”) do Título VII (“Da Prova”) da Lei Adjetiva.

3.3 Medidas assecuratórias previstas na Lei nº. 9.613/98: a apreensão e o seqüestro dos bens, direitos ou valores objeto do crime de lavagem de capitais

A preocupação em impedir que o delinqüente viesse a desfrutar impunemente dos recursos resultantes da lavagem de dinheiro induziu o legislador a criar espécies de medidas assecuratórias especificamente aplicáveis àquele tipo penal. Perseguindo esse desiderato, o artigo 4º da Lei nº. 9.613/98 confere autorização a que o juiz, de ofício ou a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, promova a decretação de apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores objeto da reciclagem de ativos. Eis a redação do dispositivo:

Art. 4º O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público, ou representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes, poderá decretar, no curso do inquérito ou da ação penal, a apreensão ou o seqüestro de bens, direitos ou valores do acusado, ou existentes em seu nome, objeto dos crimes previstos nesta Lei, procedendo-se na forma dos [arts. 125 a 144 do Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941 - Código de Processo Penal](#).

§ 1º As medidas assecuratórias previstas neste artigo serão levantadas se a ação penal não for iniciada no prazo de cento e vinte dias, contados da data em que ficar concluída a diligência.

§ 2º O juiz determinará a liberação dos bens, direitos e valores apreendidos ou seqüestrados quando comprovada a licitude de sua origem.

§ 3º Nenhum pedido de restituição será conhecido sem o comparecimento pessoal do acusado, podendo o juiz determinar a prática de atos necessários à conservação de bens, direitos ou valores, nos casos do [art. 366 do Código de Processo Penal](#).

§ 4º A ordem de prisão de pessoas ou da apreensão ou seqüestro de bens, direitos ou valores, poderá ser suspensa pelo juiz, ouvido o Ministério Público, quando a sua execução imediata possa comprometer as investigações.

Para a concretização dessas medidas acautelatórias, o legislador fez referência à demonstração de “indícios suficientes”. Em se tratando de substantivo carente de complementação, indaga-se: quais indícios afiguram-se necessários para que a tutela seja legitimamente deferida? A exigência estende-se à existência do crime antecedente e à sua autoria? O pedido deverá declinar os bens a serem objeto da constrição? Respondendo a tais questionamentos, leciona Marco Antonio de Barros (2007, p. 221):

Desta forma, a lei autoriza a ordem judicial de apreensão, seqüestro ou arresto de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em seu nome, desde que existam indícios suficientes: a) da ocorrência de um crime antecedente; b) da existência de bens, direitos e valores, que sejam provenientes, direta ou indiretamente desse crime antecedente e cuja natureza, origem, localização, disposição, movimentação ou propriedade tenham sido ocultadas ou dissimuladas ou tentadas a ocultação ou

dissimulação; c) da autoria do crime de lavagem. Não há necessidade de se demonstrar os indícios da autoria do crime antecedente, pois somente são exigidos indícios suficientes da existência do crime básico (...).

Assim como a busca e apreensão disciplinada na Lei Adjetiva Penal²¹, a apreensão referida na Lei de Lavagem tem um sentido bastante abrangente, podendo atingir quaisquer instrumentos, documentos, objetos e valores relacionados à reciclagem de ativos ilícitos. Tendo em vista a faceta de transnacionalidade de que muitas vezes se reveste o crime de lavagem, a regra insculpida no artigo 250 do CPP²², que autoriza a autoridade a penetrar em território de jurisdição alheia, ainda que de outro Estado, para fim de apreensão, pode ser de grande utilidade.

Da mesma forma, o seqüestro de que trata a Lei de Lavagem, tal como aquele previsto genericamente no CPP, terá de incidir sobre os bens, móveis ou imóveis, que tenham sido obtidos com a prática do ilícito anterior e estejam sendo objeto de reciclagem. A constrição, portanto, não poderá recair sobre o lucro lícito conquistado pelo delinqüente, tampouco sobre seu patrimônio ilícito que não seja proveniente do crime antecedente à lavagem. Levando-se em conta a diversidade de métodos empregados no processo de reciclagem de ativos, a tarefa de identificar os bens oriundos do ilícito anterior e passíveis de sofrer a constrição é por vezes hercúlea.

Quando se coteja o regramento conferido à matéria pelo Código de Processo Penal e pela Lei nº. 9.613/98, observa-se que, embora o legislador deste último diploma tenha feito remissão ao procedimento disciplinado na Lei Adjetiva, sua intenção foi, claramente, atribuir às medidas constritivas adotadas na Lei de Lavagem uma maior elasticidade do que a existente no CPP. Diante da obscuridade com que o assunto é regulado no Diploma Processual e da reduzida utilidade prática que assume em

²¹ Artigos 240 a 250 do Código de Processo Penal.

²² Art. 250. A autoridade ou seus agentes poderão penetrar no território de jurisdição alheia, ainda que de outro Estado, quando, para o fim de apreensão, forem no seguimento de pessoa ou coisa, devendo apresentar-se à competente autoridade local, antes da diligência ou após, conforme a urgência desta.

§ 1º Entender-se-á que a autoridade ou seus agentes vão em seguimento da pessoa ou coisa, quando:

a) tendo conhecimento direto de sua remoção ou transporte, a seguirem sem interrupção, embora depois a percam de vista;

b) ainda que não a tenham avistado, mas sabendo, por informações fidedignas ou circunstâncias indiciárias, que está sendo removida ou transportada em determinada direção, forem ao seu encaço.

§ 2º Se as autoridades locais tiverem fundadas razões para duvidar da legitimidade das pessoas que, nas referidas diligências, entrarem pelos seus distritos, ou da legalidade dos mandados que apresentarem, poderão exigir as provas dessa legitimidade, mas de modo que não se frustre a diligência.

decorrência disso, achou-se por bem reservar um dispositivo específico para dele tratar, na tentativa de atribuir-lhe maior efetividade.

3.4 O Projeto de Lei do Senado nº. 209/03 e a alienação antecipada de bens: tentativas de reformulação da tutela cautelar aplicável aos crimes de lavagem de capitais

Desde 28/05/2003, tramita no Congresso Nacional o Projeto de Lei nº. 209, de autoria do ex-senador da República Antonio Carlos Valadares. Objetivando tornar mais eficiente a persecução penal dos crimes de lavagem de valores, referido PLS altera diversos dispositivos da Lei nº. 9.613/98, além de acrescentar-lhe outros. Segundo resta informado no sítio do Senado na internet²³, o projeto encontra-se atualmente sob apreciação da Câmara dos Deputados, para onde foi remetido desde 20/05/2008.

Entre as alterações empreendidas pelo PLS nº. 209/03, encontra-se a reformulação do artigo 4º, *caput*, que passará a vigorar com a seguinte redação:

Art. 4º. O juiz, de ofício, a requerimento do Ministério Público ou mediante representação da autoridade policial, ouvido o Ministério Público em vinte e quatro horas, havendo indícios suficientes de infração penal, poderá decretar, no curso da investigação ou da ação penal, medidas assecuratórias de bens, direitos ou valores do investigado ou acusado, ou existentes em nome de interpostas pessoas, que sejam instrumento, produto ou proveito dos crimes previstos nesta Lei ou das infrações penais antecedentes.

No novo texto do dispositivo, nota-se uma grande preocupação do legislador em ampliar o âmbito de incidência das medidas assecuratórias aplicáveis ao delito de lavagem. A proposta substitui a expressão “no curso do inquérito” para “no curso da investigação”, dando a entender que as medidas podem ser deferidas independentemente da instauração de inquérito policial. Ademais, deixou-se de referir especificamente à apreensão e ao seqüestro de bens, passando-se a autorizar a decretação de “medidas assecuratórias” *lato sensu*. Foram incluídos, também, os bens colocados em nome de pessoas interpostas, os conhecidos “laranjas”.

Com o escopo de potencializar a capacidade de recuperação de ativos de origem delituosa, interrompendo o gozo dos produtos do crime, o PLS nº. 209/03 acrescenta o artigo 4º-A, §§ 1º a 13 à Lei nº. 9.613/98. Por meio desse dispositivo, propõe-se a criação do instituto denominado “alienação antecipada de bens”, a ser utilizado nos casos em que houver risco de perda do valor econômico dos bens que se encontrarem sob constrição.

²³ BRASIL. Disponível em: http://www.senado.gov.br/atividade/materia/detalhes.asp?p_cod_mate=58211
Acesso em: 20 out. 2010.

A alienação antecipada deverá ser requerida pelo Ministério Público, mediante petição autônoma, autuada em apartado. Após a oitiva da parte e a avaliação do bem, o juiz homologará o valor a este atribuído e determinará o leilão ou o pregão, preferencialmente eletrônico, por valor não inferior a 75% da avaliação. Até que sobrevenha condenação irrecurável, a quantia obtida permanecerá em uma conta judicial remunerada. Sobrevindo sentença condenatória transitada em julgado, haverá perda definitiva do valor arrecadado, que deverá ser depositado em conta do Tesouro da União ou do Estado-membro.

