



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS
REGIONAL GOIÁS
CURSO DE DIREITO

THIAGO FERREIRA CABALINE

A (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO *INSIDER TRADING* À LUZ DA CRIMINOLOGIA
CRÍTICA: UMA ANÁLISE DO CASO JBS S/A

CIDADE DE GOIÁS
2020



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

TERMO DE CIÊNCIA E DE AUTORIZAÇÃO PARA DISPONIBILIZAR VERSÕES ELETRÔNICAS DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO DE GRADUAÇÃO NO REPOSITÓRIO INSTITUCIONAL DA UFG

Na qualidade de titular dos direitos de autor, autorizo a Universidade Federal de Goiás (UFG) a disponibilizar, gratuitamente, por meio do Repositório Institucional (RI/UFG), regulamentado pela Resolução CEPEC no 1240/2014, sem ressarcimento dos direitos autorais, de acordo com a Lei no 9.610/98, o documento conforme permissões assinaladas abaixo, para fins de leitura, impressão e/ou download, a título de divulgação da produção científica brasileira, a partir desta data.

O conteúdo dos Trabalhos de Conclusão dos Cursos de Graduação disponibilizado no RI/UFG é de responsabilidade exclusiva dos autores. Ao encaminhar(em) o produto final, o(s) autor(a)(es)(as) e o(a) orientador(a) firmam o compromisso de que o trabalho não contém nenhuma violação de quaisquer direitos autorais ou outro direito de terceiros.

1. Identificação do Trabalho de Conclusão de Curso de Graduação (TCCG)

Nome(s) completo(s) do(a)(s) autor(a)(es)(as): THIAGO FERREIRA CABALINE

Título do trabalho: A (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO INSIDER TRADING À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA: UMA ANÁLISE DO CASO JBS S/A.

2. Informações de acesso ao documento (este campo deve ser preenchido pelo orientador) Concorda com a liberação total do documento [x] SIM [] NÃO¹

[1] Neste caso o documento será embargado por até um ano a partir da data de defesa. Após esse período, a possível disponibilização ocorrerá apenas mediante: a) consulta ao(à)(s) autor(a)(es)(as) e ao(à) orientador(a); b) novo Termo de Ciência e de Autorização (TECA) assinado e inserido no arquivo do TCCG. O documento não será disponibilizado durante o período de embargo.

Casos de embargo:

- Solicitação de registro de patente;
- Submissão de artigo em revista científica;
- Publicação como capítulo de livro.

Obs.: Este termo deve ser assinado no SEI pelo orientador e pelo autor.



Documento assinado eletronicamente por **THIAGO FERREIRA CABALINE, Discente**, em 06/08/2021, às 19:19, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).

Documento assinado eletronicamente por **Fernanda De Paula Ferreira Moi, Professor do Magistério**



Superior, em 09/08/2021, às 13:14, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **2264120** e o código CRC **D18A6C37**.

Referência: Processo nº 23070.054417/2020-16

SEI nº 2264120

THIAGO FERREIRA CABALINE

A (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO *INSIDER TRADING* À LUZ DA CRIMINOLOGIA
CRÍTICA: UMA ANÁLISE DO CASO JBS S/A

Monografia apresentada à Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas da Universidade Federal de Goiás, regional Goiás, como Trabalho de Conclusão de Curso, requisito para obtenção do grau de bacharel em Direito.

Orientadora: Doutora Fernanda de Paula Ferreira Moi

CIDADE DE GOIÁS

2020

Ficha de identificação da obra elaborada pelo autor, através do Programa de Geração Automática do Sistema de Bibliotecas da UFG.

Cabaline, Thiago Ferreira

A (des)criminalização do insider trading à luz da Criminologia Crítica:
Uma análise do caso JBS S/A [manuscrito] / Thiago Ferreira
Cabaline. - 2020.

108 f.: il.

Orientador: Profa. Dra. Fernanda de Paula Ferreira Moi.
Trabalho de Conclusão de Curso (Graduação) - Universidade
Federal de Goiás, Unidade Acadêmica Especial de Ciências
Sociais Aplicadas, , Cidade de Goiás, 2020.

Bibliografia.

Inclui siglas, fotografias, abreviaturas, lista de figuras.

1. Criminalização. 2. Insider trading. 3. Mercado de capitais. 4.
Criminologia crítica. 5. JBS. I. Moi, Fernanda de Paula Ferreira, orient.
II. Título.

CDU 347.1



UNIVERSIDADE FEDERAL DE GOIÁS
UNIDADE ACADÊMICA ESPECIAL DE CIÊNCIAS SOCIAIS APLICADAS

ATA DE DEFESA DE TRABALHO DE CONCLUSÃO DE CURSO

Ao(s) 11 dia(s) do mês de dezembro do ano de 2020 iniciou-se a sessão pública de defesa do Trabalho de Conclusão de Curso (TCC) intitulado “A (DES)CRIMINALIZAÇÃO DO INSIDER TRADING À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA: UMA ANÁLISE DO CASO JBS S/A.”, de autoria de Thiago Ferreira Cabaline, do curso de Direito, do(a) Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas, da UFG. Os trabalhos foram instalados pelo(a) Profa. Dra. Fernanda de Paula Ferreira Moi - Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas, com a participação dos demais membros da Banca Examinadora: Professor Doutor Marcelo de Barros Barreto, do(a) Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas, da UFG e Professor Mestre Allan Hahnemann Ferreira, do(a) Unidade Acadêmica Especial de Ciências Sociais Aplicadas, da UFG. Após a apresentação, a banca examinadora realizou a arguição do(a) estudante. Posteriormente, de forma reservada, a Banca Examinadora atribuiu a nota final de 10,0 (dez) , tendo sido o TCC considerado aprovado.

Proclamados os resultados, os trabalhos foram encerrados e, para constar, lavrou-se a presente ata que segue assinada pelos Membros da Banca Examinadora.



Documento assinado eletronicamente por **Allan Hahnemann Ferreira, Professor do Magistério Superior**, em 15/12/2020, às 10:29, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Marcelo De Barros Barreto, Professor do Magistério Superior**, em 17/12/2020, às 09:53, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



Documento assinado eletronicamente por **Fernanda De Paula Ferreira Moi, Professor do Magistério Superior**, em 10/08/2021, às 14:49, conforme horário oficial de Brasília, com fundamento no art. 6º, § 1º, do [Decreto nº 8.539, de 8 de outubro de 2015](#).



A autenticidade deste documento pode ser conferida no site https://sei.ufg.br/sei/controlador_externo.php?acao=documento_conferir&id_orgao_acesso_externo=0, informando o código verificador **1752295** e o código CRC **9F9AC87D**.

AGRADECIMENTOS

Meu grande sonho começou em 2017 e, há pouco, estará concretizado, apenas no sentido material de portar um diploma, pois já o considero um sonho realizado. Nesses três anos de UFG – Regional Goiás, muitos foram os aprendizados, as parcerias, as amizades, as labutas, os sofrimentos, mas, sobretudo, as alegrias. Estudar na UFG foi e é a oportunidade de crescer, academicamente, pessoalmente e profissionalmente. Um grande sonho que me permitiu alçar novos voos, mergulhar em águas escuras, descobrir novas espécimes. Metáforas à parte, estudar na UFG me possibilitou continuar a perseguir todos os sonhos grandes que, em muito breve, se tornaram conquistas.

Dito isto, o sentimento é de gratidão.

Gratidão à Deus.

Gratidão à minha família, pelo apoio incondicional, não medindo esforços em fornecer todo o subsídio para minha formação enquanto ser humano

Gratidão aos meus amigos e às minhas amigas, tanto os que levo do ensino médio, como, principalmente, os que a universidade e a vida me proporcionaram – os e as quais não nominarei, pois faço questão de dizer pessoal ou privativamente

Gratidão às aos docentes, que tanto se importam conosco e prezam pela troca de saberes e vivências, especialmente aos que contribuíram para a realização do presente trabalho.

Gratidão ao Grupo Goiano de Criminologia – CRIMIDEIA, que pretendo participar para além dos muros acadêmicos.

Gratidão à tantas outras pessoas e grupos que contribuíram para que este momento fosse possível. Também, aos que já foram.

Meu sincero agradecimento, que jamais conseguirá ser expressado inteiramente em tão poucas palavras, mas que reverbera na forma de memórias que edificamos juntos e nas que ainda iremos construir.

“São as nossas escolhas, Harry, que revelam o que realmente somos, muito mais do que as nossas qualidades”

Alvo Dumbledore

RESUMO

A prisão preventiva dos irmãos Batista colocou em discussão o delito do uso indevido de informação privilegiada, mais conhecido por *insider trading*, tipificado no Art. 27-D da Lei nº 6.385/1976, passível de punição na esfera administrativa, cível e penal. A discussão pautada acerca do delito gira em torno de uma maior punição, importando em endurecimento das penas já existentes ou novas penas. Discursos que motivaram nova legislação, Lei nº 13.506/2017, que promoveu uma maior criminalização, uma vez que ampliou os sujeitos passíveis de punibilidade. Partindo desse pressuposto, objetiva-se a análise da criminalização do *insider trading*, quais as bases históricas legitimadoras, inclusive desses discursos punitivistas. Também, vislumbra-se compreender o campo em que o delito é cometido, isto é, o Mercado de Capitais e órgão responsável por este, no caso, a Comissão de Valores Mobiliários. Traçar o panorama dos crimes contra o Mercado de Capitais, para, então, adentrar ao uso indevido de informação privilegiada, como também vislumbrar a criminalização à luz da Criminologia Crítica, no objetivo de entender qual a influência midiática e social para a punibilidade e também para os discursos punitivistas. Não obstante, realizar o estudo do caso JBS S/A, no intuito de visualizar em um caso concreto todas as bases teóricas levantadas. Ao final, espera-se afirmar se a criminalização é ou não meio de solução de conflitos, e não sendo, conjecturar um novo caminho. Partimos do ponto de vista metodológico da pesquisa bibliográfica e documento, com consultas a fontes legislativos, documentos judiciais, notícias e reportagens, apoiados em uma perspectiva dialético-histórica. Tivemos como referências teóricas importantes análises de Eros Grau (2010), Assaf Neto (2014), Viviane Muller Prado (2016) Luiz Regis Prado (2019), Oliveira e Bottino (2012) Ryanna Veras (2014), Fernando Acosta (2004) e Zaffaroni (1989, 2013, 2014).

Palavras-Chave: Criminalização; *Insider Trading*; Mercado de Capitais; Criminologia Crítica, JBS.

ABSTRACT

The preventive detention of the Batista brothers brought into question the crime of improper use of privileged information, better known as insider trading, typified in Art. 27-D of Law No. 6,385 / 1976, subject to punishment in the administrative, civil and penal spheres. The ruled discussion about the offense revolves around a greater punishment, importing in hardening of the already existing penalties or new penalties. Speeches that motivated new legislation, Law No. 13,506 / 2017, which promoted greater criminalization, since it increased the subjects subject to punishment. Based on this assumption, the objective is to analyze the criminalization of insider trading, which are the legitimating historical bases, including these punitive discourses. Also, it is envisaged to understand the field in which the crime is committed, that is, the Capital Market and the body responsible for it, in this case, the Securities and Exchange Commission. To outline the panorama of crimes against the Capital Market, to then enter into the improper use of privileged information, as well as to envision criminalization in the light of Critical Criminology, in order to understand the media and social influence for punishment and also for punitivist speeches. Nevertheless, carry out the study of the JBS S / A case, in order to visualize in a specific case all the theoretical bases raised. In the end, it is expected to affirm whether criminalization is a means of conflict resolution or not, and is not, to conjecture a new path. We start from the methodological point of view of bibliographic research and document, with consultations with legislative sources, judicial documents, news and reports, supported in a dialectical-historical perspective. We had as important theoretical references analyzes of Eros Grau (2010), Assaf Neto (2014), Viviane Muller Prado (2016) Luiz Regis Prado (2019), Oliveira and Bottino (2012) Ryanna Veras (2014), Fernando Acosta (2004) and Zaffaroni (1989, 2013, 2014)

Keywords: Criminalization; Insider Trading; Capital Market; Critical Criminology, JBS.

LISTA DE ILUSTRAÇÕES

FIGURA 1	ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL	40
FIGURA 2	ORGANOGRAMA DA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS	47

LISTA DE ABREVIATURAS E SIGLAS

Bacen	Banco Central
BB	Banco do Brasil
BNDES	Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social
CADE	Conselho Administrativo de Defesa Econômica
CEF	Caixa Econômica Federal
CF	Constituição Federal
CMN	Conselho Monetário Nacional
CPC	Código de Processo Civil
CPI	Comissão Parlamentar de Inquérito
CPP	Código de Processo Penal
CVM	Comissão de Valores Mobiliários
DF	Distrito Federal
DJe	Diário de Justiça Eletrônico
Dra	Doutora
DRCI	Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional
EUA	Estados Unidos da América
FIPECAFI	Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras
HC	Habeas Corpus
Ltda	Limitada
Min	Ministro
MM	Meritíssimo
MPF	Ministério Público Federal
PGR	Procuradoria Geral da República
Rel	Relator
RHC	Recurso Ordinário em Habeas Corpus
S.A / S/A	Sociedade Anônima

SBPE	Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo
SFN	Sistema Financeiro Nacional
SP	São Paulo
SPPEA	Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise
STF	Supremo Tribunal Federal
STJ	Superior Tribunal de Justiça
TRF3	Tribunal Regional Federal da 3ª Região

SUMÁRIO

	INTRODUÇÃO	14
1	ESTADO, MERCADO E PODER PUNITIVO	17
1.1	O SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO: DA VOCAÇÃO À MANUTENÇÃO DO MODO DE PRODUÇÃO	17
1.2	MERCADO E AS FUNÇÕES DO ESTADO	21
1.3	INIMIGOS DO DIREITO PENAL: O HISTÓRICO DO PODER PUNITIVO	25
2	O CAMPO DO DELITO: CONTEXTUALIZAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS E DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS	34
2.1	ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL	34
2.2	MERCADO DE CAPITAIS OU MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS	41
2.3	COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS	44
3	<i>INSIDER TRADING</i>: ANÁLISE DOS DELITOS DE COLARINHO BRANCO À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA	50
3.1	DOS CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS: ART. 27-C E ART. 27- E DA LEI Nº 6.385/1976	50
3.2	DO <i>INSIDER TRADING</i> : USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA	54
3.3	CRIMES DE COLARINHO BRANCO OU ILEGALISMOS PRIVILEGIADOS: SOBRE A (DES)CRIMINALIZAÇÃO	56
4	ESTUDO DE CASO: JBS S/A	67
	CONCLUSÃO	99
	REFERÊNCIAS	103

INTRODUÇÃO

Os discursos punitivistas proferidos tanto pelos operadores e operadoras do Direito como pela sociedade são importantes fatores de legitimação da atuação cada vez mais expansiva do Sistema Penal. Discursos que dotam a pena de uma função e racionalizam a estrutura penal, de forma que o sistema é tido como idôneo para solucionar os conflitos (ZAFFARONI, 1989). Isto é, qualquer conflito social deve ser capaz de provocar o poder punitivo, e deve ser resolvido com pena privativa de liberdade – quando não estamos diante de discursos extremistas que defendem a pena de morte ou prisão perpétua.