Idêntico destino deverá ter os bens que, embora não tenham sido considerados instrumento ou proveito do delito, não foram reclamados no prazo de 90 dias após o trânsito em julgado da sentença condenatória. O recurso interposto no curso do procedimento de alienação será dotado somente de efeito devolutivo, não tendo o condão de suspender o curso da medida. No que tange à destinação dos valores cuja perda houver sido declarada, dispõe o PLS que a União e os Estados, no âmbito de suas competências, regulamentarão a matéria mediante decreto, garantida a aplicação da totalidade desses recursos nos órgãos encarregados da prevenção, do combate, da ação penal e do julgamento dos crimes previstos na Lei de Lavagem.

O único óbice à aplicação do instituto é, segundo o § 1º do futuro artigo 4º-A, a situação em que a União ou o Estado-membro manifestarem-se expressamente pela colocação dos bens constrictos sob uso e custódia de órgão público, preferencialmente envolvido nas operações de prevenção e repressão ao crime organizado e ao crime de lavagem de dinheiro, ou de instituição privada. O propósito que motivou a proposta de alteração, sem sombra de dúvidas, é louvável. A repressão ao crime de lavagem de dinheiro realmente reclama a adoção de medidas enérgicas. Espera-se, agora, a mesma preocupação na reforma do Capítulo VI (“Das Medidas Assecuratórias”) do Título VI (“Das Questões e Processos Incidentes”) do CPP, que se faz premente.

4 AS ESPÉCIES DE PENA

4.1 Enquadramento jurídico-penal dos casos de *white collars*: do minimalismo à expansão do direito penal

Após a eclosão da Segunda Guerra Mundial, a ciência jurídica iniciou uma fase de crescente valorização e fortalecimento do papel da Constituição na sociedade. Paulatinamente, a Carta Política consagrou-se como norma suprema e fundamento axiológico do ordenamento jurídico dos Estados, atuando como principal vetor de proteção da comunidade contra o arbítrio do poder dos governantes e o desrespeito aos direitos e às liberdades fundamentais do ser humano.

O advento dessa nova “era do constitucionalismo” espalhou efeitos em todos os ramos do Direito, os quais passaram por profundas reformulações na tentativa de compatibilizar-se com o paradigma constitucional vigente e proporcionar coerência ao sistema jurídico-normativo. No caso específico do Direito Penal e Processual Penal, o “direito penal do autor” foi substituído pelo “direito penal do fato”, ao mesmo tempo em que o sistema processual inquisitório tornou-se exceção ao sistema acusatório.

Nesse passo, o bloco principiológico constituído pelo devido processo legal, o contraditório e a ampla defesa, a presunção de inocência, a proporcionalidade, a proibição de penas degradantes e a reserva legal consolidou-se como inarredável condição de legitimidade do *jus puniendi* estatal, lançando as bases para o desenvolvimento da Teoria do Garantismo Penal, de autoria do jurista italiano Luigi Ferrajoli. À luz do modelo garantista, os direitos fundamentais estampados na Constituição atuam como autêntico sistema de limites à atuação do Estado.

Entre as várias implicações que a Teoria do Garantismo Penal despertou nesse ramo do Direito, ganhou terreno a fórmula que se tornou mundialmente conhecida como “Direito Penal Mínimo”. Segundo os preceitos regentes dessa tendência, que assumiu lugar cativo nos mais respeitados manuais de Direito Penal da atualidade, a criminalização de uma conduta somente se justificaria quando as formas de controle social exercidas pelas demais esferas jurídicas não fossem suficientes para garantir a proteção desejada ao bem jurídico.

Nessa ordem de ideias, a imposição da mais gravosa das sanções que pode ser cominada ao indivíduo – a pena privativa de liberdade – deveria permanecer restrita às condutas atentatórias dos bens jurídicos mais caros em uma dada comunidade, como a vida, a saúde, a integridade física, a liberdade e a propriedade. O legislador, por meio de

um critério político, e atento aos clamores sociais, selecionaria as condutas que mereceriam a atenção do Direito Penal. Para os bens de maior relevo, reservar-se-ia a proteção de maior gravidade.

Com efeito, a resposta oferecida pelo Estado-juiz em decorrência da incidência de uma norma penal incriminadora pode levar à supressão da liberdade de locomoção daquele a quem se imputa o injusto culpável. Partindo dessa premissa, o minimalismo propõe a redução da incidência das regras penais, que deveriam interferir o mínimo possível na vida em sociedade, nas estritas hipóteses em que os demais ramos do Direito não fossem capazes de proteger aqueles bens jurídicos considerados da maior importância.

O caráter de *ultima ratio* do Direito Penal Mínimo manifesta-se não apenas na seleção dos bens a serem objeto de proteção, mas também em seu reverso: a descriminalização das condutas que, em virtude das mutações experimentadas pela sociedade, não devem mais sofrer a incidência do poder incriminador do Estado. Tal como aconteceu com o adultério, situações há em que a evolução do pensamento e da cultura vigentes em uma comunidade torna desproporcional a imposição de uma sanção criminal.

No exemplo acima referido, remanesce para o cônjuge traído a possibilidade de ingressar no juízo cível com ação de reparação de danos morais em face do cônjuge adúltero, que também será penalizado em uma eventual ação de divórcio²⁴. A adoção de medidas cíveis revela-se suficiente para castigar o traidor e, conseqüentemente, inibir a infidelidade conjugal. Nesse caso, tendo se tornado desnecessária a intervenção do Direito Penal, o tipo penal incriminador de adultério, anteriormente capitulado no artigo 240 do Estatuto Repressivo, restou abolido do ordenamento jurídico-penal brasileiro²⁵.

Com supedâneo na faceta de descriminalização que resulta da adoção do minimalismo penal, doutrinadores da Escola de Frankfurt, em especial o penalista alemão Winfried Hassemer (1993, p. 46), sustentam a tese de que os delitos econômicos, em sua maioria enquadrados na definição de *white collar crimes*, não deveriam ser objeto de incidência penal, a quem caberia tão-somente a proteção a bens individuais. A sanção criminal permaneceria reservada aos crimes de perigo concreto, causadores de efetiva lesão ao bem jurídico.

²⁴ Artigos 1578 e 1704 do Código Civil de 2002.

²⁵ Artigo 5º da Lei nº. 11.106/05.

Em virtude dos princípios político-criminais garantistas, de que decorre o caráter fragmentário do Direito Penal, a tutela dos bens jurídicos supra-individuais resultantes da sociedade de risco deveria competir a uma nova seara, denominada “Direito de Intervenção”. Enquanto o Direito Penal restaria limitado a um núcleo mínimo de proteção, o Direito de Intervenção regularia as condutas causadoras de perigo abstrato, cujo dano ainda não teria se manifestado no mundo fenomênico.

De acordo com os ensinamentos preconizados pela Escola de Frankfurt, esse novo ramo jurídico despontaria como eficiente alternativa no controle e na repressão da criminalidade moderna, de que são exemplo os crimes de colarinho branco. Situado a meio caminho do Direito Penal e do Direito Administrativo, o Direito de Intervenção seria dotado de garantias individuais mais reduzidas, formas procedimentais mais abreviadas e, via de consequência, sanções de menor gravidade.

Além de assegurar a manutenção da proposta garantista, o direito interventivo proporcionaria uma maior celeridade no julgamento dos processos submetidos a seu âmbito de incidência, pois seria aplicado por tribunais administrativos especializados, capazes de oferecer um tratamento mais efetivo e adequado às condutas sujeitas a sua jurisdição. Como a macrocriminalidade possui uma série de peculiaridades que a distinguem da criminalidade convencional, a existência de um regramento material e processual próprio certamente ofereceria uma resposta mais satisfatória à sociedade de risco.

Contrapondo-se a essa linha de pensamento, emergiu no mundo jurídico uma tendência de expansão do Direito Penal, que aponta para a ampliação da proteção por ele exercida, de forma a abranger bens jurídicos supra-individuais e crimes de perigo abstrato. Com o escopo de adaptar-se aos novéis riscos existentes na sociedade pós-industrial, o Direito Penal precisaria repaginar-se, eis que o arcabouço criminal clássico – leia-se: os princípios garantistas tradicionais – seria incapaz de responder satisfatoriamente a essas demandas.

O maior expoente dessa corrente doutrinária, o espanhol Jesús María Silva Sánchez, ensina que a proteção a bens jurídicos coletivos, a par de constituir estimulante desafio para a ciência jurídica contemporânea, reclama o desenvolvimento de uma estrutura penal e processual própria, pois os institutos inerentes ao Direito Penal comum

seriam insuficientes para combater a proliferação desse fenômeno criminológico. Confira-se trecho da lição do doutrinador (2006, p. 12-13):

La doctrina se ha ocupado con detalle de estos fenómenos – bienes colectivos, intereses difusos – que ponen de relieve la creciente dependencia del ser humano de realidades externas al mismo, como es el caso de la normal actividad de determinados terceros. (...) Lo que interesa poner de relieve en este momento es tan sólo que seguramente existe un espacio de expansión razonable del Derecho penal. Aunque con la misma convicción próxima a la seguridad deba afirmarse que también se dan importantes manifestaciones de la expansión irrazonable. A título puramente orientativo: la entrada masiva de capitales procedentes de actividades delictivas (singularmente del narcotráfico) en un determinado sector de la economía provoca una profunda desestabilización del mismo con importantes repercusiones lesivas. Es, pues, probablemente razonable que el o los responsables de una inyección masiva de dinero negro en un determinado sector de la economía sean sancionados penalmente por la comisión de un delito contra el orden económico. Ahora bien, ello no hace, sin más, razonable la sanción penal de cualquier conducta de utilización de pequeñas (o medianas) cantidades de dinero negro en la adquisición de bienes o la retribución de servicios. La tipificación del delito de blanqueo de capitales es, en fin, una manifestación de expansión razonable del Derecho penal (en su núcleo, de muy limitado alcance) y de expansión irrazonable del mismo (en el resto de conductas, de las que no puede afirmar-se en absoluto que, una por una, lesionen el orden económico de modo penalmente relevantes).

Segundo o escólio de Silva Sánchez, o Direito Penal seria dotado de três velocidades distintas: a primeira, da qual fariam parte os delitos de maior gravidade, a quem deveria ser destinada a pena privativa de liberdade e garantidos todos os princípios político-criminais clássicos; a segunda, constituída pelos crimes de menor lesividade, a quem deveriam ser cominadas penas pecuniárias ou restritivas de direitos e asseguradas regras acusatórias mais flexíveis; e a terceira, em que, embora fosse imposta a privação de liberdade, as garantias clássicas seriam relativizadas, à semelhança do que se defende no famigerado “Direito Penal do Inimigo”.

Dessa breve incursão no complexo problema do enquadramento jurídico-penal das condutas da macrocriminalidade, pode-se concluir que a proposta frankfurtiana de descriminalização, embora lúcida e condizente com a manutenção das garantias constitucionais, afigura-se insuficiente para assegurar a proteção que a ordem econômica necessita. Ademais, diante das mazelas que acometem a Administração Pública brasileira, é difícil imaginar como ela poderia avocar e exercer com competência tão relevante função.

Por outro lado, a adoção sem ressalvas da teoria da expansão do Direito Penal poderia levar a uma inadmissível renúncia aos direitos constitucionais garantistas, tão duramente conquistados por nossa sociedade. Deve-se, portanto, buscar um meio-

termo entre os dois posicionamentos: ao mesmo tempo em que a aplicação de uma sanção de natureza penal não pode prescindir da atuação justa e imparcial do Poder Judiciário, as condutas de reduzido potencial lesivo podem perfeitamente ser reprimidas mediante a mitigação das garantias individuais, seguida da aplicação de sanções penais alternativas à prisão.

4.2 Aspectos relevantes acerca da teoria da pena e sua aplicação no ordenamento jurídico-penal brasileiro

O falecimento do regime absolutista e a consolidação dos ideais iluministas, em meados do século XVIII, descortinaram o nascimento de uma nova forma de pensar a respeito da sanção penal e de suas finalidades. Em substituição à noção da pena como afirmação do poder soberano do rei, surgiram teorias absolutas e relativas acerca da sanção criminal, que passou a ser compreendida ora como um fim em si mesmo, ora como um meio para que fossem atingidos determinados fins.

A teoria absoluta, também denominada retributiva, foi desenvolvida pelos pensadores da Escola Clássica e preconizava a ideia segundo a qual o criminoso, ao praticar um ilícito penal, tornava-se violador do pacto social, devendo ganhar em retribuição a imposição de uma pena. Sob esse prisma, à sanção caberia realizar a justiça ou restaurar a vontade geral. De uma maneira ou de outra, a pena se justificaria como um fim em si mesmo.

Com o escopo de explicar os fundamentos desse castigo, os pensadores da Escola Clássica, em especial Kant e Hegel, digladiavam-se. Enquanto o primeiro alicerçou sua linha de argumentação em razões eminentemente éticas, portanto exteriores ao Direito, o segundo apegou-se a questões estritamente jurídicas para justificar a compreensão da pena de um ponto de vista absoluto. Em que pese a divergência entre ambos os pensamentos, Kant e Hegel concordavam que a imposição da pena justificava-se, pura e simplesmente, pela ocorrência do fato criminoso.

Para Kant, não seria eticamente admissível a penalização do delinqüente com esteio em razões de utilidade social, pois o próprio homem era compreendido como um fim em si mesmo. A lei penal constituía exigência da realização da justiça, que somente poderia ser concretizada mediante a expiação do mal causado pelo crime. Para Hegel, o fundamento da retribuição consistia na necessidade de se restabelecer a vontade geral, manifestada por meio da ordem jurídica. No momento em que essa

ordem era negada em razão da ação do criminoso, surgia para o Estado o direito-dever de infligir a pena necessária à retribuição do ilícito.

Em oposição à noção absoluta da pena, os pensadores da Escola Positiva idealizaram uma teoria relativa da sanção criminal. Segundo preceitua essa corrente de pensamento, o objetivo da pena não seria retribuir o fato cometido, mas intimidar os integrantes do corpo social, desencorajando-os a delinquir. Na consecução desse mister de prevenção, a imposição da pena evitaria a prática futura de novos delitos, garantindo a pacificação social e a proteção dos bens jurídicos mais caros da comunidade.

A prevenção propugnada pelos idealizadores da teoria relativa pode ser compreendida sob duas óticas distintas: a geral e a especial. De acordo com a prevenção geral, defendida por Beccaria, Schopenhauer e Feuerbach, a aplicação de uma pena encontraria sua finalidade na tentativa de evitar que os potenciais delinquentes viessem a infringir a norma penal. A sanção voltar-se-ia, portanto, não diretamente à pessoa do criminoso, mas aos demais integrantes do corpo social, que, intimidados com a possibilidade de serem apenados pelo Estado, desistiriam de qualquer propósito criminoso que viessem a cogitar.

A prevenção especial, projetada por Von Liszt, sustenta que a aplicação da sanção penal visaria precipuamente à ressocialização e à reeducação do delincente, impedindo que ele viesse a praticar novas infrações no futuro. Essa concepção da teoria relativa distingue-se da anterior porque muda o foco da prevenção: em vez da sociedade, o próprio criminoso. Sendo a pena cominada diretamente à pessoa do infrator, nele deveria produzir as conseqüências desejadas. Não faria sentido, nesse modo de pensar, infligir a uma pessoa um castigo com o objetivo de, dessa maneira, dissuadir a terceiros.

Buscando uma síntese dialética entre as teorias absoluta e relativa da pena, surgiu uma terceira corrente de pensamento, denominada de unificadora ou mista. Aqui, a sanção passa a aglutinar as finalidades retributiva e preventiva, esta última em seus aspectos geral e especial. Nesse sentido, pondera percucientemente Jorge de Figueiredo Dias (2001, p. 84):

No momento de sua ameaça abstracta a pena seria, antes de tudo, instrumento de prevenção geral; no momento da sua aplicação ela surgiria basicamente na sua este retributiva; na sua execução efectiva, por fim, ela visaria predominantemente de prevenção especial.

No Brasil, o artigo 59 do Código Penal deixa clara a opção do legislador pela adoção da teoria mista ou unificadora da pena²⁶. Diante disso, ao se perquirir acerca da pena mais adequada à repressão aos crimes de colarinho branco, a par de toda a gama de especificidades que os envolve, não se pode perder de vista a consecução das finalidades retributiva e preventiva que a sanção penal assume no ordenamento jurídico brasileiro.

4.3 Adequação da pena privativa de liberdade: uma contextualização em face da especificidade da criminalidade de colarinho branco

Ultrapassado o questionamento preliminar acerca da necessidade de incidência penal nas condutas praticadas pela macrocriminalidade, surge o problema de se saber quais sanções devem ser cominadas a essa espécie tão peculiar de delitos. O debate acerca do cabimento da pena privativa de liberdade para a repressão aos crimes de colarinho branco desperta profícua celeuma em sede doutrinária e jurisprudencial, dividindo a comunidade jurídica.

A objeção que se costuma apontar à cominação da pena de prisão aos delitos que integram essa vertente de criminalidade funda-se, precipuamente, em três ordens de argumentos. A primeira delas diz respeito à ideia de que essa espécie de sanção criminal não seria adequada àqueles delitos, os quais, em face de suas peculiaridades, reclamariam a adoção de penalidades diversas das empregadas no combate à criminalidade convencional.