Se tratando de crimes econômicos ou financeiros, os discursos, que antes eram escassos, ganharam forças com a Operação Lava Jato, onde toda a persecução penal fora televisionada e amplamente vista. Em detrimento da Operação, qualquer outro suposto crime econômico ou financeiro é exaustivamente noticiado pela mídia. Assim foi o caso dos supostos delitos praticados pelos irmãos que compõem a mesa diretiva da empresa multinacional JBS S/A, colocado em evidência um delito específico e pouco conhecido: o *insider trading*, o uso indevido de informação privilegiada. Nesse sentido, quais são as raízes do discurso punitivista? Qual o contexto e o campo em que o delito de uso indevido de informação privilegiada ocorre? O que de fato é o delito *insider trading* e o que é um crime de colarinho branco? Em fim último, quais as razões para a criminalização do *insider trading*?

Tendo em vista a problemática estabelecida, o objetivo é analisar a criminalização do *insider trading*, compreender em que bases se funda o Estado e o poder punitivo, assim como os discursos punitivistas. É necessário compreender o campo em que o delito ocorre – o Mercado de Capitais – para vislumbrar suas especificidades, inclusive o que de fato é o uso indevido de informação privilegiada. Ainda, objetiva-se promover um estudo do caso JBS S/A, o primeiro caso brasileiro que importou em prisão preventiva frente ao *insider trading*.

O trabalho demonstra sua pertinência à medida que o *insider trading* ganha mais reconhecimento, tanto pelos Tribunais como pelos meios de comunicação. É um assunto ainda pouco debatido, tendo em vista a complexidade e interdisciplinaridade que demanda, e quando pautado em debates, os discursos imediatistas acabam por gerar opiniões punitivistas e simplistas, sem haver uma real preocupação com o bem jurídico tutelado – o bom funcionamento e a credibilidade do Mercado de Valores Mobiliários –, em contrapartida com o apelo por penas privativas de liberdade de longa duração. Pautar a criminalização do *insider trading* a partir da realidade do capitalismo vigente e à luz da criminologia se mostra

imprescindível para o esclarecimento e aprofundamento do sistema penal diante aos crimes de colarinho branco.

Partindo de uma abordagem dialético-histórica, a qual se apresenta como possibilidade teórica de interpretação, caracterizando-se como maneira de se pensar, através da materialidade histórica da vida dos seres em sociedade, discutindo-se as leis fundamentais que definem a forma a qual os homens em sociedade se organizam através da História, proceder-se-á à análise destas compreensões da realidade quando ao Estado, mercado e poder punitivo. Em seguida, analisar-se-á, mediante revisão bibliográfica, o Mercado de Valores Mobiliários, sua contextualização e particularidades, assim como o delito *insider trading* à luz da criminologia. Ainda, se traçará o estudo do caso JBS S/A, mediante a análise de documentos judiciais – autos, decisões, denúncias, termos, habeas corpus – se valendo, também, de revisão bibliográfica e qualitativa. A escolha pelo estudo de caso se justifica pois, para Robert K. Yin (2014) a pesquisa que trabalha com o estudo de caso é muito adequada para as Ciências Sociais e, mais especificamente, para as Ciências Sociais Aplicadas uma vez que, para além de outras características, se apresenta como ideal para se analisar acontecimentos contemporâneos em condições contextuais, apresentando-se, assim como estratégia de pesquisa globalizante.

Dessa maneira, no primeiro capítulo, far-se-á o estudo do caso JBS S/A, que importou na primeira prisão preventiva brasileira por *insider trading* em desfavor dos irmãos Batista. Procedendo na análise bibliográfica do processo penal a partir de Francesco Carnelutti (1995) e documental dos autos da prisão preventiva, das decisões judiciais, das denúncias oferecidas pelo Ministério Público Federal, dos Termos firmados e dos diversos Habeas Corpus impetrados tanto no juízo da causa, como nos tribunais superiores.

Evidenciar-se-á, ainda neste capítulo, a criminalização do *insider trading* para vislumbrar se, de fato, há um devido processamento legal e se podemos falar em bem jurídico tutelado, ou, se a solução é a descriminalização. Sendo a segunda, tentar-se-á apontar um caminho para proceder a punibilidade dos autores, garantindo a segurança, a estabilidade e a credibilidade do Mercado de Valores Mobiliários.

No segundo capítulo da presente pesquisa, buscou-se traçar o panorama histórico do surgimento do Estado moderno, a instituição do mercado e o poder punitivo. Levantamos a vocação estatal e a importância do Estado em manter o modo de produção capitalista, assim como demonstramos o mercado enquanto instituição jurídica, suas exigências para o devido funcionamento, e as funções do Estado. Contou-se com as assertivas de Eros Grau (2010), Karl Polanyi (2011) e Ferdinand Lassalle (1993). A fim de levantar, ainda, o histórico do

poder punitivo na eleição de inimigos do Direito Penal (ZAFFARONI, 2014), desde suas origens romanas, as mudanças que sofreu, até sua legitimidade contemporânea, recorreu-se à Eugenio Raúl Zaffaroni (1989, 2014).

No terceiro capítulo, apresentar-se-á o contexto das Constituições, acarretando no surgimento da Ordem Econômica contida na Constituição Federal (1988) que importou na estruturação do Sistema Financeiro Nacional. É a partir deste enredo que se pode adentrar ao Mercado de Capitais ou Mercado de Valores Mobiliários, caracterizado pela relação direta entre agentes deficitários e superavitários, que tanto importa para o desenvolvimento socioeconômico do país (ASSAF NETO, 2014). Assim como a compreensão do surgimento da Comissão de Valores Mobiliários, autarquia federal responsável pela fiscalização e disciplina deste mercado.

Não obstante, no quarto capítulo, vislumbrar-se-á os crimes contra o mercado de capitais, meras infrações administrativas que passaram a compor o rol dos crimes econômicos e financeiros com a Lei nº 10.303 de 2001. Adentrando, a partir daí, mais especificamente, no delito contido no Art. 27-D da Lei nº 6.385/1976, o *insider trading* ou uso indevido de informação privilegiada. Não obstante, já que o delito em questão é cometido por indivíduos que detém o dever de guardar sigilo, faz-se necessário levantar os estudos criminológicos acerca da criminalidade do colarinho branco (VERAS, 2014) e dos ilegalismos privilegiados (ACOSTA, 2004), vislumbrando a criminalização e punibilidade dos autores destes delitos. A intenção com toda a pesquisa não é esgotar a temática, pelo contrário, é contribuir para o debate que versa sobre os crimes contra o Mercado de Capitais.

1 ESTADO, MERCADO E PODER PUNITIVO

No presente estudo, buscaremos compreender as causas da criminalização do insider trading, em que pilares ela encontra legitimação e subsídio, e averiguar, por meio do estudo de caso da JBS S/A, se a incidência do sistema penal importa na garantia da segurança e estabilidade que o Mercado de Valores Mobiliários reclama, ou melhor dizendo, se está sendo assegurada na persecução penal a tutela do bem jurídico do delito em questão: o funcionamento regular ou correto deste mercado e sua credibilidade.

Para falar em criminalização do insider trading, antes mesmo disto, em criminalização de condutas, é necessário suscitar o surgimento do Estado moderno e a instauração do mercado como instituição jurídica. Além disso, é imprescindível vislumbrar o histórico do poder punitivo, os inimigos que o Direito Penal elegeu e elege no decorrer do tempo (ZAFFARONI, 2014).

1.1 O SURGIMENTO DO ESTADO MODERNO: DA VOCAÇÃO À MANUTENÇÃO DO MODO DE PRODUÇÃO

O Estado moderno, como conhecemos, pós Revolução Francesa, emergiu a partir da transformação do poder real consolidado. No período monárquico absolutista, o rei – o próprio governo concentrado em um indivíduo – detinha o monopólio da tributação e o monopólio da violência, portanto, monopólios pessoais, privados. Emergindo a burguesia enquanto Terceiro Estado, com forte poder econômico e político, operou-se a transformação destes monopólios privados em monopólios públicos e, não obstante, a divisão do trabalho. Segundo Elias (1993, p.171 apud GRAU, 2010, p. 15):

A capacidade do funcionário central de governar toda rede humana, sobretudo em seu interesse pessoal, só foi seriamente restringida quando a balança sobre a qual se colocava se inclinou radicalmente em favor da burguesia e um novo equilíbrio social, com novos eixos de tensão, se estabeleceu. Só nessa ocasião, os monopólios pessoais passaram a tomar-se monopólios públicos no sentido institucional. Numa longa série de provas eliminatórias, na gradual centralização dos meios de violência física e tributação, em combinação com a divisão de trabalho em aumento crescente e a ascensão das classes burguesas profissionais, a sociedade francesa foi organizada, passo a passo, sob a forma de Estado.

Salienta-se que a transformação dos monopólios, pessoais em públicos, apenas se configura em termos formais, uma vez que na realidade estes monopólios servem apenas a uma classe. Paralelo, a divisão do trabalho é fator determinante para a concretização de uma

sociedade de classes, na qual se opera a imposição de um modo de produção que está a serviço da classe dominante.

O Estado burguês – no sentido histórico, ilibado de carga ideológica – não é ainda um Estado na concepção hegeliana em plenitude, e nunca será, pois a estruturação deste primeiro depende das classes (GRAU, 2010). À medida que a burguesia se apropria dos monopólios – antes pessoais do soberano, agora públicos a serviço unicamente desta classe –, o Estado moderno encontra legitimação exclusivamente na violência, justamente por essa realidade que a Justiça não é tema tratado pelo direito moderno.

Já na passagem para o século XX, muito se falou no objetivo do Estado em produzir direito e segurança. Direito já sendo referenciado não apenas como instrumento de harmonização dos conflitos, mas também como instrumento de implementação de políticas públicas. De fato, houve produção de direito e segurança, mas não de forma absoluta. A vocação do Estado foi, é e continuará sendo a atuação no campo econômico. O que tem mudado é o modo de garantir a vocação: na época da Revolução Francesa, o modo de atuação era mais voltado à constituição e à preservação do capitalismo, uma vez que este ainda não estava estruturado em alicerces fortes; já no início do século XX, o modo de atuação é a substituição e compensação do mercado, pois a constituição – alicerce imprescindível – já está voltada à preservação do modo de produção capitalista, permitindo que este seja mantido.

Neste primeiro momento, pós Revolução, o Estado, a fim de constituir e preservar o modo de produção capitalista, persegue todos os resquícios do antigo regime. Para fundamentar tal objetivo, estabelece quatro categorias de atuação estatal, conforme aduz Eros Grau (2010, p. 18):

[...] o Estado garante o sistema de direito civil, com as instituições básicas da propriedade e da liberdade de contratar; protege o sistema de mercado contra efeitos secundários autodestrutíveis – jornada especial de trabalho, legislação antitruste, estabilização do sistema monetário etc.; assegura as premissas da produção dentro da economia global – tais como educação, transportes e comunicações; promove a capacidade da economia nacional para competir internacionalmente – política comercial e aduaneira, v.g. – e se reproduz mediante a conservação da integridade nacional, no exterior com meios militares e, no interior, mediante a eliminação paramilitar dos inimigos do sistema [...].

A fim de complementar o mercado, o sistema jurídico admite novas formas de organização empresarial, de concorrência e de financiamento, de modo que não se crie empecilhos à acumulação do capital. Para a substituição do mercado, há a reativação do processo de acumulação – criando novas situações econômicas, seja no sentido de melhorar

possibilidades de inversão, seja no sentido de originar novas formas de produzir mais-valia¹. Por fim, compensará as disfunções do processo de acumulação que impactam a classe operária ou outros grupos organizados, com capacidade reativa alarmante; a estes grupos impor-se-á políticas públicas para melhoria das condições de trabalho (GRAU, 2010).

A capacidade reativa da classe operária já era temida pelo capitalismo. Por esta razão, para impedir que o modo de produção seja questionado, políticas públicas se faziam presentes, garantindo ao trabalhador direitos básicos. Ressalta-se básicos, pois pelo desenvolvimento capitalista, a classe operária vivenciava uma situação de não garantia de direitos.

Mesmo no auge do liberalismo declarado, o Estado era chamado a “intervir” na economia.

Insisto, neste ponto, em que a ideia de "intervenção" tem como pressuposta a concepção da existência de uma cisão entre Estado e sociedade civil. Então, ao "intervir", o Estado entraria em campo que não é o seu, campo estranho a ele, o da sociedade civil - isto é, o mercado. Essa concepção é, porém, equivocada. Família, sociedade civil e Estado são manifestações, que não se anulam entre si, manifestações de uma mesma realidade, a realidade do homem associando-se a outros homens. (GRAU, 2010, p. 19)

Como já dito, a vocação estatal é a atuação na economia, e atuar é intervir. Intervir não implica necessariamente em prejudicar, aniquilar ou transformar os costumes burgueses na sociedade civil; pelo contrário, intervir é garantir que o capitalismo se mantenha enquanto modo de produção dominante.

Importante retomar o ideário de liberdade, igualdade e fraternidade da Revolução Francesa, tão retratados das mais diversas formas. O movimento revolucionário concedeu veracidade, colocando os três substantivos como lema, e propiciou sua “romantização” mediante obras de arte. Contudo, a realidade é que os três ideais contrapõem o poder econômico, e servem apenas de fachada política. Satisfazem sobretudo o aspecto formal, pois nenhum destes ideais se materializa ou pressupõe qualquer efetividade.

A liberdade abriu precedente às manifestações do poder econômico, o que ocasiona a supressão da concorrência, um dos fundamentos capitalistas. Como salienta Karl Renner (p. 85, 1981 apud GRAU, 2010, p. 20), o detentor da propriedade de uma coisa impõe sua vontade, poder sobre as coisas é poder pessoal, logo, a propriedade se converte em título

¹ Mais-valia é um conceito estrutural para os estudos de Karl Marx (1974), se referindo, resumidamente, ao lucro. Ela representa a discrepância entre o salário pago ao trabalhador e o valor produzido pelo trabalho realizado. Sendo assim, em outras palavras, mais-valia pode ser entendida como as horas em que o trabalhador colabora, gera, agrega valor ao produto, mas que não será remunerado por elas.

de poder sobre pessoas e, enquanto dá a possibilidade do exercício do poder na esfera privada, também é título de domínio. O mercado – no modelo clássico, fundamentado pelo princípio do livre mercado – ignora e nega a ideia de poder econômico, enquanto os defensores do poder econômico colocam em prática seus títulos de poder e domínio para alicerçar o controle sobre o mercado. Tal movimento de controle reverbera em leis, como as *anti-trust*, que preservam as estruturas do mercado sem modificar a hegemonia² dos monopólios e oligopólios constituídos (GRAU, 2010). Ou seja, a liberdade é apenas uma utopia, que na práxis é totalmente impedida pelo controle.

A igualdade é uma inconsistência desmedida. Consagrada em princípio legal, garante que há “iguais” e há os “mais iguais”, para citar a consagrada obra de George Orwell. Como diz Adam Smith (1952 apud GRAU, 2010, p. 20), “do “governo”, o verdadeiro fim é defender os ricos contra os pobres”. Isto é, igualdade é fundamento meramente formal, sem aplicação prática alguma, e a própria invocação deste ideal contradiz a liberdade econômica.

Fraternidade, por fim, não é ideal que pertença a uma sociedade cujo motor da atividade econômica é a competição. A conclusão é que as três palavras se contradizem entre si e apenas serviram de fachada, quando na verdade a sociedade capitalista não podia e jamais poderá realizar o lema *liberté, égalité, fraternité*.