A segunda linha de argumentação sustenta que, como o *modus operandi* adotado para a prática desses crimes prescinde de violência ou grave ameaça à pessoa, não haveria motivo plausível a justificar a supressão do direito de ir e vir do delinqüente, que, em seu cotidiano social, não desperta qualquer perigo concreto à vida, à liberdade nem ao patrimônio dos indivíduos que o rodeiam. A segregação prisional desse criminoso afigurar-se-ia, portanto, desproporcional e inapropriada.

Em terceiro lugar, alega-se que a prisão não ostentaria qualquer caráter ressocializador, pois não se pode buscar a reinserção social de um preso que já se encontra totalmente integrado. O tratamento ressocializador destinado ao encarcerado

²⁶ Art. 59 - O juiz, atendendo à culpabilidade, aos antecedentes, à conduta social, à personalidade do agente, aos motivos, às circunstâncias e conseqüências do crime, bem como ao comportamento da vítima, estabelecerá, conforme seja necessário e suficiente para **reprovação e prevenção do crime**:

(...)

tem por escopo precípua proporcionar sua reeducação, nele inculcando valores que não se compatibilizariam com a conduta criminosa praticada no passado. O delinqüente de colarinho branco, por sua vez, já seria socialmente inserido e não necessitaria passar por qualquer processo de reeducação.

Para aqueles que se filiam a essa corrente de pensamento, a sanção que melhor atenderia às finalidades da pena, no caso específico dos delitos de colarinho branco, seria a penalidade de índole pecuniária, que atingiria esse tipo de criminoso naquilo que lhe seria mais caro: o patrimônio. Esse réu, detentor que é de um vastíssimo poder aquisitivo, regressaria do cárcere com a mesma estrutura física e organizacional que utilizara para o cometimento do delito.

Outras vezes, quando atuam em conluio com algum grupo empresarial do qual sejam acionistas ou sócios administradores, esses réus dispõem de um projeto criminoso tão apurado e bem elaborado que sua simples segregação prisional não possui o condão de interromper a cadeia delituosa. Enquanto se mantém preso, a máquina de poder engendrada para fazer funcionar o plano do crime continua a trabalhar, independentemente da regência daquele que a manuseou em princípio.

A nosso ver, entretanto, esses argumentos não são capazes de ilidir a premente necessidade de se oferecer aos delinqüentes de colarinho branco uma resposta penal à altura da enorme danosidade social das condutas por eles praticadas. A depender do tamanho e da amplitude do esquema criminoso, essa resposta somente será prestada de maneira eficaz e adequada, evitando-se a impunidade e a desigualdade na administração da justiça penal, mediante a imposição da pena privativa de liberdade.

Embora não costume ser praticada por meio de violência física, a criminalidade econômica provoca conseqüências tão nefastas para o desenvolvimento do país que se torna violenta à sua maneira. Certamente, um Brasil sem lavagem de dinheiro, sem sonegação fiscal e sem evasão de divisas possuiria uma conjuntura socioeconômica bem mais favorável e poderia destinar às áreas sociais o investimento de que elas necessitam.

Assim, a violência do criminoso de colarinho branco não se manifesta na agressão física propriamente dita, tampouco na grave ameaça, pois se trata de espécie de violência sutil, indireta, simbólica. Ela está presente na exclusão social dos menos favorecidos, no desemprego, na dificuldade de acesso às escolas e às universidades, no

precário sistema de saúde e nas condições subumanas de moradia. Em que pese não ser a única responsável por esse quadro, para ele presta inegável contribuição.

Também não merece prosperar o argumento segundo o qual a sanção de natureza pecuniária repercutiria de maneira mais negativa na esfera jurídica do criminoso de colarinho branco do que a prisão propriamente dita. A uma, porque, demonstrada a utilidade e a adequação de ambas as espécies de pena para o combate à delinquência econômica, nada obsta sejam elas cumuladas, como, diga-se de passagem, já ocorre na quase totalidade das normas penais brasileiras que tratam da matéria.

A duas, porque, caso se pudesse outorgar ao delinqüente a escolha entre seu patrimônio e sua liberdade, certamente a opção recairia sobre esta última. Não é à toa que a pena de prisão é considerada a mais severa das sanções penais, pois permite ao Estado suprimir um dos maiores bens jurídicos que o indivíduo pode possuir. Ademais, para atingir o patrimônio do criminoso, a ordem jurídica oferece uma série de institutos de direito material e processual que se presta a essa finalidade, conforme restou abordado no capítulo anterior deste trabalho.

Igualmente, a desnecessidade de tratamento ressocializador não constitui argumento apto a refutar a aplicação da pena privativa de liberdade. Na ordem jurídica brasileira, a sanção penal tem por finalidade a retribuição e a prevenção do crime, esta última em seus aspectos geral e especial. Além da ressocialização, portanto, visa-se a retribuir o mal causado pelo delito, bem como a despertar um efeito profilático no agente e no meio social. Demais disso, pergunta-se: diante da falência do sistema prisional brasileiro, o qual, em vez de ressocializar, corrompe o encarcerado, é plausível a tese de que a prisão deveria ser abolida do ordenamento?

Pelas mesmas razões que levam à negação desse questionamento, deve-se entender que a ausência de ressocialização não é motivo para o afastamento da pena de prisão ao delinqüente de colarinho branco. Em verdade, atualmente, a privação da liberdade não ressocializa nenhum criminoso, servindo apenas para estimular o propósito delituoso naqueles que já o possuíam e para incutir a ideia do crime naqueles que ainda não a detinham. A prisão, no Brasil, funciona como verdadeiro laboratório do crime. Não é por isso que se contestará sua manutenção no aparato jurídico-penal pátrio.

4.4 Eficácia das penas pecuniárias e das penas restritivas de direitos para a consecução das finalidades da pena nos crimes de colarinho branco

A substituição da pena privativa de liberdade pelas penas restritivas de direitos é tendência que vem sendo seguida por diversos ordenamentos jurídicos ao redor do mundo. Paulatinamente, a sanção prisional foi perdendo seu caráter de indispensabilidade, deixando de ser vista como panacéia para os problemas da criminalidade moderna. Diante da contingência de encontrar alternativas à prisão, o Direito Penal reinventou-se e passou a dela se desvincular.

No Brasil, a adaptação a esses novos paradigmas criminológicos foi promovida pela Lei nº. 9.714/98, que alterou diversos dispositivos do Código Penal que tratavam do assunto. De acordo com a nova redação do artigo 44 daquele diploma, as penas restritivas de direitos deverão substituir a privativa de liberdade sempre que esta não for superior a quatro anos, o crime não tiver sido cometido mediante violência ou grave ameaça à pessoa, o réu não for reincidente em crime doloso e houver indicação de que a medida será suficiente²⁷.

Uma vez que os crimes de colarinho branco, por sua própria natureza, não costumam ser cometidos mediante violência ou grave ameaça, as sanções normalmente não ultrapassam o tempo de quatro anos e, de resto, os demais requisitos da substituição são freqüentemente preenchidos, a rotina processual revela uma maciça, quase unânime, utilização do instituto nos feitos criminais em que esses delitos são apurados. Some-se a isso a adesão da doutrina e da jurisprudência pátrias à ideia de que as penas alternativas efetivamente afiguram-se mais adequadas a essa classe de delitos do que a prisão propriamente dita.

Nada obstante se reconheça de maneira indubitável que a prisão não é solução para o problema da criminalidade e o estímulo à substituição é saudável, parece-nos inapropriado reputar, de maneira generalizada, as penas restritivas de direitos como as mais adequadas aos *white collar crimes*. Conforme restou sobejamente demonstrado nos capítulos anteriores deste trabalho, a macrodelinqüência econômica provoca conseqüências gravíssimas para a coletividade, devendo, em razão disso, sofrer uma resposta penal igualmente severa.

²⁷ Art. 44. As penas restritivas de direitos são autônomas e substituem as privativas de liberdade, quando: I – aplicada pena privativa de liberdade não superior a quatro anos e o crime não for cometido com violência ou grave ameaça à pessoa ou, qualquer que seja a pena aplicada, se o crime for culposo; II – o réu não for reincidente em crime doloso; III – a culpabilidade, os antecedentes, a conduta social e a personalidade do condenado, bem como os motivos e as circunstâncias indicarem que essa substituição seja suficiente.

Assim, para corresponder às expectativas éticas da sociedade e atender à finalidade preventiva geral, a sanção destinada ao agente da macrocriminalidade deve mesmo ser a privação da liberdade. No dizer de Douglas Fischer (2006, p. 154-155), “em face de delitos extremamente graves, com conseqüências sociais sem parâmetros, em que há culpabilidade normalmente exacerbada, não se encontra fundamento racional e sistêmico para simplesmente se renunciar à utilização da pena privativa de liberdade.”

Nas hipóteses em que algum dos delitos que integram essa classe de infrações seja cometido de maneira ocasional, sem funcionar como meio de vida para o delinqüente, e o ganho decorrente do crime não seja elevado, admite-se que a substituição, aliada à pena pecuniária, pode ser necessária e suficiente ao cumprimento das finalidades da pena. Caso contrário, somente a pena privativa de liberdade despertará no criminoso o temor de estigmatização necessário à coibição do ilícito.

5 CRIMES DE COLARINHO BRANCO E COOPERAÇÃO JURÍDICA INTERNACIONAL

5.1 Cooperação jurídica internacional no cenário processual penal brasileiro: contextualização histórica, conceito e instrumentos

Conforme já explanado nos capítulos anteriores deste trabalho, a transnacionalidade é uma das características mais marcantes da criminalidade de colarinho branco, que se reveste de uma enorme capacidade de ocultação e utiliza em seu *modus operandi* uma intrincada cadeia de transações financeiras internacionais. O êxito das investigações e a implementação das medidas processuais adequadas à repressão desses delitos reclamam, portanto, a adoção de um regime de mútua cooperação entre os Estados.

A reciprocidade em matéria de investigação criminal não constitui inovação do Direito Penal contemporâneo. Desde o final do século XIX, o processo de estreitamento das relações internacionais em prol do combate ao crime organizado vem sofrendo nítida expansão, culminando com a criação, em 1923, da *International Criminal Police Commission (ICPC)*, posteriormente transformada na *International Criminal Police Organization (ICPO – Interpol)*.

Apesar de sua origem remota, foi com os atentados de 11 de setembro de 2001 que o movimento de colaboração e intercâmbio de informações entre os Estados ganhou força e solidificou-se. A perfeita execução do plano terrorista envolveu o manuseio de uma elevada soma de capitais, que, em virtude da adoção de sucessivas condutas macrocriminais, era introduzida no mercado financeiro norte-americano e dele retirada sem despertar qualquer suspeita nas autoridades daquele país.

O recrudescimento das ações terroristas fez surgir a necessidade premente de se promover um maior estreitamento das relações internacionais, levando ao entendimento de que, sem uma mútua cooperação, os Estados não obteriam êxito na luta contra o terrorismo. Constatou-se que a adoção de medidas unilaterais, tais como o reforço das barreiras fronteiriças e o aumento do poderio militar, afiguravam-se insuficientes, remediando somente uma pequena parte do problema.

Os “atos preparatórios” dos ataques ao World Trade Center e ao Pentágono certamente prescindiram da movimentação de um alto volume de recursos, além da entrada ilegal de terroristas em solo americano e de um minucioso estudo acerca dos alvos a serem atingidos. Para impedir a execução de um plano tão audacioso, os Estados Unidos da América careceriam da cooperação de diversos países, a fim de rastrear a

origem do capital utilizado para o financiamento das ações e barrar seu ingresso no mercado norte-americano.

O trágico episódio descortinou também a estreita conexão entre grupos terroristas, como a Al Qaeda, e a criminalidade econômica. Descobriu-se que grande parte dos ativos que integravam o patrimônio desses grupos era oriunda de práticas criminosas, a exemplo do tráfico de drogas, e passava por um bem-sucedido processo de reciclagem até chegar ao seu destino final. O próprio terrorismo figurava como delito antecedente da lavagem, permitindo a geração de grandes fortunas e a formação de prósperos negócios.

Nessa esteira, a cooperação jurídica internacional exsurtiu como importante instrumento de facilitação das investigações que versavam sobre delitos financeiros, bem como de concretização de medidas processuais cuja execução dependia de ações multinacionais. Neste último ponto, reside a maior utilidade que o instituto assume no ordenamento jurídico pátrio: por meio dele, o Estado brasileiro interage com outros Estados com o objetivo de conferir eficácia extraterritorial a medidas processuais dele provenientes, ou o contrário.

Quando o pedido de assistência é formulado pelo Estado brasileiro, a fim de que algum ato processual ou administrativo seja praticado em Estado estrangeiro, a cooperação denomina-se ativa. Quando, por outro lado, o Estado estrangeiro ocupa a posição de requerente, diz-se que a cooperação é passiva. Nesse caso, há de se ter em mente, de maneira inarredável, como condição *sine qua non* para o deferimento do pedido, a perfeita observância dos princípios de direito material e processual insculpidos na Constituição Federal de 1988.

A cooperação jurídica internacional é definida por Ricardo Perlingeiro Mendes da Silva, citado por Dora Cavalcanti Cordani (2008, p. 99), nos seguintes termos:

A cooperação no que diz respeito ao Direito Processual Internacional compreende, na verdade, o procedimento por meio do qual é promovida a integração jurisdicional entre Estados soberanos distintos. A preferência pela expressão “cooperação jurídica internacional” decorre da ideia de que a efetividade da jurisdição, nacional ou estrangeira, pode depender do intercâmbio não apenas entre órgãos judiciais, mas também entre órgãos administrativos ou, ainda, entre órgãos judiciais e administrativos, de Estados distintos.

No ordenamento jurídico brasileiro, a cooperação em matéria penal pode ter os mais distintos objetivos, entre os quais se destacam a extradição, a homologação de sentenças estrangeiras, a transferência internacional de apenados, a obtenção de provas e a implementação de medidas processuais. O presente trabalho abordará somente esta última finalidade, que pode ser efetivada tanto por meio de cartas rogatórias, quanto mediante o auxílio direto.

O pedido formulado no bojo de uma carta rogatória passiva é implementado mediante a concessão do denominado *exequatur*, nome processual dado ao juízo de deliberação que é exercido acerca da validade do pedido. O objetivo do *exequatur* é validar o ato jurisdicional estrangeiro, a fim de que venha a se tornar fato jurídico também no Brasil. Ao concedê-lo, a Corte brasileira – atualmente, o Superior Tribunal de Justiça – não adentra no mérito do pedido, permanecendo adstrita à análise de seus pressupostos de forma e validade.

No auxílio direto, diversamente do que ocorre nas cartas rogatórias, os membros do Ministério Público de cada país estabelecem comunicação direta acerca das informações procuradas ou das medidas a serem implementadas, sem a intermediação do Poder Judiciário. Trata-se de moderno instrumento de cooperação jurídica internacional, que diverge das vetustas cartas rogatórias por possuir um *iter* procedimental mais simplificado e, conseqüentemente, mais célere.

A regulamentação do auxílio direto ainda é esparsa, carecendo de um disciplinamento que lhe confira maior uniformidade e sistematicidade. Atualmente, a matéria é regulada, eminentemente, por meio da Resolução n.º 9 do Superior Tribunal de Justiça, de 04/05/2005, da Portaria Conjunta n.º 1 - MJ/PGR/AGU, de 27/10/2005 e da Portaria n.º 1.876 do Ministério da Justiça, de 27/10/2006. O pressuposto básico de sua implementação é a preexistência de um acordo de cooperação entre os Estados. Diante da carência de tratado, todavia, o auxílio direto pode ser viabilizado também por meio da garantia de reciprocidade.

Em matéria de mútua colaboração entre Estados, a função de autoridade central é exercida, no Brasil, pelo Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça – DRCI. O órgão foi instituído por meio do Decreto n.º 4.991, de 18/02/2004, e tem sido responsável por um louvável incremento dos pedidos de assistência direta dirigidos ao Estado brasileiro. O

DRCI atua em conjunto com a Advocacia Geral da União e o Centro de Cooperação Jurídica Internacional – CCJI, órgão subordinado ao Procurador-Geral da República e voltado a dar suporte às ações de cooperação do Ministério Público Federal.

5.2 Instrumentos clássicos de cooperação jurídica internacional: o problema da morosidade

Tradicionalmente, o instituto da cooperação jurídica internacional era instrumentalizado por meio de três mecanismos básicos: a homologação de sentença estrangeira, a extradição e as cartas rogatórias. Entre os instrumentos clássicos de mútua colaboração, somente este último será abordado no presente trabalho, por ser o único entre os três a se prestar à função de realização de medidas processuais, tão úteis à persecução penal dos crimes de colarinho branco. Com efeito, em investigações e ações criminais que envolvem a elucidação de delitos dessa natureza, frequentemente surge a necessidade de se requerer a prática de atos processuais no estrangeiro.

A carta rogatória está definida no artigo 201 do Código de Processo Civil brasileiro²⁸ e destina-se à realização de atos e diligências processuais no exterior. Segundo se depreende do disposto no artigo 222-A do Diploma Processual Penal²⁹, com a redação que lhe foi dada pela Lei nº. 11.900/2009, ela somente será expedida, em matéria criminal, quando a parte requerente demonstrar previamente a sua imprescindibilidade, não tendo o condão de suspender a instrução processual.