Para concluir essa análise do Estado moderno, que reverbera até os dias de hoje, retomemos a razão de existência do Estado. O Estado surge exatamente para atuar na economia, e assume o papel de agente regulador. O mais que as ideologias liberais, neoliberais e demais vertentes defendam ferozmente seus fundamentos, como a intervenção mínima embasada pela teoria da mão invisível de Adam Smith, elas não de reconhecer que sem a presença estatal não haveria capitalismo.

A ampliação do Estado, enquanto aparato e ordenamento, trazia avanços econômicos à burguesia. No intuito de potencializar o desenvolvimento, ocorreu a aliança setor público e privado – no caso, a burguesia. Não obstante, houve movimentação dos países onde o capitalismo já se encontra desenvolvido em coletar parcelas de mais-valia de países subdesenvolvidos que não conseguem assim fazer internamente (GRAU, 2010).

Manifesta-se então um certo capitalismo assistencial, que sobrevive graças à crescente transferência dos custos das empresas ao conjunto da coletividade – isto é, à classe trabalhadora – e através da inversão financeira massiva em

² Hegemonia é o conjunto das funções de domínio e de direcionamento moral e intelectual exercido por uma classe dominante sobre a classe dominada, ou demais classes sociais, por um período de tempo. Sendo tal conceito de Antônio Gramsci – contribuição importante à teoria marxista –, ligado à luta de classes. (MOCHCOVITCH, 1992 apud DANTAS, 2015).

títulos públicos de crédito. Os custos empresariais, assim, são "bancados" pelo Estado e, nos mais desenvolvidos, o imperialismo os exporta aos de capitalismo mais frágil. Esse movimento cede nos últimos anos do século XX, em decorrência da crise fiscal dos Estados, mas tudo indica que, em movimento pendular, tende a recrudescer. (GRAU, 2010, p. 27)

O movimento de estatização da economia, supracitado, não foi e nunca será no viés de socialização, coletivização. Ao contrário disso, todos os movimentos nesse sentido são para garantir a integração e renovação do capital – sua modernização.

Karl Polanyi (2011), em uma das obras mais impactantes do século XX, traz o que mais tarde ficou conhecido como o pêndulo latino-americano de Polanyi. Em “A Grande Transformação”, é evidenciado um duplo movimento regular e pendular da história do capitalismo: ora tende-se aos princípios do liberalismo econômico – defesa do *laissez faire* permanente –, ora tende-se ao protecionismo sistemático social – defesa de todos os elementos ameaçados pelo mercado.

Tal movimento contraditório importa para a manutenção do capitalismo, uma vez que se o pêndulo parasse do lado do liberalismo, não existiria nada do que conhecemos, justamente pelo fato dos fundamentos capitalistas serem altamente nocivos à humanidade e ao planeta. Caso o pêndulo parasse no lado do protecionismo, não seria possível o desenvolvimento do capitalismo, havendo grandes riscos de rompimento com o modo de produção. Por estas razões, se faz essencial que a contradição estatal se opere – regulamentação, desregulamentação; liberalismo, protecionismo –, a fim de que o capitalismo, que tende à autodestruição, não a alcance, e, consoante a isso, tenha favorecido outro fundamento importantíssimo do capital: a evolução, renovação ou modernização.

1.2 MERCADO E AS FUNÇÕES DO ESTADO

O mercado – local de trocas de mercadoria –, responsável pela origem dos burgos e da burguesia, concedeu poder político e econômico a uma classe que crescia cada vez mais, e mantinha relação conflituosa com o poder absoluto.

É sabido que o “grande” capital não poderia, de forma alguma, progredir e mesmo viver sob o sistema medieval, impedindo-se seu desenvolvimento sob aquele regime. Entre outros motivos, porque nesse regime se levantaria uma série de barreiras legais entre os diversos ramos de produção, por muita afinidade que os mesmos tivessem e nenhum industrial poderia reunir duas ou mais indústrias em suas mãos. [...] A grande indústria exige, sobretudo – e necessita como o ar que respiramos – ampla liberdade da fusão dos mais diferentes ramos do trabalho nas mãos dum mesmo capitalista, necessitando ao mesmo tempo da produção em “massa” e a livre concorrência, isto é, a

possibilidade de empregar quantos operários necessitar, sem restrições. (LASSALE, 1993, p. 22 e 23)

A revolta da burguesia em se submeter ao poder do rei encontra razão no crescimento exponencial da sociedade civil, emergindo para esta classe uma potência política independente e consciência do modo de produção que os beneficiaria. A burguesia sofria constantemente limitações de sua atuação pelo poder absoluto, o que fez surgir uma vontade de poder usufruir do governo para garantir seus interesses.

Com o fim do absolutismo, o ideário de ordem e tranquilidade pública, assim como justiça, emergiu na pequena burguesia (LASSALE, 1993). Ordem pública nada mais é que ordenamento jurídico; a pequena burguesia, que viu a grande ascender ao poder, queria condições equiparadas para sua expansão, ainda mais diante do que viera a se tornar o mercado.

Mercado deixa de significar feira, local de comércio, espaço de troca de mercadorias, passando a assumir um caráter ideológico, expressando um projeto político, um princípio de organização social (GRAU, 2010). Sob essa nova noção do mercado como atividade, princípios capitalistas atravessaram e atravessam as operações econômicas, os modelos de troca, os contratos, as convenções e transações, principalmente o princípio da livre competição.

O mercado, ou melhor, os mercados são instituições jurídicas, as quais são ocupadas pelo poder social, sendo o poder político uma espécie desse gênero.

Antes, porém, o mercado deve ser compreendido, qual observa Avelãs Nunes, como "uma instituição social, um produto da história, uma criação histórica da humanidade (correspondente a determinadas circunstâncias econômicas, sociais, políticas e ideológicas), que veio servir (e serve) os interesses de uns (mas não os interesses de todos), uma instituição política destinada a regular e a manter determinadas estruturas de poder que asseguram a prevalência dos interesses de certos grupos sobre os interesses de outros grupos sociais". (GRAU, 2010, p. 28)

Não há equívoco de que o mercado se desenvolveu a partir de reformas institucionais, regulamentado por normas jurídicas, que o limitam e o conformam, logo, não há como se falar no mercado sendo uma instituição natural. Tão verdade é que sem a devida regulamentação, a destruição seria certa. Deixar que o mercado se autorregule, seguindo as afirmativas de Adam Smith, é garantir que seres humanos, recursos naturais e até mesmo a própria organização capitalista encontre sua ruína (POLANYI, 2011).

Essa instituição jurídica reclama uma ordem. Ordem no sentido de ditames, diretrizes, justamente vislumbrando quem atua nos mercados. Os agentes capitalistas –

dotados de interesses egoísticos, visando sempre o maior lucro possível – precisam ter a regularidade em seus comportamentos. A regularidade pressupõe a substituição de critérios subjetivos por objetivos de conduta, isto é, regularidade implica em superação do individualismo próprio (GRAU, 2010).

A sociedade capitalista possui sua essência fundada no jurídico, pois foi dado ao direito a função de mediar as relações de produção, que dependem vitalmente do direito positivo, direito posto pelo Estado. O direito positivo disciplina, regulamenta os mercados, permitindo a circulação mercantil e a contenção dos determinismos econômicos.

Da mesma forma, a previsibilidade é fator essencial à ordem dos mercados. Previsibilidade no sentido de uniformidade. Uma vez que o comportamento dos agentes segue critérios objetivos, a previsibilidade emerge, permitindo aos agentes desenvolverem cálculos econômicos – calculabilidade – que orientam as tomadas de decisões, isto é, instaura-se, deste modo, o dinamismo mercadológico. Por isso se faz essencial um sistema de normas jurídicas uniformes e um sistema de decisões políticas integrado ao território para o desenvolvimento dos mercados, ou melhor, da sociedade civil – coletividade que faz parte da distribuição de bens e das oportunidades que surgem nos mercados (GRAU, 2010).

[...] o capitalismo industrial depende da possibilidade de previsões seguras - deve poder contar com estabilidade, segurança e objetividade no funcionamento da ordem jurídica e no caráter racional e, em princípio, previsível das leis e da administração. (GRAU, 2010, p. 30)

A calculabilidade da ordem pública é a garantia de que os agentes econômicos possam satisfazer seus interesses, pois calcular racionalmente uma justiça e uma administração é pressuposto de uma atuação no mercado com êxito. Segue o mesmo raciocínio a execução dos contratos, uma vez que saber com um certo grau de certeza que os contratos serão respeitados é ponto chave para o desenvolvimento mercantil e empresarial. Nas palavras de Heller (1977, p. 208 apud GRAU, 2010, p. 31 e 32):

Com o desenvolvimento da divisão do trabalho e das trocas, impõe-se a segurança das trocas que no seu todo se identifica com aquilo que o jurista costuma chamar certeza do direito. A segurança das trocas ou certeza do direito tornaram-se possíveis em decorrência de uma notável calculabilidade e previsibilidade das relações sociais, que se tornam realizáveis somente se as relações sociais, e sobretudo as econômicas, forem reguladas de modo crescente por um único ordenamento, ou seja, emanado de um único ponto equidistante. O resultado final, ainda que não definitivo, desse processo de racionalização social é o moderno Estado de direito, nascido substancialmente de uma legislação sempre mais ampla, com a conseqüente consciente imposição de regras de comportamento social que excluem a

autotutela em um âmbito sempre mais vasto de pessoas e coisas, em opção por uma normatividade e execução centralizadas.

O cumprimento dos contratos só é assegurado por um ordenamento jurídico rígido que vislumbre a calculabilidade exigida pelas transações econômicas, sendo assim, a equidade não prospera. Por isso, o Estado a nega e a substitui, sendo a equidade só retomada nos movimentos de protecionismo social (GRAU, 2010).

Os mercados enquanto instituições jurídicas reclamam regularidade, que carrega em seu bojo a previsibilidade e calculabilidade, fatores essenciais para o devido desenvolvimento capitalista. Tendo esses pressupostos, reafirma-se a vocação estatal de intervir na economia, e também, no mercado. O Estado que antes se preocupava em desenvolver políticas mercantilistas, agora se volta para assegurar o *laissez faire*, por um lado, e promover a proteção social, por outro lado, no intuito de preservação do sistema. A intervenção não tem outra função senão diminuir os riscos, para os indivíduos e para as empresas. Mesmo ela sendo reclamada a todo tempo, no intuito de garantir a fluência das relações econômicas, também é exigida uma intervenção mínima.

Reitero, a racionalidade do direito permite a instauração da previsibilidade e calculabilidade em relação aos comportamentos, principalmente, aqueles nos mercados. Ser racional é se fundar no objetivo, na lei, e não no subjetivo, na equidade (GRAU, 2010). A lei sendo genérica – para todos – e abstrata – regendo um dever ser –, abre campo para o cálculo e segurança que o capitalismo reclama. Falando da segurança, os agentes econômicos precisam de garantias contra o Estado e necessitam de garantias contra outros agentes atuantes no mercado – o primeiro caso é chamado de liberalismo político e o segundo de liberalismo econômico. Para Eros Grau (2010), essa dupla garantia de liberalismos estão entrelaçados de tal modo que não é mais possível fazer a separação.

Da mesma forma que a regulamentação estatal se operou, o Estado, paralelamente, desempenhou a função de legitimação e a função de repressão, no intuito de garantia do modo de produção.

A legitimação é o que alicerça a hegemonia capitalista, que se fundamentou à medida que o estado mediava os conflitos de classes. Em uma sociedade de classes onde cada grupo possui interesses divergentes, o agente unificador – Estado – assume o papel de transformador de luta social em jogo, utilizando de um forte instrumento: o direito positivo (GRAU, 2010). Transformar a luta de classes em jogo significa beneficiar um em prol de outro, elevar um grupo à medida que outro é subalterno. É um jogo um tanto perigoso, se não fosse passado para a classe dominada todo um ideário constituinte.

Papel dos mais relevantes é desempenhado, nesse contexto, pela Constituição formal, que, enquanto sistema semântico ideologizado, constitui o modo de institucionalização - porque lhe dá forma - do mundo capitalista. Constitui, porém, uma interpretação parcial desse mundo, ou seja, da ordem capitalista, que é de ser completada pela Constituição material. Essa interpretação parcial introduz uma falsa consciência desse mundo, à qual não se pode escapar mercê da repressão. (GRAU, 2010, p. 38)

Aliado a isso, a burguesia também desenvolve um arcabouço que distorce a realidade. O discurso contra a estatização da economia, por exemplo, só é levantado em locais infrutíferos. Em verdade, locais imprósperos para acarretar mudanças sistêmicas, mas muito prósperos para o convencimento da sociedade de diversas falácias. Permeiar ilusões sobre o próprio sistema na sociedade civil, principalmente na classe dominada, é a certeza de que o sistema não seja questionado.

A função de repressão se manifesta aliada à legitimação, pois tem seu palco na concepção de hegemonia. A primeira instância repressiva é a auto-repressão, suficiente para garantir que a grande massa mais significativa da sociedade civil seja leal e defensora do capitalismo. A auto-repressão cresce proporcionalmente aos mitos constitucionais (GRAU, 2010). Já em segunda instância, repressão significa punir, e o monopólio da violência, antes concentrado na figura do rei, passa a ser do Estado, logo, da burguesia.

1.3 INIMIGOS DO DIREITO PENAL: O HISTÓRICO DO PODER PUNITIVO

A política colonialista e neocolonialista desenvolvida pela Europa mercantilista visava a ampliação planetária do poder, mas para a concretização da expansão, necessitava-se de um poder interno dominante. Fez-se necessário reorganizar a sociedade europeia sob moldes hierarquizados, muito próximos a uma organização militar, um verdadeiro resgate dos moldes do Império Romano, isto é, se resgatou o poder punitivo, cuja principal característica é o confisco do conflito (ZAFFARONI, 2014).

A característica diferenciada do poder punitivo é o *confisco do conflito*, ou seja, a usurpação do lugar de quem sofre o dano ou é *vítima* por parte do senhor (poder público), degradando a pessoa lesada ou vítima à condição de puro *dado* para a criminalização. Os paliativos que hoje se ensaiam para não vitimizar pela segunda não conseguem dissimular a essência confiscatória da vítima que caracteriza o poder punitivo e, menos ainda, podem garantir sua anulação. Só quando se retira o conflito desse modelo e ele é resolvido de acordo com um dos outros modelos de decisão de conflitos chega-se a uma solução; porém, nessa condição, o poder punitivo desaparece, porque, por definição, teremos saído de seu modelo. (ZAFFARONI, 2014, p. 30 e 31)

Em outras palavras, o confisco do conflito faz o Estado passar a ser tão vítima da conduta lesiva quanto quem de fato a sofreu. Tal premissa faz o poder público concentrar a capacidade de decisão nos conflitos com uma conseqüente arbitrariedade, uma vez que se operava uma seleção sobre quais indivíduos o poder punitivo iria recair. Um verdadeiro instrumento de verticalização social (ZAFFARONI, 2014). Uma vez que se estabelece essa capacidade de decisão, emerge o poder de vigilância e controle sobre a sociedade, exatamente para garantir que determinadas pessoas que ameacem a hierarquização social sejam punidas.

O berço dos grandes exércitos é a família. Família comandada pelo pater, na qual mulheres, velhos, servos, escravos, crianças e animais domésticos estavam submetidos a ele. Como bem disse Zaffaroni (2014), a responsabilidade penal nasce no seio doméstico, privado. A família, com uma ideologia única teocrática, foi a responsável por garantir que os cidadãos e cidadãs desenvolvessem um forte senso de obediência ao Estado.