Desde a Emenda Constitucional nº. 45/2004, a competência para a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias passivas é atribuída ao Superior Tribunal de Justiça, nos termos do artigo 105, I, *i* da Constituição Federal de 1988³⁰. Antes da alteração, incumbia ao Supremo Tribunal Federal o processo e julgamento das rogatórias recebidas pelo Brasil, o que causava um lamentável esvaziamento do âmbito de aplicação do instituto.

²⁸ Art. 201. Expedir-se-á carta de ordem se o juiz for subordinado ao tribunal de que ela emanar; carta rogatória, quando dirigida à autoridade judiciária estrangeira; e carta precatória nos demais casos.

²⁹ Art. 222-A. As cartas rogatórias só serão expedidas se demonstrada previamente a sua imprescindibilidade, arcando a parte requerente com os custos de envio.

Parágrafo único. Aplica-se às cartas rogatórias o disposto nos §§ 1º e 2º do art. 222 deste Código.

Art. 222. (...)

§ 1º A expedição da precatória não suspenderá a instrução criminal.

§ 2º Findo o prazo marcado, poderá realizar-se o julgamento, mas, a todo tempo, a precatória, uma vez devolvida, será junta aos autos.

³⁰ Art. 105. Compete ao Superior Tribunal de Justiça:

I - processar e julgar, originariamente:

i) a homologação de sentenças estrangeiras e a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias.

Enquanto a competência para a concessão do *exequatur* permaneceu sob os auspícios da Corte Suprema, prevaleceu o entendimento de que as cartas rogatórias passivas não se prestavam a finalidades executórias, uma vez que a realização, no território brasileiro, de medidas determinadas por autoridade estrangeira ofenderia a ordem pública nacional. Assim, para que uma medida de caráter executório viesse a ser implementada no Brasil, seria necessário proceder-se à prévia homologação da sentença estrangeira que a houvesse determinado, após o que, anos depois, o pedido poderia ser regularmente cumprido em terras brasileiras.

A transferência de competência encartada pela Emenda Constitucional n.º. 45/2004 acarretou uma drástica mudança de postura do Poder Judiciário no que se refere ao tema cooperação jurídica internacional. Quando recebeu a atribuição de processar e julgar a concessão de *exequatur* às cartas rogatórias passivas, o STJ procurou conferir uma nova roupagem ao instituto, tornando-o mais consentâneo com as modernas concepções de intercâmbio de informações entre os Estados.

Perseguindo esse desiderato, o tribunal editou a Resolução n.º. 9, de 04/05/2005, que dispõe em caráter transitório sobre a tramitação dos pedidos de cooperação e demonstra, em diversos dispositivos, o espírito inovador adotado pela Corte. O caráter arrojado com que a matéria passou a ser tratada vem a lume, por exemplo, no artigo 7º, parágrafo único da mencionada resolução, que autoriza expressamente a utilização do auxílio direto quando os pedidos de cooperação jurídica internacional tiverem por objeto atos que, embora tenham chegado ao tribunal sob o *nomen juris* de cartas rogatórias, não ensejem juízo de delibação.

Com relação às cartas rogatórias propriamente ditas, o *caput* do mesmo artigo 7º vaticina que podem elas “ter por objeto atos decisórios ou não decisórios”, o que deu margem à concessão do *exequatur* também nas solicitações de caráter executório. No sentido dessa nova postura pró-cooperação, tornou-se emblemática a decisão proferida pela Corte Especial nos autos da Carta Rogatória n.º. 483³¹, de relatoria do Ministro Luiz Fux, tanto por sua abrangência como por trazer em seu bojo inúmeras referências doutrinárias favoráveis à aplicação de ritos simplificados em matéria de auxílio jurídico entre nações.

Na referida carta rogatória, requeria-se, de uma única vez, o deferimento de diligências de busca e apreensão e a quebra de sigilo bancário do investigado.

³¹ Publicada no DJ de 24/09/2007.

Invocando o já mencionado artigo 7º da Resolução nº. 9, bem como o artigo 8º, § 1º da Lei de Lavagem (Lei nº. 9.613/98), o artigo 1º, § 4º da Lei Complementar nº. 105/01 e a Convenção das Nações Unidas sobre o Crime Organizado Transnacional, a Corte concedeu integralmente o *exequatur*. Eis um trecho do voto condutor do aresto, proferido pelo Ministro Fux:

Com a nova competência que lhe foi atribuída pela EC 45/2004, deve se atentar às necessidades de cooperação internacional, em especial no tocante ao combate ao crime organizado transnacional, e possibilitar aos demais Estados estrangeiros a investigação de ditas organizações criminosas, através da concessão do *exequatur* de cartas rogatórias com esse fim.

Apesar dos esforços envidados pelo Superior Tribunal de Justiça no sentido de conferir maior celeridade ao julgamento das cartas rogatórias passivas, ainda se observa uma acentuada morosidade em sua tramitação, o que se deve, em grande parte, ao assoberbamento do Poder Judiciário brasileiro. A demora na apreciação dos pedidos formulados em sede de rogatórias passivas pode ser fatal para o sucesso da empreitada contra os crimes financeiros, cujos agentes gozam de poderio suficiente para reverter sua condição desfavorável em um átimo de segundo.

5.3 Auxílio direto: saída para uma investigação mais célere e eficiente?

O auxílio legal direto, também denominado assistência legal direta, desponta no cenário brasileiro como possível baluarte da cooperação jurídica em matéria criminal. Diante da morosidade com que as cartas rogatórias passivas são solucionadas na dinâmica processual pátria, a possibilidade de se buscar uma via alternativa à oferecida pelo Poder Judiciário afigura-se bastante sedutora. Ademais, a comunicação desprovida de burocracias entre os membros dos Ministérios Públicos dos Estados é fator extremamente favorável à efetividade da persecução criminal.

Não obstante as esperanças que vêm sendo depositadas no instituto pela comunidade jurídica, o deserto normativo em que ele se encontra é capaz de torná-lo voraz inimigo da segurança jurídica. Conforme restou assentado no primeiro tópico deste capítulo, referido instrumento de cooperação é regulado de maneira bastante esparsa no ordenamento jurídico brasileiro, já que somente a Resolução nº. 9 do Superior Tribunal de Justiça, de 04/05/2005, a Portaria Conjunta nº. 1 - MJ/PGR/AGU, de 27/10/2005, e a Portaria nº. 1.876 do Ministério da Justiça, de 27/10/2006, tratam do assunto.

À míngua de uma regulamentação minimamente esclarecedora, a parte interessada no pedido de auxílio direto depara-se com dúvidas aparentemente simplórias, tais como os critérios que o distinguem da rogatória e a possibilidade de seu deferimento para a consecução de finalidades executórias. Em verdade, muitos dos questionamentos que se encontram em aberto ainda não foram suficientemente amadurecidos por nossos tribunais superiores, tendo em vista o pouco tempo transcorrido desde o delineamento do instituto no Direito brasileiro.

No que se refere à distinção entre a rogatória e o auxílio direto passivos, o mencionado artigo 7º, parágrafo único da Resolução nº. 9³² sinaliza para a formulação de uma resposta. Segundo a regra ali consubstanciada, o critério diferenciador reside na necessidade do juízo de delibação. Ausente esta, o pedido de cooperação deve ser remetido ao Ministério da Justiça, onde deverão ser tomadas as providências necessárias a seu cumprimento pela via do auxílio direto. Idêntica solução é oferecida pelo artigo 1º, *caput* da Portaria Conjunta nº. 1 - MJ/PGR/AGU³³.

A aparente clareza do parâmetro distintivo adotado, todavia, cai por terra quando se percebe o vazio normativo acerca dos atos que impescindem da concessão do *exequatur*, levando à transferência do foco da pergunta: quais medidas, afinal, necessitam do juízo de delibação a ser exercido pelo Superior Tribunal de Justiça? As solicitações estrangeiras executórias precisam passar pelo juízo formal deliberatório? Ou é justamente nos pedidos executórios mais complexos, isto é, que exigem uma cognição plena acerca do objeto requerido, que não haverá necessidade do juízo de delibação?

A incerteza acerca do desfecho dessa querela é facilmente identificada quando se comparam as manifestações ofertadas pela Procuradoria Geral da República no bojo das Cartas Rogatórias nº. 1.879 e 2.484. Em ambas, o órgão ministerial opinou pela desnecessidade do juízo deliberatório e, conseqüentemente, pela adoção do auxílio direto como instrumento de cooperação. Na primeira, entretanto, o fundamento utilizado estribou-se na complexidade do caso sob análise, que, por envolver a investigação do

³² Art. 7º. As cartas rogatórias podem ter por objeto atos decisórios ou não decisórios.

Parágrafo único. Os pedidos de cooperação jurídica internacional que tiverem por objeto atos que não ensejem juízo de delibação pelo Superior Tribunal de Justiça, ainda que denominados como carta rogatória, serão encaminhados ou devolvidos ao Ministério da Justiça para as providências necessárias ao cumprimento por auxílio direto.