Quanto a punição, é verdade que os autores de crimes graves sempre tiveram a atenção do poder punitivo, mas não geravam problema algum, uma vez que a eliminação física se operava de forma definitiva. Da mesma maneira, o poder punitivo também eliminava os inimigos políticos, mesmo quando pertenciam às classes invulneráveis. O real problema para o poder punitivo eram os indesejáveis, reincidentes em condutas de menor gravidade ou que, simplesmente, não obedeciam ao Estado. Zaffaroni (2014) afirma que não é equivocado vislumbrar uma tendência repressiva penal plural, no qual os autores de delitos graves e os dissidentes foram eliminados, os indesejáveis neutralizados e os ocasionais tratados com benevolência.

[...] Estes seriam os inimigos ou *estranhos* mais complicados, pois requerem vigilância, uma vez que, aos olhos do poder, são sempre potencialmente perigosos. As dificuldades foram acentuadas com o crescimento das cidades e o conseqüente enfraquecimento do controle social rural, espontâneo e estrito; se, no começo, também os *indesejáveis* eram eliminados, o caráter gregário do ambiente urbano, que além disso favorece a circulação de informações, foi pouco a pouco tornando mais difícil o apelo a esse método: não só aqueles *indesejáveis* tendiam a aglutinar-se e multiplicar-se como a população dificilmente toleraria a matança indiscriminada e em massa. (ZAFFARONI, 2014, p. 36)

A eliminação, nesta época, reafirmava as normas de modo mais concreto do que simbólico, justamente pelas execuções serem verdadeiros espetáculos festivos nas praças. Por esse motivo, aos indesejáveis era destinada a pena de morte ou a pena de galés – incorporação forçada aos exércitos ou produção de energia motriz –, uma morte mais lenta.

Outra característica do poder punitivo é a *inquisitio* ou interrogatório, oriundo dos séculos XII e XIII e que vigora até os dias de hoje. O poder estatal – *dominus* – era a expressão da bondade e da sabedoria neste período, razão do interrogatório prosperar, consistindo no inquisidor perguntando ao inquirido em um processo regado a tortura e violência desmedida. Como alude E. Raúl Zaffaroni (2014, p. 39):

A necessidade ou *apetite de verdade* do *dominus* (sujeito cognoscente) legitimava a violência contra o objeto de conhecimento, sem que este fosse culpável. O *dominus* é quase infinitamente bom ou, se não for, Deus, que é seu prisioneiro, é; por isso o *dominus* necessita – para concretizar essa bondade – ser também quase infinitamente sábio; conseqüentemente, nada podia opor-se ao seu voraz *apetite de verdade*. A infinita bondade do *dominus* se manifestava em sua generosidade empresa libertadora dos males cósmicos que ameaçavam todos, e que expressavam em Satã, através da bruxaria ou da heresia.

O sequestro de Deus é o que legitima tamanha violência do *dominus* através da *inquisitio* para obter a verdade. Verdade esta que só provinha deste poder, por isso qualquer mínima expressão que contrarie a sabedoria do *dominus* é punida, se não com tortura, com pena de morte. A *inquisitio* é uma prática tão imperiosa que já transcendeu há séculos o campo penal, se fundamentando na cultura universal.

Nesse sentido, é factível resgatar o valor da famosa expressão *a ciência não pensa*, ao menos no sentido de que, *sem ética que limite sua animosidade para com todos os obstáculos ao poder, a ciência caminha para o Holocausto*, o que equivale dizer que o poder do *dominus* sem ética marcha para o genocídio e para o *ecocídio* pelo caminho da *inquisitio*. (ZAFFARONI, 2014, p. 41 e 42)

Retomando o período mercantilista, o poder punitivo, já dotado do confisco do conflito e da *inquisitio*, garantiu o colonialismo e a Revolução Industrial. Com a Revolução Industrial, surgiu uma nova classe hegemônica, para concorrer com o poder da nobreza e do clero: os industriais e comerciantes. A fim de assentarem definitivamente no poder, esta nova classe trouxe um discurso penal redutor, salienta-se discurso, uma vez que na prática ainda vigorava a dualidade de tratamentos penais.

Quanto aos autores de delitos graves e dissidentes, continuavam sendo eliminados fisicamente; quanto aos indesejáveis, o problema se agravou. Devido ao crescimento populacional e a concentração urbana graças a Revolução Industrial, os indesejáveis não poderiam mais ser eliminados ou neutralizados da mesma forma. Via-se a necessidade de domesticá-los para servirem a produção nas indústrias. Surgia, assim, uma neutralização muito mais funcional: o encarceramento (ZAFFARONI, 2014).

[...] Como não era tolerável continuar matando-os nas praças, foi preciso procurar outras formas de eliminação. A solução encontrada foi o encarceramento em prisões com altas taxas de mortalidade, a submissão a julgamentos intermináveis com as mencionadas medidas de neutralização sob a forma de prisão preventiva ou provisional ou então a deportação (especialmente adotada pela Grã-Bretanha e pela França, mas também pela Argentina). Dito de outro modo, embora a prisão tenha substituído, em muitos casos, a morte e formalmente tenha-se convertido na coluna vertebral do sistema penal, ela significava uma verdadeira pena de morte aleatória nas metrópoles, da mesma forma que a pena de deportação, substituta do *recrutamento* e das *galés*, quando estes se tornaram insustentáveis em razão da profissionalização dos exércitos e da introdução da navegação a vapor. (ZAFFARONI, 2014, p. 44 e 45)

A Revolução Francesa, ocorrida anos depois, foi a responsável pela consolidação do sistema capitalista e da ascensão burguesa ao poder. Os ideais iluministas influenciaram as legislações penais e defendiam a aplicação de penas menos cruéis. Discurso que reverberou na Declaração Universal dos Direitos do Homem e do Cidadão, garantia de direitos fundamentais. As novidades legislativas, embora eivadas de garantismo, não romperam com os paradigmas passados: a classe dominante continuava a ser um pequeno grupo e o direito penal continuava a punir a classe dominada.

Nos países colonizados, a situação era muito pior.

Usado como instrumento verticalizador das sociedades colonialistas e neocolonialistas, nas sociedades colonizadas o poder punitivo ou repressor foi empregado para convertê-las em *imensos campos de concentração* para os nativos (dado que todos eram considerados biologicamente inferiores). O desavergonhado lema escrito sobre as portas dos campos de concentração – *O trabalho liberta (Arbeit macht frei)* – era uma síntese grosseira das premissas colonialistas: *os colonizados deviam trabalhar e submeter-se para aprender a serem livres*. (ZAFFARONI, 2014, p. 46 e 47)

Mesmo a independência dos países colonizados não fora capaz de romper com os dilemas predominantes: uma pequena classe de descendentes dos colonizadores no poder e a população massiva em situação análoga à servidão. Em torno dos mestiços se criou o ideário de rebeldia – terra fértil para políticas como o *apartheid* e desestímulo da mestiçagem. Com isso, a exclusão dos mestiços era racionalizada e eles eram tratados como inimigos, mesmo nas repúblicas oligárquicas (ZAFFARONI, 2014). Repúblicas estas que só encontram seu fim no século XX.

A queda das repúblicas oligárquicas permitiu a instauração dos populismos, com um certo censo de paternalismo policial. Por serem políticas nacionalistas e protecionistas ao mesmo tempo que rompiam com o discurso positivista puro, os populismos não eram bem vistos pela agência norte-americana, ainda mais no contexto da Guerra Fria. Com este

cenário, os Estados Unidos tinham razão suficiente para intervir nesses países. Assim, instalavam-se as fortes ditaduras de regime militar. Como observa E. Raúl Zaffaroni (2014, p. 50):

Para eliminar os últimos vestígios das políticas populistas, a definição do inimigo destes regimes militares não se deteve nos integrantes dos grupos minoritários amados, que só serviram como pretexto, mas em alguns casos quase extinguiram fisicamente toda uma geração de lideranças reais e potenciais. Na Argentina e no Chile, esses governos se propuseram claramente a eliminar toda possibilidade de mudança social progressista. As *ditaduras de segurança nacional latino-americanas* aplicaram reclusão perpétua e só muito excepcionalmente a pena de morte formal, empregando, ao mesmo tempo, medidas de extermínio para os indesejáveis ou execuções policiais sem processo.

Nas ditaduras vigoraram duas formas do exercício do poder punitivo para a neutralização dos dissidentes: um sistema penal paralelo e um sistema penal subterrâneo. O primeiro era o responsável por invocar estados de sítio, estados de emergência ou estados de guerra que perduravam anos, justamente para que as detenções administrativas culminassem na eliminação. Já o segundo eliminava os dissidentes de forma direta, seja por desaparecimentos forçados ou seja por mortes, sem haver processo algum instaurado (ZAFFARONI, 2014). Os porões da ditadura não tinham limitações para vigorarem, uma vez que a perversão da constituição se operava graças ao sistema penal paralelo. Assim, a crueldade desses sistemas penais refletiu em milhares de homicídios, torturas, suplícios, crimes sexuais, crimes de dano e incêndio, desaparecimentos forçados, sequestros, roubos, extorsões e uma infinidade de delitos que não foram punidos.

Não obstante, a administração norte-americana, que já elegeu como inimigo qualquer manifestação que minimamente contrarie o capitalismo, também declara a política de guerra às drogas, estigmatizando outras personas a serem combatidas. O traficante precisava ser morto, pois ameaçava a sociedade civil; o usuário de maconha tinha que ser preso, pois era um subversivo; os guerrilheiros eram identificados como narcotraficantes. Na iminência da queda do Muro de Berlim, o terror socialista não era mais uma ameaça, não justificava todos os aparatos de guerra. Dessa maneira, fez-se necessário intensificar a guerra às drogas; o que começou como garantia da segurança nacional se tornou uma alucinação de uma guerra (ZAFFARONI, 2014). Contudo, as drogas não conseguiram ocupar a lacuna deixada pela ameaça socialista, muito menos serviu para prevenir condutas delituosas, principalmente pelo fato de economias complementares se desenvolverem em torno das

drogas, acarretando na difusão e ampliação da produção, importação e consumo de tóxicos na América Latina.

Os Estados Unidos, enquanto potência mundial, se mantiveram com discursos simplistas, evidenciando a carência de um inimigo que faça jus a guerra.

O discurso penal republicano desde 1980 é simplista: os políticos prometem mais penas para prover mais segurança; afirma-se que os delinquentes não merecem garantias; aprimora-se uma guerra à criminalidade que, está subentendido, também é *suja*, porque os delinquentes não são *cavalheiros*; afirma-se que os delinquentes violam os direitos humanos; alguns governadores tentam reeleger-se rodeados das fotografias dos executados de quem não comutaram a pena de morte; um bem sucedido candidato a presidente encerrou sua campanha mostrando a identidade de um policial morto e prometendo vingança; um prefeito, desempenhando suas funções em tempo de pleno emprego, investiu grandes somas na melhoria do serviço de segurança, depurou boa parte da corrupção policial, mas pretende explicar seu êxito pela adoção da política de *tolerância zero* e explica idiotices a executivos latino-americanos que lhe pagam cifras astronômicas para ouvir suas incoerências publicitárias. (ZAFFARONI, 2014, p. 64 e 65)

A evidência da busca desesperada do poder punitivo por um inimigo só é satisfeita com o episódio do 11 de setembro de 2001. O novo autoritarismo – diferente do praticado na Segunda Guerra Mundial pelos governos fascista, nazista e soviético –, cujo inimigo é o terrorismo, é estranho à tradição norte-americana, repercutindo em um abandono perigoso de fundamentos democráticos e uma deterioração cultural. Como assinala Zaffaroni (2014, p. 65 e 66):

A carência de juízos prévios a partir dos quais seria possível fabricar um novo inimigo só pode ser compensada com um fato aterrador e, para este efeito, o atentado de setembro de 2001 foi funcional para individualizar um *inimigo* crível. A partir do fato concreto e certo da morte em massa e indiscriminada, constrói-se a nebulosa ideia de *terrorismo*, que não alcança definição internacional e, por conseguinte, abarca condutas de gravidade muito diferentes, porém justifica medidas repressivas que permitem retomar a velha estrutura inquisitorial e alimentá-la com novos dados, correspondentes à violência criminal desencadeada a partir da intervenção nos países árabes.

Da mesma forma que a agência norte-americana entrevistou nos governos latino-americanos, trouxeram para o cenário global a emergência em adotar uma legislação penal e processual penal para combater o nebuloso terrorismo. O mais que o novo inimigo esteja no exterior, seu combate justifica um controle interno mais intenso, permitindo que a repressão dos indesejáveis se opere, de forma muito mais voraz contra os estrangeiros.

Em terras europeias, a queda do Muro de Berlim, por desfazer a tão temida União Soviética, trouxe à tona a discrepância entre ocidente e oriente, países com alto nível de vida e

países considerados atrasados. Ainda, a situação desoladora do continente africano provocou migrações para a Europa, logo, novos candidatos a inimigos (ZAFFARONI, 2014). Desde as origens do poder punitivo em berço romano, o estrangeiro (*hostis*) é estigmatizado como inimigo.

Ademais, a relativa estabilidade cultural e étnica europeia torna-se mais sensível diante de diferenças desta ordem, ou seja, é mais simples assinalar os *estranhos*, que se distinguem por seu idioma, sua indumentária e pela cor da pele. Tudo isso tem um inevitável reflexo político e legislativo. Cabe acrescentar que uma boa parte são islâmicos ou ao menos mulçumanos, e a eles se encaixa perfeitamente o estereótipo de *terrorista*. Tudo isso facilita o renascimento e o fortalecimento de preconceitos e racismos. Deve ser assinalada a aprovação, em vários países europeus, de leis que permitem a expulsão como manifestação do *direito penal do inimigo*. (ZAFFARONI, 2014, p. 67 e 68)

Este novo autoritarismo recebe o nome de *cool* pois se difunde por um aparato publicitário autônomo, de característica puramente emocional e superficial (ZAFFARONI, 2014). *Cool* porque está na moda, e não aderir a moda é sinônimo do estigma antiquado, por fora.

Na América Latina, o autoritarismo *cool* se opera com as medidas cautelares e importa o discurso simplista norte-americano. O poder punitivo é exercido por meio de medidas de contenção de suspeitos perigosos, isto é, opera-se o direito penal de periculosidade presumida – invocar a periculosidade é atestar o racismo sistêmico. É possível dizer que a medida já assume um papel de pena, já que os indivíduos são condenados materialmente por precaução até que se consiga aplicar uma pena formal. Nessa mesma perspectiva, a cessação da prisão representa a absolvição (ZAFFARONI, 2014).

Diante a isso, os indesejáveis acabam não sofrendo a pena formal, pois já cumprem prisão cautelar. Os dissidentes, por outro lado, encontraram uma maior tolerância e os iguais gozam de todos os benefícios e garantias previstos em leis, nos raros casos em que são processados.

Dito em termos mais claros: aproximadamente 3/4 dos presos latino-americanos estão submetidos a medidas de contenção por suspeita (prisão ou detenção preventiva). Desses, quase 1/3 será absolvido. Isto significa que em 1/4 dos infratores são condenados formalmente e são obrigados a cumprir apenas o resto da pena; na metade do total de casos, verifica-se que o sujeito é infrator, mas se considera que a pena a ser cumprida foi executada com o tempo da prisão preventiva ou medida de mera contenção; no que diz respeito ao 1/4 restante dos casos, não se pode verificar a infração e, por conseguinte, o sujeito é liberado sem que lhe seja imposta pena formal alguma. Cabe precisar que existe uma notória resistência dos tribunais em absolver pessoas que permaneceram em prisão preventiva, de modo que

nesse 1/4 de casos de absolvição a arbitrariedade é evidente e incontestável, pois só se decide favoravelmente ao preso quando o tribunal não encontrou nenhuma possibilidade de condenação. (ZAFFARONI, 2014, p. 71)

Diferente do autoritarismo *cool* norte-americano, o que se opera na América latina não conhece seu inimigo; ao invés de serem definidos por fotografias, são projetados nas telas da televisão. Zaffaroni (2014) o chama, assim, de autoritarismo publicitário *cool*, dotado de uma opacidade perversa, é pobre e tem por característica a greve do pensamento ou o pensamento nulo, logo, é irracional; tão irracional que não tolera o mais raso dos discursos acadêmicos.

Em seu conjunto, este discurso autoritário *cool* da comunicação publicitária vingativa, altamente popularesco ou *völkisch* – que opera com total autonomia da realidade e de sua conflitividade mais séria, que se ocupa de algumas vinganças e deixa de lado a prevenção e outros ilícitos de massa, que ignora as vítimas reais, que manipula e dramatiza apenas as vítimas que lhe proporcionam *rating*, esse discurso como não tem mito, tampouco tem direção fixa. É uma guerra sem inimigo definido; o único inimigo que invariavelmente reconhece é o mesmo de todo autoritarismo: quem confronta seu discurso. Daí seu permanente desprezo pela opinião técnica, que tem a desvantagem de dirigir-se a um círculo limitado e de não ter aprendido a técnica da comunicação de massa. No geral, quando um técnico responsável trata de comunicar-se pelos meios de comunicação, costuma fazê-lo de forma muito pouco clara para audiências amplas. (ZAFFARONI, 2014, p. 78)

Traçado o histórico do poder punitivo, desde sua invocação no período mercantilista até os dias de hoje, observa-se que o Estado sempre elegeu um inimigo, o qual todo o aparato de guerra seria utilizado na sua eliminação, e mediante este, se estabeleceria a neutralização dos indesejáveis. Poder punitivo que é o responsável por resguardar o modo de produção dominante, garantindo a neutralização dos opositores.

Falando da América Latina, fato é que não se conseguiu eleger um inimigo, toda proposta perde seu sentido justamente pelo contexto histórico vivenciado. A negação ao inimigo é impossível, então, para satisfazer o autoritarismo *cool* nos países latino-americanos, extrai-se o inimigo das classes dominadas mediante um discurso publicitário embebido de periculosidade presumida, indissociável de estigmas racistas e preconceituosos.

Em outras palavras, a história do exercício real do poder punitivo demonstra que *aqueles que exerceram o poder foram os que sempre individualizaram o inimigo, fazendo isso da forma que melhor conviesse ou fosse mais funcional – ou acreditaram que era conforme seus interesses em cada caso, e aplicaram esta etiqueta a quem os enfrentava ou incomodava, real, imaginária ou potencialmente*. O uso que fizeram deste tratamento diferenciado dependeu sempre das circunstâncias políticas e econômicas concretas, sendo em algumas vezes moderado e em outras absolutamente

brutal, porém os eixos centrais que derivam da primitiva concepção romana do *hostis* são perfeitamente reconhecíveis ao longo de toda história real do exercício do poder punitivo no mundo. Até hoje subsistem as versões do *hostis alienigena* e do *hostis judicatus*. (ZAFFARONI, 2014, p. 82)

Em verdade, a guerra e o sistema penal são os instrumentos mais violentos que as civilizações mercantil e industrial poderiam usar para estender e exerce seu poder no mundo. Para evitar a guerra, forneceu-se ao direito um ordenamento monopolizador da força capaz de impor a “paz”. O direito penal, então, se legitima à medida que combate a guerra “injusta”. Com o advento da tecnologia nuclear, final da Guerra Fria, o pacifismo fora capaz de deslegitimar a guerra. Porém, da mesma forma que surgem correntes que combatem o sistema penal, ele respira por enormes esforços de propaganda que os meios de comunicação fazem para evitar sua deslegitimação. Assim como na guerra, o sistema penal seleciona certos indivíduos e os exhibe como inimigos, os que devem ser neutralizados assim o são, mas há outros que só precisam ser impedidos de se organizar. Não é atoa que a prisão da guerra significa repressão, mas a prisão política significa adestramento (ZAFFARONI, 1989).

2 O CAMPO DO DELITO: CONTEXTUALIZAÇÃO DO MERCADO DE CAPITAIS E DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

2.1 ORDEM ECONÔMICA NA CONSTITUIÇÃO FEDERAL DE 1988 E SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL

Elucidou-se que a vocação do Estado moderno é a intervenção na economia, justamente para garantir que o princípio capitalista da acumulação não impeça a circulação de bens e riquezas e, conseqüentemente, acarrete em crises socioeconômicas. Não obstante, viu-se que os mercados dependem de calculabilidade e previsibilidade, fatores essenciais que só são garantidos pelo direito positivo. Sendo assim, a fim de garantir a intervenção estatal, mas não coibir o modo de produção, é que as constituições se desenvolvem.

As constituições foram responsáveis por inovar a ordem jurídico-positiva existente no século XVIII, trazendo a limitação do poder e a previsão de direitos liberais, com o objetivo de romper com todo e qualquer resquício absolutista. A valorização da liberdade individual, a garantia e proteção da propriedade privada, a declaração de direitos individuais e a previsão de separação dos poderes – aliada às elucidações de Montesquieu – eram mandamentos imprescindíveis da constituição do Estado liberal. Rocha (2015) diz que, neste momento, havia uma clara incompatibilidade com o ideário de democracia, pois não emergiu a necessidade de voto universal nem a garantia de vontade popular efetiva.

As classes operárias, vislumbrando direitos efetivos, começam a se organizar, dando início à crise da sociedade liberal que já culmina na Primeira Guerra Mundial. Marco para um constitucionalismo social, destacando as Constituições do México de 1917 e a Constituição de Weimar de 1919, na Alemanha. Nesse contexto, a divisão entre sociedade civil e Estado é bem delimitada: uma sociedade civil repleta de conflitos de classes que lutam pelos seus interesses e um Estado que passa a intervir na economia, de forma a criar uma livre concorrência artificial e estabelece políticas de compensação das desigualdades. Contudo, como assevera Cattoni de Oliveira (2002 *apud* ROCHA, 2015), pela ausência de mecanismos que garantam a efetividade, a implementação dessa constituição social não se deu, sendo frustrada a democratização econômica e social esperada. Somada a duas guerras mundiais, o Estado social se encontrou em crise de legitimação.

Findada a Segunda Guerra Mundial, a Europa continental passa pelo que veio a chamar de reconstitucionalização, com enfoque na Alemanha e Itália, onde os autoritarismos se deram de forma mais intensa. O movimento de reconstitucionalização da década de 40 e 50

trouxe um novo paradigma jurídico-constitucional denominado de neoconstitucionalismo, responsável por ascender o direito constitucional, cientificamente falando. Vindo a repercutir em Portugal e Espanha na década de 70 e no Brasil na década de 80, com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

O Neoconstitucionalismo abriga a noção de um constitucionalismo calcado na efetivação dos direitos fundamentais e na concreção do princípio da dignidade da pessoa humana, buscando para tanto a equidade, o equilíbrio, a justiça solidária e fraternal dentro da sociedade, sob um viés democrático, em detrimento dos aspectos meramente formais do Estado Social. (ROCHA, 2015, p. 123)

Com o neoconstitucionalismo, tem-se o fim do Estado social, que já estava em crise, e o início do Estado democrático de direito, cuja democracia se torna um direito constitucional, como bem delimita o Art. 1º da Constituição Federal Brasileira de 1988.

Constituição, apelidada de Cidadã, que emergiu após 21 anos de ditadura militar com apoio popular, em um movimento de reivindicação e reinstauração da democracia, que teve seu ápice com as Diretas-Já. Segundo André Ramos Tavares (2020), houve uma ênfase nos direitos fundamentais, colocando-os no início do corpo constitucional e dando-lhes aplicação imediata; a abrangência e detalhismo acerca da ordem econômica e social, repleta de disposições programáticas, são de influência lusitana.

A terminologia “ordem” no texto constitucional é justamente para trazer o ideal de estrutura organizada. Ordem Econômica, assim, seria um conjunto de elementos harmônicos entre si, que trazem organização para a vida econômica do Estado, com um fim específico. Para Bernardo Gonçalves Fernandes (2017), o fim é a garantia de uma vida digna, conforme os ditames da justiça social – uma finalidade desafiadora. Ao conjunto de normas constitucionais que disciplinam juridicamente o fato econômico e as relações principais dele decorrentes se atribui o nome de Constituição Econômica; normas programáticas aclamadíssimas após a crise econômica de 1929.

É certo, como salienta Eros Roberto Grau (2010), que o tratamento conferido à propriedade é determinante para alinhar as instituições jurídicas e sociais ao modo de produção, observando que a figura do contrato não está no mesmo plano da propriedade, como muitas pensam equivocadamente – um modo de produção socialista, por exemplo, também adotaria a liberdade contratual sem empecilhos. Outro fator determinante é a empresa. Empresa que expressa os bens de produção em dinamismo, sobre o qual se desenvolve o relacionamento capital e trabalho e, também, em torno do qual se desenrola os processos econômicos privados.

Propriedade e empresa – inclusive a empresa agrícola –, assim, são dotadas da força atrativa que conduz à reunião, sob a alusão à ordem econômica, de preceitos que, na Constituição de 1988, encontram-se localizados em Títulos outros que não o da Ordem Econômica (e Financeira). (GRAU, 2010, p. 176)

À Ordem Econômica, importa princípios constitucionais que, também, não estão contidos apenas no Título VII, uma vez que é importante, como alude Grau (2010), que interpretemos o texto constitucional como um todo, jamais reduzi-los à fragmentos. Nesse sentido, temos o princípio da dignidade da pessoa humana; valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; construção de uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicação da pobreza e da marginalização e a redução das desigualdades sociais e regionais; liberdade de associação profissional ou sindical; garantia do direito de greve; ditames da justiça social; soberania nacional, a propriedade e a função social da propriedade, a livre concorrência, a defesa do consumidor, a defesa do meio ambiente, a redução das desigualdades regionais e sociais, a busca do pleno emprego e o tratamento favorecido para as empresas brasileiras de capital nacional de pequeno porte; e por fim, o princípio da integração do mercado interno ao patrimônio nacional.

Todo esse conjunto de princípios, portanto, há de ser ponderado, na sua globalidade, se pretendemos discernir, no texto constitucional, a definição de um sistema e de um modelo econômico. A Constituição não é um mero agregado de normas; e nem se a pode interpretar em tiras, aos pedaços. Será de todo conveniente, destarte, deitarmos atenção a esse conjunto, o que, não obstante, importará o exame de cada qual de tais princípios, separadamente. (GRAU, 2010, p. 196)

Não obstante, é inquestionavelmente uma Constituição que estabelece um conjunto de diretrizes que devem ser implementadas pelo Estado e pela sociedade. Eros Grau (2010) assevera que todos estes princípios e diretrizes são apenas um dever-ser. Deve estar fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa e deve ter como fim assegurar a todos uma existência digna, conforme os ditames da justiça social. Isso quer dizer que qualquer prática econômica incompatível com este dever-ser será, portanto, institucionalmente inconstitucional, não apenas normas, mas também condutas.

Nessa perspectiva, importa à Ordem Econômica um sistema que vise a promoção do desenvolvimento socioeconômico do país. Veja-se, assim, o Art. 192, no Capítulo IX, Título VII, da Constituição Federal de 1988:

Art. 192. O sistema financeiro nacional, estruturado de forma a promover o desenvolvimento equilibrado do País e a servir aos interesses da coletividade, em todas as partes que o compõem, abrangendo as cooperativas

de crédito, será regulado por leis complementares que disporão, inclusive, sobre a participação do capital estrangeiro nas instituições que o integram. (BRASIL, 1988)

Dessa maneira, o Sistema Financeiro Nacional (SFN) é tido como ordenamento jurídico responsável por regulamentar as instituições financeiras de crédito, sendo regulamentado pela Lei nº 4.595/1964. Ele pode ser definido como o agrupamento de todas as instituições que possibilitam a circulação de riquezas no país. Nas palavras de Assaf Neto (2014, p. 90):

O Sistema Financeiro Nacional pode ser entendido como um conjunto de instituições financeiras e instrumentos financeiros que visam, em última análise, transferir recursos dos agentes econômicos (pessoas, empresas, governo) superavitárias para os deficitários.

O Sistema Financeiro desenvolveu-se a fim de garantir a preservação da economia e até mesmo dos benefícios sociais concedidos pelos agentes econômicos em sua atuação. A criação de um sistema financeiro possibilita que todos os agentes tenham acesso à capital, uma vez que a atividade produtiva necessita de investimentos – seja em matéria prima, equipamentos, mão de obra – de forma que até aqueles que não conseguem cobrir seus investimentos com capital próprio possam atuar. Sendo assim, a origem do sistema financeiro é pautada na dinamização da economia.

Sistema Financeiro Nacional, evidenciado no art. 192 da Constituição Federal Brasileira de 1988, pode ser definido como o agrupamento de todas as instituições que possibilitam a circulação de riquezas no país. Nas palavras de Assaf Neto (2014, p.90):

O Sistema Financeiro Nacional pode ser entendido como um conjunto de instituições financeiras e instrumentos financeiros que visam, em última análise, transferir recursos dos agentes econômicos (pessoas, empresas, governo) superavitárias para os deficitários.

O SFN desenvolveu-se a fim de garantir a preservação da economia e até mesmo dos benefícios sociais concedidos pelos agentes econômicos em sua atuação. A criação de um sistema financeiro possibilita que todos os agentes tenham acesso à capital, uma vez que a atividade produtiva necessita de investimentos – seja em matéria prima, equipamentos, mão de obra – de forma que até aqueles que não conseguem cobrir seus investimentos com capital próprio possam atuar. Sendo assim, a origem do sistema financeiro é pautada na dinamização da economia.

Desta maneira, o funcionamento deste sistema é garantido pelos agentes – pessoas, empresas, o próprio governo – que conseguiram gerar mais riquezas do que

investiram e consumiram, aqueles que obtiveram um superávit, denominados superavitários, que aplicam o capital excedente nos agentes chamados de deficitários, os quais os investimentos e consumo foram superiores as riquezas geradas, aqueles que estão em déficit. Em outras palavras, agente superavitário é aquele que poupou e é capaz de investir, e agente deficitário é aquele que possui déficit na geração de riquezas e precisa tomar recursos. Essa aplicação é feita por meio de uma poupança disponibilizada que deverá ser remunerada aos superavitários no pagamento de juros, de dividendos ou outra forma convencionada.

É dessa maneira que o sistema financeiro possibilita canais adequados para beneficiar ambos agentes: os deficitários poderão somar recursos para realizarem seus investimentos e os superavitários aplicarão o capital excedente, a poupança (EIZIRIK et al., 2011).

Tal relação de superavitário e deficitário pode ser direta ou indireta. A forma direta consiste na ausência de um intermediador, assim, as partes negociam diretamente entre si colocando seus interesses a frente; na maioria das vezes há intermediários obrigatórios, mas que apenas seguem as ordens dos agentes. A relação indireta, por outro lado, consiste na transação através de um intermediário que seguirá interesses próprios. O intermediário negocia com cada agente independentemente, angariando recursos com os poupadores e concedendo os recursos angariados aos que necessitam do capital – um autêntico “intermediário de crédito” (EIZIRIK et al., 2011). A atividade de intermediário é muito realizada pelas instituições financeiras, ocorrendo nas subdivisões do Mercado Financeiro.