³³ Art. 1º. Os pedidos de cooperação jurídica internacional passiva em matéria penal, que se sujeitem à competência da Justiça Federal e que não ensejem juízo de delibação do Superior Tribunal de Justiça, serão encaminhados pelo DRCI ao CCJI para que este proceda à distribuição dos pedidos às unidades do Ministério Público Federal com atribuição para promover judicialmente os atos necessários à cooperação.

braço brasileiro da organização criminosa investigada, ultrapassaria o juízo meramente deliberatório e exigiria uma cognição plena.

Na segunda, o parecer ministerial favorável ao emprego do auxílio direto fundou-se no fato de se tratar tão-somente de diligências policiais, as quais, segundo o entendimento ali perfilhado, poderiam ser realizadas por cooperação direta entre as autoridades policiais e administrativas de cada um dos países, não dependendo da concessão de *exequatur*. Ao proferir as decisões nas referidas rogatórias, o Superior Tribunal de Justiça desconsiderou os pareceres ministeriais, ordenando que a execução das diligências solicitadas ocorresse via carta rogatória.

Para formar as razões de seu convencimento, a Corte Superior utilizou como precedente o Habeas Corpus nº. 85.588, de 04/04/2006, em que a Primeira Turma do Supremo Tribunal Federal assim entendeu, por maioria:

A prática de atos decorrentes de pronunciamento de autoridade estrangeira em território nacional, objetivando o combate ao crime, pressupõe carta rogatória a ser submetida, sob o ângulo da execução, ao crivo do Superior Tribunal de Justiça, não cabendo potencializar a cooperação internacional a ponto de colocar em segundo plano formalidade essencial à valia dos atos a serem realizados.

Invocando a decisão sufragada pela Corte Suprema, o Superior Tribunal de Justiça concluiu que, ante o disposto no artigo 105, I, *i* da Lei Maior, a única via admissível para a solicitação de diligência proveniente do exterior é mesmo a carta rogatória, a qual, a toda evidência, deve submeter-se ao crivo prévio daquele Tribunal Superior. Assim, a despeito do artigo 7º, parágrafo único da Resolução nº 9, a execução de diligências solicitadas por Estado estrangeiro tem de ocorrer via carta rogatória, pois o mandamento emanado da resolução sucumbe ante a disposição constitucional.

A adoção do referido entendimento acabou por comprometer sobremaneira a utilidade da cooperação jurídica internacional na modalidade de auxílio direto passivo de natureza penal, esvaziando-lhe o âmbito de incidência. No atual panorama normativo e jurisprudencial brasileiro, as únicas medidas rogadas situadas à margem do controle jurisdicional pela via do *exequatur* e, portanto, passíveis de serem implementadas por meio de auxílio direto são aquelas não executórias, meramente instrutórias, isto é, que não pressupõem a realização de diligências em território nacional.

Em matéria de auxílio direto, o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça – DRCI exerce função fundamental. Figurando como autoridade central na tramitação de pedidos de

assistência entre o Brasil e os demais países, o órgão desempenha a importante missão de comandar as ações de combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional. Atualmente, o rol de atividades a serem desempenhadas pelo DRCI está descrito de maneira minudente no artigo 11 do Decreto nº. 6.061, de 15/03/2007³⁴.

Atente-se para a atribuição discriminada no inciso VI do referido dispositivo, consistente em instruir, opinar e coordenar a cooperação jurídica internacional ativa e passiva, inclusive quando o instrumento adotado for a carta rogatória. Esse encargo apresenta relevância capital, uma vez que, por meio dele, o DRCI veio a ocupar o centro das atenções no que diz respeito à atuação brasileira na mútua colaboração entre Estados. Embora deva marcar presença tanto na cooperação por rogatória quanto na por auxílio direto, é nesta última modalidade que o DRCI mais tem se destacado.

Tal se dá porque esse sistema de cooperação direta é processado justamente via autoridades centrais, que concentram a tramitação dos pedidos de assistência ativos (formulados por órgão do judiciário brasileiro e destinados ao exterior) e passivos (que partem de autoridades estrangeiras e dirigem-se ao Brasil). Como a utilização do auxílio direto depende da existência de acordos bilaterais ou do oferecimento de garantia de reciprocidade, grande parte do papel articulador do DRCI é exercida mediante o contato com representantes dos países estrangeiros.

Como resultado da atuação bem-sucedida do DRCI, elencam-se os tratados de cooperação bilateral firmados com a Colômbia, os Estados Unidos, a França, a Itália, Portugal, a Coréia e o Peru, sem se olvidar do tratado multilateral celebrado com os

³⁴ Art. 11. Ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional compete:

- I - articular, integrar e propor ações do Governo nos aspectos relacionados com o combate à lavagem de dinheiro, ao crime organizado transnacional, à recuperação de ativos e à cooperação jurídica internacional;
- II - promover a articulação dos órgãos dos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário, inclusive dos Ministérios Públicos Federal e Estaduais, no que se refere ao combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional;
- III - negociar acordos e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional;
- IV - exercer a função de autoridade central para tramitação de pedidos de cooperação jurídica internacional;
- V - coordenar a atuação do Estado brasileiro em foros internacionais sobre prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional, recuperação de ativos e cooperação jurídica internacional;
- VI - instruir, opinar e coordenar a execução da cooperação jurídica internacional ativa e passiva, inclusive cartas rogatórias; e
- VII - promover a difusão de informações sobre recuperação de ativos e cooperação jurídica internacional, prevenção e combate à lavagem de dinheiro e ao crime organizado transnacional no País.

demais países do Mercosul. Nas hipóteses de inexistência de acordo de cooperação e inviabilidade de se estabelecer o auxílio direto com base na garantia de reciprocidade, o DRCI encaminha a resposta negativa ao Ministério das Relações Exteriores para que este a repasse, por via diplomática, ao país destinatário.

5.4 Exemplos concretos de auxílio direto: cooperação entre Brasil e Suíça e intercâmbio de informações entre Brasil e EUA

A fim de ilustrar mais claramente a maneira como se processa o auxílio direto na ordem jurídica brasileira, trazem-se à colação dois exemplos concretos: a cooperação entre o Brasil e a Suíça e o intercâmbio de informações entre o Brasil e os Estados Unidos. No primeiro caso, ante a inexistência de tratado de cooperação em vigor, os pedidos de assistência ativos têm de ser lastreados na garantia de reciprocidade. No segundo, a cooperação é processada por meio do denominado Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal – MLAT.

Na cooperação entre Brasil e Suíça, é imperiosa a fiel observância dos requisitos enumerados no item 13 da Portaria nº. 26, de 14/08/1990³⁵, bem assim das

³⁵ Publicada no DOU de 16/08/1990.

³⁶ 13 - Todo pedido de auxílio judiciário em matéria penal endereçado à Suíça, consoante indicações do Departamento Federal da Justiça e Polícia da Confederação Suíça, deve respeitar as condições e conter as indicações seguintes:

13.1 - Base legal:

- a) Convenção europeia de auxílio judiciário em matéria penal de 20 de abril de 1959 / outro Acordo contendo as disposições sobre auxílio judiciário; ou
- b) Tratado bilateral; ou
- c) Declaração/acordo de reciprocidade.

13.2 - Autoridade requerente:

- a) designar a autoridade encarregada do inquérito ou da investigação penal; e
- b) indicar o órgão/a autoridade penal competente de onde se originou o pedido.

13.3 - Objeto do requerimento:

- a) inquérito ou procedimento penal iniciado perante uma autoridade judiciária; ou
- b) inquérito preliminar de uma autoridade encarregada da instrução das infrações dentro da medida ou se é possível fazer apelação ao juiz penal no curso do procedimento estrangeiro.

13.4 - Pessoas demandadas/culpadas:

- a) indicar, também, precisamente, de forma que possibilite a identificação da pessoa demandada/culpada (nome, prenome, nacionalidade, data e lugar de nascimento, profissão, endereço etc.).

13.5 - Exposição dos fatos e qualificação jurídica:

- a) descrever os fatos essenciais, indicando o lugar, a data e a maneira pela qual a infração foi cometida. Quando o estado dos fatos for complexo ou se aconteceu em co-autoria, um resumo dos fatos principais; e
- b) indicar a qualificação jurídica dos fatos (assassinato, roubo, estelionato, etc.).