Ao compreender a lógica funcional do Sistema Financeiro Nacional é inevitável destacar sua importância para o desenvolvimento econômico de um país. Por óbvio, o bom funcionamento do sistema não depende apenas da abundância recursal, mas das condições das transações realizadas, com enfoque para a segurança destas. É por este viés que se deve garantir aos agentes superavitários instrumentos de discriminação dos agentes deficitários bem como as instituições financeiras que exercem o papel de intermediário, aos quais é cedido o capital excedente – a poupança – sendo possível, assim, a recuperação deste capital em uma eventual situação de não devolução do montante ou não remuneração. Conseguir discriminar os agentes deficitários para ter o capital devolvido devidamente, por vezes, é tarefa árdua, por isso é comum a intermediação, pois as instituições financeiras conseguem avaliar os clientes e garantir os interesses dos agentes.

Ainda, pelo viés da segurança transacional, os agentes deficitários devem ser garantidos do acesso ao capital de forma que não sejam comprometidos quanto ao

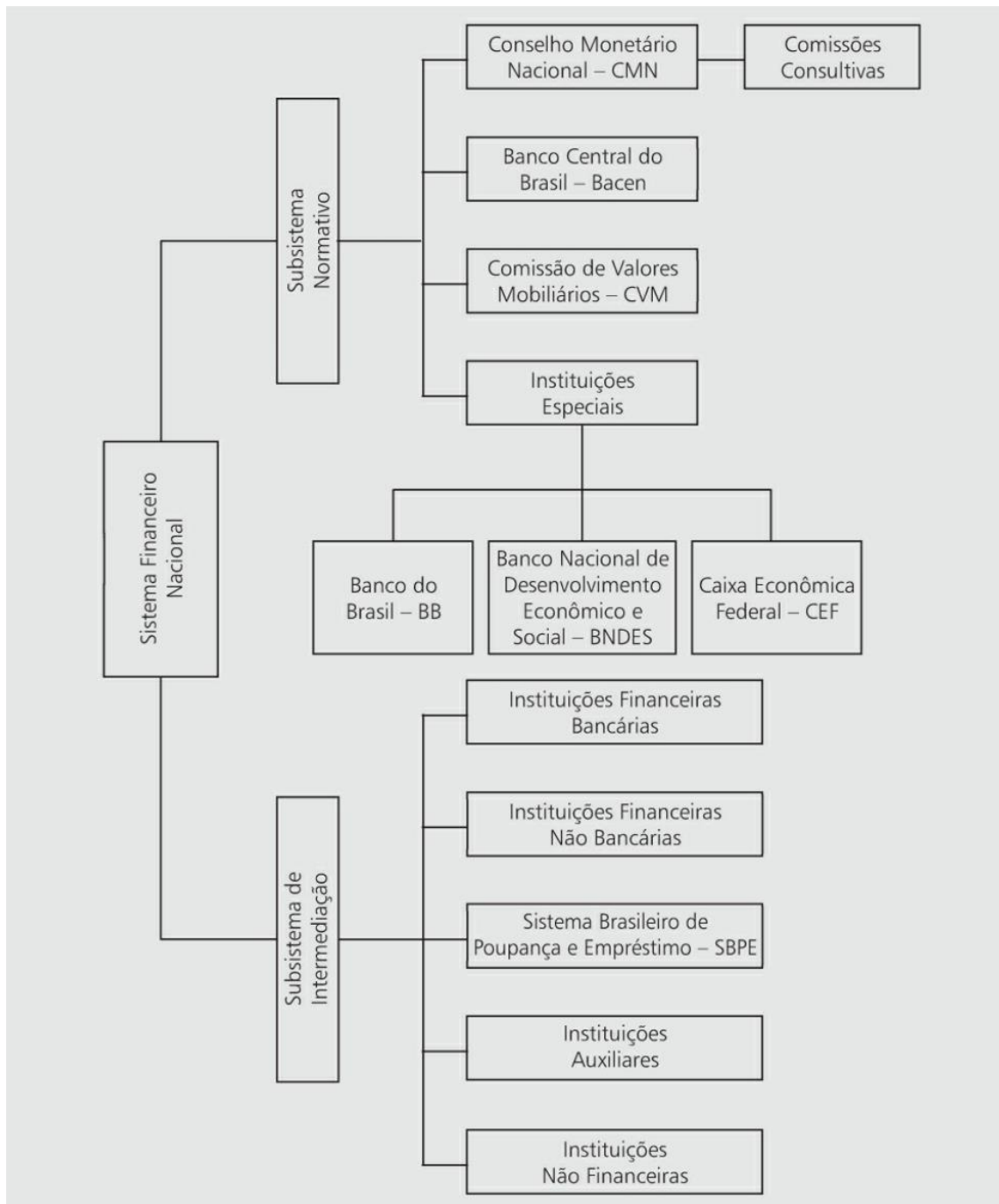
planejamento financeiro, ou seja, que as condições não sejam excessivamente onerosas para estes.

Ao observar esta série de “dever-ser”, é plausível inferir que a maturidade do Mercado Financeiro influenciará diretamente no desenvolvimento econômico de um país, uma vez que o bom funcionamento cativará cada vez mais agentes a transacionarem entre si ou por intermediários. Segundo Assaf Neto (2014), é por meio desse processo de distribuição de recursos no mercado que é possível afirmar a função econômica e social do sistema financeiro. Estruturado as negociações e alcançando uma grande circulação de capitais, somando a riqueza de informações sobre os agentes e a segurança jurídica, a economia atinge cada vez mais dinamicidade e eficiência. Dessa maneira, o mercado financeiro alavancaria o desenvolvimento econômico do país.

Não obstante, o governo, como agente superavitário também, utiliza do Sistema Financeiro Nacional para garantir a política monetária.

Ao vislumbrar uma estrutura para o Sistema, evoluem-se dois subsistemas: o normativo e a intermediação financeira. O subsistema normativo se ocuparia pelo bom funcionamento, exercendo papel fiscalizador e regulamentador por meio do Conselho Monetário Nacional (CMN), do Banco Central do Brasil (Bacen) e da Comissão de Valores Mobiliários (CVM), mas esta última atua somente no controle e fiscalização do mercado de valores mobiliários. Ainda há que se falar no Banco do Brasil (BB), no Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) e na Caixa Econômica Federal (CEF), que também integram o subsistema normativo apresentando um caráter especial de atuação, sendo denominadas de Instituições Especiais. Por outro lado, o subsistema de intermediação, também denominado de operativo, é composto pelas instituições que exercem atividades de intermediárias financeiras, sendo elas: Instituições Financeira Bancárias, Instituições Financeiras Não Bancárias, Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), Instituições Auxiliares e Instituições Não Financeiras (ASSAF NETO, 2014).

FIGURA 1: ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DO SISTEMA FINANCEIRO NACIONAL



Fonte: (ASSAF NETO, 2014).

No cenário brasileiro, o Sistema Financeiro, no subsistema da intermediação, se fragmenta em quatro subdivisões para o mercado financeiro, sendo elas o Mercado Monetário, o Mercado de Crédito, o Mercado de Capitais e o Mercado de Câmbio. Importante destacar que sistema financeiro e mercado financeiro não se confundem, enquanto o primeiro

é composto das instituições, o segundo é o ambiente, o próprio mercado, onde é direcionado o capital excedente e se realizam todas as transações.

Em linhas gerais, o Mercado Monetário atua no controle dos meios de pagamentos da economia, ou seja, na liquidez da economia, trabalhando com prazos curtíssimos. O Mercado de Crédito atua em créditos para consumo e capital de giro das empresas, trabalhando com prazos curtos e médios. O Mercado de Capitais atua nos investimentos, financiamentos e outras operações, trabalhando com médio e longo prazos. E por fim, o Mercado Cambial atua na conversão de moedas, trabalhando com curto prazo e a vista – prazo imediato. De prontidão, apenas o Mercado Monetário e de Capitais são vistos como Mercado Financeiro, isto pelas suas características: no primeiro, pelo alto nível de liquidez; no segundo, pelo aparato de médio e longo prazo – títulos, financiamentos – ou prazo indeterminado – ações (ASSAF NETO, 2014).

2.2 MERCADO DE CAPITAIS OU MERCADO DE VALORES MOBILIÁRIOS

O Mercado de Capitais ou Mercado de Valores Mobiliários é o mais relevante no que se refere no processo de desenvolvimento econômico.

O mercado de capitais assume papel dos mais relevantes no processo de desenvolvimento econômico. É o grande municiador de recursos permanentes para a economia, em virtude da ligação que efetua entre os que têm capacidade de poupança, ou seja, os investidores, e aqueles carentes de recursos de longo prazo, ou seja, que apresentam déficit de investimento. (ASSAF NETO, 2014, p. 158 e 159)

Nele há uma relação ímpar estabelecida entre os agentes tomadores e os agentes poupadores, ou seja, os agentes deficitários e os agentes superavitários. Enquanto que nos outros mercados esta relação entre agentes é intermediada por instituição financeira com interesses próprios, no Mercado de Capitais a relação é direta, de forma que o agente superavitário adquire o título posto em oferta pelo agente deficitário em troca de um montante – este pode ser uma debênture ou um título de uma propriedade.

A constatação de que o mercado de capitais representa uma peça fundamental para o desenvolvimento econômico brasileiro recente está diretamente ligada às funções que essa ferramenta desempenha em uma sociedade capitalista de mercado. A negociação de ações em bolsas de valores aumenta as alternativas de financiamento para as empresas e reduz o custo do financiamento porque elimina a intermediação da instituição financeira. Por outro lado, o crescimento do mercado de capitais deve vir acompanhado de maior proteção ao investidor (seja por meio de mecanismos

de governança corporativa, seja pelo maior controle estatal). (BOTTINO; OLIVEIRA, 2012, p. 913)

O Mercado de Valores Mobiliários se estrutura em torno de suprir as necessidades de investimentos dos agentes, trabalhando com diversos prazos para capital de giro, ativo fixo necessário para abrir uma empresa, e capital fixo, ativo circulante necessário para manter o funcionamento da empresa. Sendo assim, é ele o provedor de recursos permanentes à economia, pois liga investidores aos deficitários de investimento (ASSAF NETO, 2014). Ele é composto pelas instituições financeiras não bancárias, instituições componentes do SBPE e diversas instituições auxiliares.

Neste Mercado, os principais papéis negociados consistem em ações, opções sobre ações, *depository receipts*, debêntures, letras de câmbio, certificados ou recibos de depósitos bancários, caderneta de poupança, letras hipotecárias, letras imobiliárias, warrants, título conversível e letra financeira. Todos são tidos como títulos de valor mobiliário, tipificados pela Lei nº 6.385/1976 em seu artigo 2º, sendo os negócios de “participação” os predominantemente realizados, já que o retorno adquirido com os investimentos decorre, majoritariamente, do resultado obtido pela sociedade emitente dos títulos (EIZIRIK et al., 2011).

O destaque vai para as ações, uma vez que estas são a menor fração do capital social – quantia bruta que os sócios ou acionistas investem no momento de abertura da empresa – de uma sociedade anônima. Sociedades anônimas, em suma, são companhias com fins lucrativos de capital social dividido por ações, cuja responsabilidade dos sócios ou acionistas é limitada ao preço de emissão das ações subscritas ou adquiridas, conforme elucidada o artigo 1º da Lei nº 6.404/1976. Sendo assim, as ações acabam por ser valores negociáveis e repartidos aos acionistas segundo a parcela de participação monetária consumada, segundo o montante investido.

Os principais financiamentos no Mercado de Capitais são: financiamento de capital de giro, operações de repasses, arrendamento mercantil, oferta pública de ações e debêntures, securitização de recebíveis, mercado de bônus – *bonds*, *rating* das dívidas e bônus de alto risco, *forfaiting* e fundo garantidor de crédito.

Retomando a historicidade, há dois sistemas no mundo quanto à caracterização de valor mobiliário. O primeiro visa restringir, ou seja, fornecer um rol taxativo de papéis que podem ser negociados nesse mercado. Este sistema vigora na França, por exemplo. O segundo sistema, vigente nos Estados Unidos da América, visa dizer as características que tornam um

papel um título de valor mobiliário, ou seja, um rol exemplificativo. Diante disso, qualquer título que venha preencher estas características é tido como valor mobiliário.

O Brasil, com a Lei nº 6.385/76, adotou, preliminarmente ao sistema francês, mas, a dinâmica do Mercado de Capitais ditou mudanças frequentes na legislação, a fim de incluir no rol taxativo os diversos novos títulos que foram surgindo. Contudo, a dinamicidade existente não se limitou ao rol estabelecido taxativamente. A Lei nº 10.198/2001 efetivou a adoção do modelo norte-americano, visto que seria menos oneroso e trabalhoso para a organicidade do mercado e para o órgão fiscalizador. Tal reforma ainda fora complementada pela Lei nº 10.303/2001 que promove alterações na Lei do Mercado de Valores Mobiliários (EIZIRIK et al., 2011).

A novidade legislativa também vem retirar do rol de valores mobiliários os títulos da dívida pública federal, estadual e municipal, assim como os títulos cambiais de responsabilidade de instituições financeiras, com exceção das debêntures. Ainda promoveu a criação da CVM enquanto autarquia competente para regulamentar e fiscalizar o Mercado de Valores Mobiliários.

Importante mencionar que o Mercado de Capitais é considerado um mercado “de risco”, uma vez que os títulos negociáveis neste não preveem um retorno do capital investido. Nesse infortúnio, a remuneração virá através de dividendos, que dependem justamente da obtenção de lucro pela companhia (EIZIRIK et al., 2011). Mesmo diante deste cenário, a liquidez deste mercado é reconhecida, já que os títulos podem ser transformados em dinheiro através da negociação nas bolsas de valores de forma rápida.

Há que se falar no mercado primário e mercado secundário existentes dentro do Mercado de Capitais. No mercado primário a finalidade de financiar sociedade abertas, permitindo que estas consigam recursos para financiar suas atividades produtivas, é atingida. É neste que se realizam emissões públicas de novos valores mobiliários, sendo os recursos obtidos na venda destinados prontamente à companhia (EIZIRIK et al., 2011). Por outro lado, o mercado secundário é o ambiente para a negociação de valores mobiliários já existentes no mercado há certo tempo, sendo os recursos captados com a venda angariados pelo proprietário anterior do título. Fica destinado a este mercado a função de liquidação dos títulos e a definição dos preços, que se orientaram pelos valores referentes as operações de compra e venda.

Sendo assim, infere-se que o Mercado de Capitais precisa ter um local apropriado para a transação direta de compradores e investidores, de forma a negociar livremente. Ainda, necessita de uma medida de valor, já que é a partir dos preços praticados no Mercado de

Capitais que se norteia os valores para as operações de crédito e operações de troca em todo o país. Não obstante, tal Mercado precisa fornecer liquidez aos títulos negociados, fazendo do mercado imprescindível para que os papéis, que variam diariamente, se transformem em dinheiro rapidamente.

Por óbvio, o Mercado Financeiro apresenta outras divisões, pois é extremamente diverso, mas nos atentemos ao Mercado de Capitais, uma vez que é neste que ocorrem as negociações de valores mobiliários incentivadas por informações privilegiadas, conduta que se pretende debruçar.

2.3 COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS

Como já dito, o Sistema Financeiro Nacional, a fim de dizer uma possível estrutura, é composto por dois grandes subsistemas: normativo e intermediação financeira.

O subsistema normativo é responsável pelo funcionamento do mercado financeiro e de suas instituições, fiscalizando e regulamentando suas atividades por meio principalmente do Conselho Monetário Nacional (CMN) e do Banco Central do Brasil (Bacen). A Comissão de Valores Mobiliários (CVM) é um órgão normativo de apoio do sistema financeiro, atuando mais especificamente no controle e fiscalização do mercado de valores mobiliários (ações e debêntures). (ASSAF NETO, 2014, p. 91).

Sendo assim, ao vislumbrar o primeiro subsistema do SFN, se fala no Conselho Monetário Nacional e suas comissões consultivas, no Banco Central do Brasil, na Comissão de Valores Mobiliários e em Instituições Especiais. Se tratando destas últimas, temos o Banco do Brasil (BB), Banco Nacional de Desenvolvimentos Econômico e Social (BNDES) e Caixa Econômica Federal (CEF).

O subsistema de intermediação, por sua vez, é constituído de instituição financeiras bancárias, instituições financeiras não bancárias, Sistema Brasileiro de Poupança e Empréstimo (SBPE), instituições auxiliares e instituições não financeiras.

A fim de adentrar ao foco da pesquisa, nos atentemos à Comissão de Valores Mobiliários, ou melhor, o terreno para o surgimento deste importante órgão para o Sistema Financeiro Nacional.

Antes da criação da CVM, mais especificamente no período de 1965 a 1976, havia um sistema precário de informação e uma tímida regulação deste. Em 1968, o Conselho Monetário Nacional procurou implementar medidas de regulamentação, mas não há registros de sua efetividade. O que vigia à época era a lei de Mercado de Capitais de 1965, cujo art. 3º, inciso X, estabelecia a competência do Banco Central para fiscalizar as informações

referentes a investidores e acionistas. Contudo, tal monitoramento, promovido pelo CMN e o Banco Central, se manteve precário, dentre muitos levantamentos, o que mais justificava este quadro era a ausência de punição.

A fim de satisfazer um programa oficial para atingir o desenvolvimento econômico e a estabilização, criou-se um mercado de capitais relevante. Juntamente, em 1967, criou-se um sistema de incentivos fiscais. Graças a isto, muitos investidores, pessoas físicas no caso, resolveram investir no mercado acionário, porém, não houve a preocupação de resguardá-los, e também não tinha como fazê-lo diante à precariedade do sistema informacional e sua estrutura institucional (PRADO, 2016).

O resultado foi a crise de 1971, decorrente da desenfreada especulação nas bolsas do Rio de Janeiro e de São Paulo. A esperança de obter altos rendimentos no curto prazo conjugada com a existência dos incentivos fiscais acima narrados chamaram o aumento da participação de pequenos investidores no mercado de ações brasileiro. A partir desse momento, verifica-se uma elevação nas cotações e no volume de transações sem precedentes, mostrando um mercado sustentado por especuladores profissionais e pelo ingresso de recursos de novos investidores. Num momento subsequente, verifica-se a explosão desse mercado, como uma bolha, coma a queda de demanda e de preços. (PRADO, 2016, p. 20)

A crise de 1971 revelou a necessidade de substituir o Banco Central, não por outro órgão existente, mas por um novo, especializado para regular o mercado de valores mobiliários. Assim nascia a Comissão de Valores Mobiliários (CVM).

A CVM é uma autarquia federal de regime especial vinculada ao Ministério da Fazenda, que age segundo a orientação do Conselho Monetário Nacional. Possui personalidade jurídica e patrimônio próprios, dotada de autoridade administrativa autônoma e inexistência de subordinação hierárquica. A autarquia, ainda, possui mandato fixo e estabilidade de seus dirigentes, como também é detentora de autonomia financeira e orçamentária. Em se falando de estrutura, é administrada por um presidente e por quatro diretores, todos nomeados pelo Presidente da República.

Ela fora criada em 07 de dezembro de 1976 pela Lei nº 6.385/76, no intuito de fiscalizar, normatizar, disciplinar e desenvolver o mercado de capitais brasileiro, que é representado, principalmente, por ações, partes beneficiárias e debêntures, *commercial papers* e demais títulos emitidos pelas sociedades anônimas e autorizadas pelo CMN.

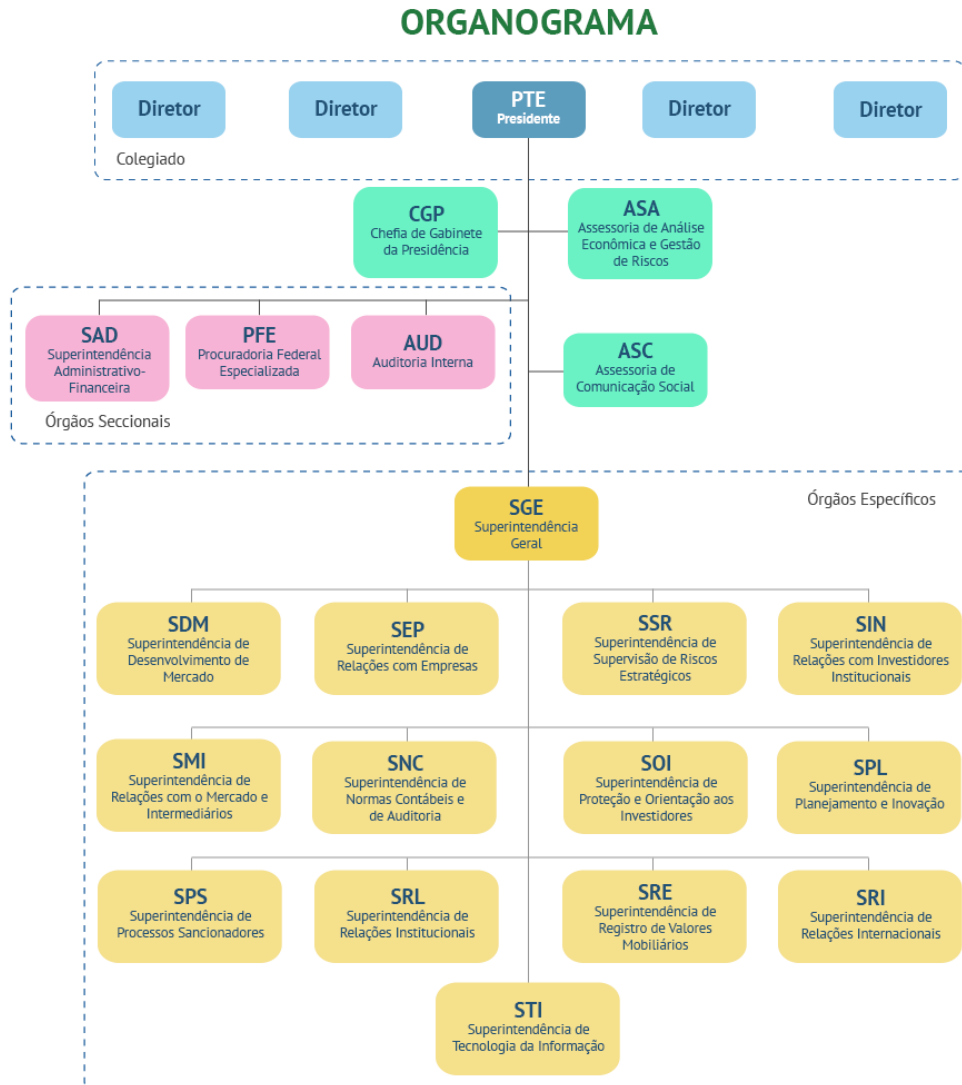
A atuação da CVM abrange, dessa forma, três importantes segmentos do mercado: (a) instituições financeiras do mercado; (b) companhias de capital aberto, cujos valores mobiliários de sua emissão encontram-se em negociação em Bolsas de Valores e mercado de balcão; (c) investidores, à

medida que é seu objetivo atuar de forma a proteger seus direitos. (ASSAF NETO, 2014, p. 97)

O Ministério da Fazenda, em 11 de julho de 1977, editou a Portaria nº 327, que aprova o Regimento Interno da CVM. Nesta contém que a sede e foro da CVM estão localizadas no Rio de Janeiro, Estado do Rio de Janeiro, e jurisdição em todo território nacional (art. 2º); enumera as finalidades da CVM (art. 3º); afirma a competência, que é firmar Convênios ou acordos com as demais CVM ou entidades similares de outros países, exercer atividades de regulamentação, administração, fiscalização e autorização previstas na Lei nº 6.385/1976 e colaborar com o Governo Federal (art. 4º); ainda diz respeito às competências no que se refere ao sistema de distribuição (art. 5º), à negociação no mercado (art. 6º), à companhia aberta (art. 7º), à administração de carteiras e custódia de valores mobiliários (art. 8º) e aos auditores, consultores e analistas de valores mobiliários (art. 9º). Não obstante, diz acerca do exercício das atribuições legais da referida autarquia federal (art. 10), a respeito do funcionamento e organização (art. 11 e seguintes). Além disso, faz referência ao processo normativo (art. 26 e seguintes) e se finda tratando de disposições gerais (art. 29 até art. 32).

Acerca da estrutura organizacional (FIGURA 01), como já dito, o colegiado é formado pelo presidente da CVM e quatro diretores; abaixo destes estão a Chefia de Gabinete da Presidência, a Assessoria de Análise Econômica e Gestão de Riscos e, a Assessoria de Comunicação Social; em seguida, tem-se os órgãos seccionais, quais sejam a Superintendência Administrativo-Financeira, a Procuradoria Federal Especializada, Ouvidoria e a Auditoria Interna; por último, há os órgãos específicos, sendo eles a Superintendência de Desenvolvimento de Mercado, a Superintendência de Relações com Empresas, a Superintendência de Supervisão de Riscos Estratégicos, Superintendência de Relações com Investidores Institucionais, Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários, Superintendência de Normas Contábeis e de Auditoria, Superintendência de Proteção aos Investidores, Superintendência de Planejamento e Inovação, Superintendência de Processos Sancionadores, Superintendência de Relações Institucionais, Superintendência de Registro de Valores Mobiliários, Superintendência de Relações Internacionais e, não menos importante, a Superintendência de Tecnologia e Informação.

FIGURA 2: ORGANOGRAMA DA ESTRUTURA ORGANIZACIONAL DA COMISSÃO DE VALORES MOBILIÁRIOS



Fonte: (CVM, 201-)

Acerca da estrutura organizacional, como já dito, o colegiado é formado pelo presidente da CVM e quatro diretores; abaixo destes estão a Chefia de Gabinete da Presidência, a Assessoria de Análise Econômica e Gestão de Riscos e, a Assessoria de Comunicação Social; em seguida, tem-se os órgãos seccionais, quais sejam a Superintendência Administrativo-Financeira, a Procuradoria Federal Especializada, Ouvidoria e a Auditoria Interna; por último, há os órgãos específicos, sendo eles a Superintendência de Desenvolvimento de Mercado, a Superintendência de Relações com Empresas, a Superintendência de Supervisão de Riscos Estratégicos, Superintendência de Relações com Investidores Institucionais, Superintendência de Relações com o Mercado e Intermediários,

Superintendência de Normas Contábeis e de Auditoria, Superintendência de Proteção aos Investidores, Superintendência de Planejamento e Inovação, Superintendência de Processos Sancionadores, Superintendência de Relações Institucionais, Superintendência de Registro de Valores Mobiliários, Superintendência de Relações Internacionais e, não menos importante, a Superintendência de Tecnologia e Informação.

Como já dito, foi outorgada à Comissão a competência para disciplinar, ou seja, punir as irregularidades praticadas pelos agentes do mercado, como dita a Lei nº 6.385/76. Veja-se:

Art. 9º A Comissão de Valores Mobiliários, observando o disposto no §2º do art. 15, poderá:

[...]

V – apurar, mediante processo administrativo, atos ilegais e práticas não equitativas de administradores, membros do conselho fiscal e acionistas de companhias abertas, dos intermediários e dos demais participantes do mercado;

VI – aplicar aos autores das infrações indicadas no inciso anterior as penalidades previstas no Art. 11, sem prejuízo da responsabilidade civil ou penal. (BRASIL, 1976)

Isto é, a CVM conduzirá as fiscalizações do mercado de capitais, e na observância de ato ou prática ilícita ou ilegal, poderá abrir processo administrativo contra os agentes do mercado e punir devidamente. Processo que não impede a incidência da justiça para garantir a responsabilização cível ou penal.

As penalidade administrativas são advertência; multa; inabilitação temporária, de no máximo vinte anos, para o exercício de cargo de administrador ou conselheiro fiscal de companhia aberta, de entidade do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou registro na CVM; suspensão de autorização ou registro para exercício das atividades tratadas na Lei nº 6.385/76; inabilitação temporária para o exercícios de atividades tratadas na referida lei, no prazo máximo de vinte anos; proibição temporária de praticar determinadas atividades ou operações, para os integrantes do sistema de distribuição ou de outras entidades que dependam de autorização ou de registro da CVM, de até vinte anos; proibição temporária, de no máximo dez anos, de atuar, direta ou indiretamente, em uma ou mais modalidades de operação no mercado de capitais – penas previstas no Art. 11 da Lei nº 6.385/1976.

A Comissão de Valores Mobiliários, também, no intuito de prevenir atos e práticas ilegais, emite Instruções aos agentes do mercado de capitais, impondo deveres e

condutas esperadas, sempre guiados pelos princípios acerca da atividade econômica, respaldados na Constituição de 1988. A referida pesquisa, cabe destaque para a Instrução CVM nº 31/1984, responsável por impor deveres de informar, mensalmente, aos administradores e acionistas controladores sobre negociações com valores mobiliários.

3 INSIDER TRADING: ANÁLISE DOS DELITOS DE COLARINHO BRANCO À LUZ DA CRIMINOLOGIA CRÍTICA

3.1 DOS CRIMES CONTRA O MERCADO DE CAPITAIS: ART. 27-C E ART. 27-E DA LEI Nº 6.385/1976

O processo de globalização foi o responsável por romper com as distâncias geográficas graças aos avanços tecnológicos de comunicação, propiciados pela rede mundial de computadores que disponibiliza acesso irrestrito à informação aos usuários. Essa transformação no final do século XX importou em uma nova ordem social, eivada de novos bens jurídicos que clamam tutela e, conseqüentemente, tal transformação acarreta na expansão do poder punitivo. É neste contexto que presenciamos a punição cada vez mais severa das condutas que lesam ou expõem a perigo a economia, o meio ambiente, as relações de consumo, as redes de informática.

É neste contexto que em 2001 se deu a criminalização de condutas relativas ao mercado de capitais, que antes eram meras infrações administrativas. Principalmente frente ao cenário brasileiro de abertura da economia nos anos 90, acentuando a importância do sistema financeiro nacional para o desenvolvimento socioeconômico nacional, e conseqüentemente, o mercado de capitais como peça fundamental. A tipificação das condutas de manipulação de mercado, *insider trading* e exercício irregular da profissão é a modalidade mais recente de delitos ligados ao Direito Penal Econômico, evidenciando a necessidade em tutelar ainda mais o controle estatal que já era exercido pela Comissão de Valores Mobiliários no âmbito administrativo.