13.6 - Motivo do requerimento:

- a) demonstrar a relação do processo estrangeiro com as medidas solicitadas;
- b) indicar, de forma precisa, as provas requeridas e as diligências solicitadas (bloqueio da conta X junto ao banco Y; penhora/remessa dos documentos XY; oitiva da testemunha Z etc.);
- c) no caso de inquirir pessoas, elaborar um questionário;
- d) em caso de investigação, de busca, de penhora e de remessa, juntar um atestado da legalidade das medidas no Estado requerente (não se aplica aos Estados com os quais não existe acordo de auxílio judiciário em matéria penal).

diversas imposições de ordem material determinadas pela Suíça. A primeira delas é o respeito ao princípio da dupla incriminação, ou seja, a exigência de que a conduta delitiva descrita no pedido de assistência seja punível também sob a jurisdição do país rogado. Assim, não se faz necessário que haja uma correspondência literal entre os tipos penais, mas apenas que a conduta seja passível de sofrer incidência penal em ambos os Estados.

Outra singularidade a ser observada nos pleitos endereçados pelas autoridades brasileiras à Suíça diz respeito ao princípio da especialidade, segundo o qual as informações liberadas pela autoridade requerida não podem ser utilizadas para finalidades diversas daquelas para as quais foram prestadas. A inobservância a essa regra já ocasionou, em um dado caso concreto narrado por Dora Cavalcanti Cordani (2008, p. 128), a prejudicialidade do pedido, uma vez que se conseguiu comprovar que os documentos obtidos pelo Brasil com a finalidade de instruir ação penal por lavagem de dinheiro haviam sido indevidamente compartilhados com a Receita Federal.

No Acordo de Assistência Judiciária em Matéria Penal firmado com os Estados Unidos, por outro lado, o trânsito de documentos não depende da dupla incriminação e os mecanismos de intercâmbio de informações afiguram-se bem mais flexíveis. Esses fatores, inclusive, têm sido alvo de severas críticas por parte da doutrina especializada e dos profissionais da advocacia que litigam na área, uma vez que a obscuridade com que, muitas vezes, as informações são obtidas dificulta sobremaneira a participação da parte atingida na formação da *opinio delicti*.

13.7 - Aplicação do direito processual estrangeiro para a execução (exceção):

- a) mencionar a razão de se aplicar o dispositivo legal estrangeiro para a execução; e
- b) reproduzir o dispositivo legal em questão. (...)

13.9 - Forma do requerimento:

- a) escrito;
- b) a legalização dos documentos oficiais não é necessária.

13.10 - Língua/tradução:

- a) redigir o requerimento na língua alemã, francesa ou italiana; ou
- b) juntar uma tradução em uma destas três línguas oficiais. (...)

CONSIDERAÇÕES FINAIS

No primeiro capítulo deste trabalho, demonstrou-se que a criminalidade de colarinho branco possui inúmeras peculiaridades que a distinguem da delinquência convencional, tais como a pessoa do criminoso, a amplitude dos efeitos irradiados, a mediatidade da violência e a sofisticação dos meios empregados. Para garantir o

oferecimento de uma resposta penal eficiente e consentânea com as especificidades de que se revestem esses delitos, os órgãos de persecução penal devem lançar mão de diversos mecanismos preventivos e repressivos.

Em um segundo momento, abordou-se o emprego da quebra de sigilo de dados como instrumento de investigação. Como os crimes de colarinho branco costumam envolver a movimentação de uma alta soma de recursos financeiros, ocultados por meio de transações com uma falsa aparência de licitude, constantemente se torna necessário promover o afastamento dos dados bancários e fiscais dos investigados. O sistema de sigilos no Brasil é diuturnamente utilizado para a blindagem da criminalidade econômica, reclamando futuro aprimoramento.

Em seguida, analisou-se a utilidade da tutela cautelar para garantir a reparação do dano patrimonial causado pela criminalidade de colarinho branco. Com efeito, a criminalidade econômica é capaz de movimentar uma elevadíssima soma de recursos financeiros, os quais são distribuídos, camuflados e dissimulados de maneira bastante rápida e engenhosa, exigindo que se adotem urgentes providências acautelatórias patrimoniais. Na atual ordem jurídica brasileira, todavia, a obscuridade com que essas medidas são reguladas acaba por retirar-lhes a eficácia.

Posteriormente, enfrentou-se a profícua discussão acerca do enquadramento jurídico-penal dos crimes de colarinho branco, enfatizando-se as finalidades que a sanção penal assume no ordenamento jurídico brasileiro. A tese sufragada foi no sentido de que as condutas praticadas pela macrocriminalidade deveriam sofrer incidência penal, e a sanção a ser adotada, em virtude de sua maior aptidão preventiva e retributiva, deveria ser realmente a privação da liberdade, juntamente com a pena pecuniária. Admitiu-se, entretanto, que, nas hipóteses em que o delito seja cometido de maneira ocasional, e o ganho decorrente do crime não seja elevado, poder-se-ia lançar mão da pena substitutiva.

No último capítulo, examinou-se o instituto da cooperação jurídica internacional, que restou reconhecido como relevante instrumento de facilitação das investigações em crimes de colarinho branco. Cotejando-se os prós e os contras das cartas rogatórias e do auxílio direto, principais meios de cooperação jurídica vigentes no ordenamento jurídico brasileiro, concluiu-se que a incerteza gerada pelo deserto

normativo em que o auxílio se encontra esvaziado sobremaneira o âmbito de incidência.

Sem qualquer pretensão de esgotar o tema, buscou-se, ao longo da elaboração do presente trabalho, apontar caminhos para uma adequada e efetiva persecução penal dos crimes de colarinho branco. Ficaram de fora importantes institutos do Direito Constitucional e Processual Penal, como a interceptação telefônica e a busca e apreensão. Tal não se deu por esquecimento, mas pela real necessidade de fazer escolhas e adequar-se à exigüidade do tempo. Ainda assim, dada a complexidade do assunto e a pouca evolução da ordem jurídico-penal brasileira no combate à macrocriminalidade, a missão tencionada afigurou-se verdadeiramente hercúlea.

REFERÊNCIAS

BADARÓ, Gustavo Henrique Righi Ivahy. Medidas cautelares patrimoniais no processo penal, *in* **Crimes econômicos e processo penal**. Celso Sanchez Vilardi, Flávia

Rahal Bresser Pereira e Theodomiro Dias Neto (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2008.

BALTAZAR JÚNIOR, José Paulo. **Sigilo bancário e privacidade**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2005.

BARROS, Marco Antonio de. **Lavagem de capitais e obrigações civis correlatas: com comentários, artigo por artigo, à Lei 9613/98**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2007.

CORDANI, Dora Cavalcanti. Cooperação jurídica internacional em matéria penal no Brasil: as cartas rogatórias e o auxílio direto – controle dos atos pela parte atingida, *in* **Crimes econômicos e processo penal**. Celso Sanchez Vilardi, Flávia Rahal Bresser Pereira e Theodomiro Dias Neto (coordenadores). São Paulo: Saraiva, 2008.

DE SANCTIS, Fausto Martin. **Combate à lavagem de dinheiro – teoria e prática**. São Paulo: Millenium, 2008.

DIAS, Jorge de Figueiredo. **Temas básicos da doutrina penal – sobre os fundamentos da doutrina penal sobre a doutrina geral do crime**. Coimbra: Coimbra, 2001.

FELDENS, Luciano. **Tutela penal de interesses difusos e crimes do colarinho branco – por uma relegitimação da atuação do Ministério Público: uma investigação à luz dos valores constitucionais**. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2002.

FERRAJOLI, Luigi. **Direito e Razão – Teoria do Garantismo Penal**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

FISCHER, Douglas. **Delinquência Econômica e Estado Social e Democrático de Direito – Uma Teoria à Luz da Constituição**. Porto Alegre: Verbo Jurídico, 2006.

FURLAN, Fabiano Ferreira. **Sigilo bancário**. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

HASSEMER, Winfried. **Crisis y características del moderno derecho penal – Actualidad Penal**. Madrid, n.º. 43/22 de 1993.

JAKOBS, Günther e MELIÁ, Manuel Cancio. **Derecho Penal del Enemigo**. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2005.

LARA, Victor Emanuel Alves de. **Comentários à lei do sigilo bancário**. São Paulo: LTr, 2006.

PIMENTEL, Manoel Pedro. **Crimes contra o sistema financeiro nacional: comentários à Lei 7.492, de 16.6.86**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1987.

SÁNCHEZ, Jesús Maria Silva. **La expansión del derecho penal – aspectos de la política criminal em las sociedades postindustriales.** Buenos Aires: Euros Editores, 2006.

SANTOS, Cláudia Maria Cruz. **O crime de colarinho branco: da origem do conceito e sua relevância criminológica à questão da desigualdade na administração da justiça penal.** Coimbra: Coimbra, 2001.

STRECK, Lenio Luiz. As (novas) penas alternativas à luz da principiologia do estado democrático de direito e do controle de constitucionalidade, *in A Sociedade, a Violência e o Direito Penal.* Ney Fayet Junior e Simone Prates Miranda Corrêa (organizadores). Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2000.

ZAFARONI, Eugênio Raúl; PIERANGELI, José Henrique. **Manual de Direito Penal Brasileiro.** São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.