A Lei nº 10.303/2001 incorporou ao ordenamento jurídico o Capítulo VII-B da Lei nº 6.385/76, que dispõe sobre os crimes contra o mercado de capitais. Com tal novidade legislativa, tais condutas reconhecidamente ilícitas do ponto de vista administrativo e cível, tornaram-se crimes de ação penal pública incondicionada, tipificados do art. 27-C ao art. 27-E da referida lei.

Tais crimes prejudicam a eficiência e a transparência na formação do preço dos títulos negociados no mercado de capitais, trazendo riscos e diminuindo a confiança dos investidores no mercado mobiliário, violam a igualdade de acesso às informações, afetam o interesse social consubstanciado na exigência legal de que as operações sejam realizadas exclusivamente por agentes autorizados e registrados junto aos órgãos competentes e, em última análise, colocam em risco o patrimônio dos investidores. (OLIVEIRA; BOTTINO, 2010, p. 907)

Não obstante, a Lei nº 10.303/2001 também foi responsável por enfatizar o mandato legal da Comissão de Valores Mobiliários acerca da tutela dos investidores contra o uso de informações privilegiadas, quando acrescentou a letra “c”, no item IV do artigo 4º da Lei nº 6.385/76. Ainda, modificou a Lei de S/A, com o acréscimo do parágrafo 4º ao art. 155, que será melhor explanado futuramente, reforçando a Instrução da CVM nº 31/1984 (Prado, 2016).

Em linhas gerais, vejamos tais crimes contra o mercado de capitais, que possuem como bem jurídico tutelado o funcionamento regular ou correto deste mercado e sua credibilidade.

O primeiro delito tipificado corresponde ao crime de manipulação de mercado.

Veja-se:

Art. 27-C. Realizar operações simuladas ou executar outras manobras fraudulentas destinadas a elevar, manter ou baixar a cotação, o preço ou o volume negociado de um valor mobiliário, com o fim de obter vantagem indevida ou lucro, para si ou para outrem, ou causar dano a terceiro:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 8 (oito) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime. (BRASIL, 1976)

Destrinchando o artigo, realizar é o mesmo que executar, efetuar; operações simuladas consistem em qualquer ato fraudulento que usa artifício no intuito de induzir ou manter terceiros em erro. Ao se falar em outras manobras, abre-se para uma interpretação analógica, já que operação simulada é espécie de manobra fraudulenta (Prado, 2019). Importante destacar que para a configuração do delito, é necessário a presença do dolo, que aqui se traduz a elevar, manter ou baixar a cotação, o volume ou preço negociado de um valor mobiliário, desta forma, angariando vantagem indevida ou lucro para si ou para outrem, ou, ainda, causar dano a terceiros.

O crime de manipulação de mercado compreende as condutas que se traduzem em operações aparentemente regulares, mas que são controladas por agentes de forma a violar o livre jogo de oferta e da procura. Essas ações podem ocorrer por meio de simulação ou fraude, sendo certo que essas ações não estão definidas em lei. A integração dos elementos normativos “operação simulada” e “operação fraudulenta” é feita utilizando-se as regras administrativas. (OLIVEIRA; BOTTINO, 2010, p. 917 e 918)

Em linhas de classificação doutrinária, estamos diante de um crime comum³, já que qualquer um pode ser o sujeito ativo. Como sujeito passivo, temos a coletividade, o Estado e o terceiro (investidor) que fora prejudicado com a manobra efetuada. É um crime doloso, ou seja, necessita o sujeito ter consciência e vontade de realizar o delito. É, também, um crime de mera conduta, consumando-se na realização de operações descritas. Por fim, é delito plurissubsistente, pois permite fracionamento da atividade delitiva, logo, admite tentativa (Prado, 2019).

Em uma comparação da conduta que era infração administrativa antes de 2001 que passou a ser ilícito penal, Oliveira e Bottino (2010, p. 921) observam que:

[...] o tipo penal abrange um número maior de sujeitos ativos, facilitando a responsabilização penal. Contudo, verifica-se a maior facilidade de incriminação no plano administrativo em decorrência da punição de condutas separadamente, ao invés de conjugadas como no tipo penal. Além disso, outra dificuldade de aplicação da lei penal estaria na ausência de definição do conceito de “regularidade” do mercado, ausência que, no âmbito do processo judicial, poderia ser considerada uma violação ao princípio da tipicidade estrita.

O próximo delito consiste no exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função.

Art. 27-E. Exercer, ainda que a título gratuito, no mercado de valores mobiliários, a atividade de administrador de carteira, agente autônomo de investimento, auditor independente, analista de valores mobiliários, agente fiduciário ou qualquer outro cargo, profissão, atividade ou função, sem estar, para esse fim, autorizado ou registrado na autoridade administrativa competente, quando exigido por lei ou regulamento:

Pena – detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos, e multa. (BRASIL, 1976)

Quanto ao artigo, exercer é sinônimo de trabalhar, intervir, realizar, operar; cargo é entendido como emprego, ofício; profissão consiste em trabalho, hábito profissional, carreira. O injusto alude justamente ao exercício irregular de profissão ou atividade. No caso do administrador de carteira, que é autorizado a comprar ou vender títulos mobiliários por conta do comitente que lhe entregou a gestão profissional e recursos e valores mobiliários, necessita-se para este exercício profissional a prévia autorização da CVM, como consta o *caput* do art. 23 da Lei nº 6.385/76.

³ O mais que Luiz Regis Prado (2019) classifique o crime de manipulação de mercado como crime comum, ou seja, qualquer indivíduo possa praticá-lo, é um ponto divergente doutrinário, pois para que um indivíduo pratique tal delito, é necessário que este saiba operar o mercado de tal forma que crie um mercado artificial. O que é uma conduta complexa que demanda conhecimento, isto é, não é qualquer um que pode ser sujeito ativo deste delito.

Agente autônomo de investimento é o responsável por realizar a representação dos investidores, mas sem vínculo empregatício algum, tendo a função de negociar títulos e valores propriamente ditos (Prado, 2019). Acerca do auditor independente – cuja função é auditar demonstrações financeiras de companhias abertas e de instituições, sociedades ou empresas que fazem parte do sistema de distribuição e intermediação de valores mobiliários –, é imprescindível o registro na Comissão de Valores Mobiliários, uma vez que estamos falando da empresa contábil ou profissional, como prevê o art. 26 da Lei nº 6.385/76.

Segundo o art. 1º, *caput*, da Instrução nº 598/2018 da CVM, analista de valores mobiliários é a pessoa, natural ou jurídica, que, profissionalmente, elabora relatórios para publicação, divulgação ou distribuição a terceiros, mesmo que seja restrito aos clientes. Não obstante, a referida instrução diz sobre a devida regulamentação do consultor ou analista. Por último, agente fiduciário é aquele responsável por gerir negócios e representar interesses dos beneficiários, sob regime fiduciário sobre créditos mobiliários.

Mediante estes esclarecimentos, percebe-se tamanha possibilidade de incriminação, pois não se limitou nestas profissões específicas, já que o artigo engloba “qualquer outro cargo, profissão, atividade ou função”. Vale ressaltar que ao havendo justificação do exercício, ou seja, existente a autorização ou registro, a conduta se torna lícita.

Trata-se de normal penal em branco, visto que, para a completude da conduta incriminada, é necessário recorrer ao arcabouço normativo que regulamenta o mercado de valores mobiliários, mormente as instruções elaboradas pela Comissão de Valores Mobiliários, regulamentações do Banco Central do Brasil e das próprias bolsas de valores. (PRADO, 2019, p. 349).

A critério de classificação doutrinária, é um crime comum⁴, ou seja, qualquer um pode ser sujeito ativo. Sujeito passivo continua sendo a coletividade, o Estado e, ocasionalmente, terceiros lesados pela atuação do sujeito irregular. É um crime doloso e plurissubsistente – admissível tentativa a respeito da atuação irregular. Porém, se tratando da conduta de exercício profissional, cargo, função ou atividade, não cabe a modalidade tentada, pelo fato que tais condutas pressupõem habitualidade (Prado, 2019).

Em última análise, tal delito nada mais é que uma forma agravada e específica de Exercício Ilegal de Profissão ou Atividade, tipificada no art. 47 da Lei nº 3.688/1941, mais conhecida como Lei de Contravenções Penais; da mesma forma como ocorre com o exercício irregular da medicina, crime tipificado no art. 282 do Código Penal.

⁴ Da mesma forma, há também divergência doutrinária quanto ao delito ser comum ou não, uma vez que para que um sujeito possa exercer qualquer um desses cargos, profissões, atividades ou funções, é preciso deter certo conhecimento para a prática delituosa.

3.2 DO *INSIDER TRADING*: USO INDEVIDO DE INFORMAÇÃO PRIVILEGIADA

O delito *insider trading*, também conhecido por uso indevido de informação privilegiada, é, bem como os outros supracitados, um crime contra o mercado de capitais. O bem jurídico tutelado é o funcionamento regular e correto do mercado de valores mobiliários, da mesma forma que se tutela a igualdade de oportunidades neste mercado.

Art. 27-D. Utilizar informação relevante de que tenha conhecimento, ainda não divulgada ao mercado, que seja capaz de propiciar, para si ou para outrem, vantagem indevida, mediante negociação, em nome próprio ou de terceiro, de valores mobiliários:

Pena – reclusão, de 1 (um) a 5 (cinco) anos, e multa de até 3 (três) vezes o montante da vantagem ilícita obtida em decorrência do crime. (BRASIL, 1976)

Utilizar é o mesmo que operar, servir-se; mediante negociação significa troca, acordo. Ao se tratar de informação relevante, fala-se em informação prestigiada, privilegiada, em outras palavras, informação sigilosa, confidencial, não divulgada. O injusto aqui, então, se caracteriza em informação privilegiada e relevante ao fim proposto, o dolo, no caso, auferir vantagem indevida de natureza patrimonial nas negociações de títulos mobiliários, seja para si ou para outrem.

O uso de informação privilegiada significa a realização de operações no mercado de capitais por pessoas que, em razão de sua relação com a companhia, por exemplo, possuem informações que o público não dispõe. Ao utilizar uma informação antes que os demais dela tomem conhecimento, o *insider* antecipa-se à reação do mercado àquela informação (impacto que se seguirá à divulgação da informação) e pode comprar ou vender valores mobiliários em condições mais vantajosas do que os demais investidores. (OLIVEIRA; BOTTINO, 2010, p. 922)

A Instrução da CVM nº 358/2002⁵ dispõe sobre a divulgação e uso de informações sobre ato ou fato relevante em se tratando das companhias abertas. O art. 2º da referida Instrução define ato ou fato relevante como qualquer decisão de acionista controlador, deliberação da assembleia geral ou dos órgãos de administração da companhia aberta, ainda, qualquer outro fato ou ato dotado de caráter político-administrativo, técnico, negocial ou econômico-financeiro acerca dos negócios, seja na cotação dos valores mobiliários de emissão da companhia aberta, na decisão dos investidores de qualquer transação ou não transação ou na decisão dos investidores de exercer seus direitos enquanto

⁵ O *insider trading* também é tratado como norma penal em branco, isto é, demanda complementação normativa. Diante a isso, a Instrução da CVM nº 358/2002 é uma das mais importantes quanto a complementação do tipo penal do delito de uso indevido de informação privilegiada.

titulares de valores mobiliários. O parágrafo único do mesmo artigo alude a um conjunto de atos ou fatos tidos como relevantes, em caráter exemplificativo, não taxativo.

Não obstante, a Instrução CVM nº 358/2002 estabelece deveres de comunicação de informações relevantes ao Diretor de Relações com Investidores e deveres acerca do resguardo ao sigilo. Ainda, a Instrução veda qualquer negociação de valores mobiliários antes da divulgação ao mercado de ato ou fato relevante ocorrido nos negócios da companhia, tanto para os que têm diretamente o acesso à informação, quanto para os que a obtém indiretamente.

Ao punir a conduta do agente que se vale de uma informação privilegiada para obter lucro, o legislador pretendeu desestimular a prática que viola o princípio da transparência no mercado de capitais e cria empecilhos à livre concorrência, ou seja, o livre acesso à informação e a igualdade de oportunidades na negociação dos valores mobiliários. (OLIVEIRA; BOTTINO, 2010, p. 923)

O sujeito ativo desta conduta só pode ser aquele que tenha acesso às informações privilegiada e o dever de guardar sigilo, mesmo que o artigo não faça a delimitação. Sendo assim, é um delito especial próprio. Não seria diferente tal lógica, já que a ciência da informação privilegiada é decorrente do exercício da atividade profissional, seja empresarial ou similar (Prado, 2019). Tal sujeito é denominado de *insider* primário, que em tradução livre, seria o que está dentro, interno de direito. Ser *insider* é ter informação privilegiada antes do público.

O sujeito passivo deste delito é a coletividade, o Estado e terceiros lesados. Estamos de um delito de perigo abstrato-concreto, no qual a periculosidade necessita ser demonstrada. Também é um delito de mera conduta, pois a consumação se dá pelo uso indevido da informação privilegiada. Como a conduta é passível de fracionamento, ou seja, o crime é plurissubsistente, é admissível a tentativa.

§1º. Incorre na mesma pena quem repassa informação sigilosa relativa a fato relevante a que tenha tido acesso em razão de cargo ou posição que ocupe em emissor de valores mobiliários ou em razão de relação comercial, profissional ou de confiança com o emissor.

§2º. A pena é aumentada de 1/3 (um terço) se o agente comete o crime previsto no *caput* deste artigo valendo-se de informação relevante de que tenha conhecimento e da qual deva manter sigilo.

O parágrafo primeiro do art. 27-D da Lei nº 6.385/76, inserido pela Lei nº 13.506/2017, prevê a criminalização do *insider* secundário, que diferente do primário, não ocupa cargo ou exerce atividade profissional na companhia, razão pela qual seria detentor da

informação privilegiada. O *insider* secundário é aquele que recebe, indiretamente, a informação.

A referida figura delitiva tem por objetivo punir aquele que, embora não envolvido diretamente na negociação de valores mobiliários, auxilia a outrem por meio do repasse da informação sigilosa. Despicienda a previsão de tal responsabilização, uma vez que a figura da participação, genericamente regulada pelo art. 29 do Código Penal, com agasalho da teoria monista ou unitária, já contempla tal possibilidade. (PRADO, 2019, p. 346)

Acerca do parágrafo segundo, há uma gravidade maior, refletida por um aumento da pena, da conduta de uso indevido de informação privilegiada. A única diferença entre a conduta do *caput* e do referido parágrafo está no dever de guardar sigilo, havendo a devida comprovação que o praticante do delito tinha tal dever, ocorrerá este aumento da pena em um terço (Prado, 2019). Ao que tudo indica, o fulcro desta norma é fazer a distinção da punição do *insider* primário e do *insider* secundário, cujo o primário tem este aumento de pena.

Há quem veja nisso uma prática inerente às características do próprio mercado de capitais, mas tal prática gera, indiscutivelmente, um desequilíbrio nas condições de igualdade de oportunidade que caracterizam o mercado. Com efeito, a confiança que os investidores depositam não somente no funcionamento do mercado (expectativa de igualdade de oportunidade negociais), mas principalmente nos administradores que gerem as companhias cujos papéis são negociados, fica diminuída diante da possibilidade de que seu patrimônio (ou suas oportunidades de negócio) seja afetado em razão da ação do *insider*. (OLIVEIRA; BOTTINO, 2010, p. 922 e 923)

3.3 CRIMES DE COLARINHO BRANCO OU ILEGALISMOS PRIVILEGIADOS: SOBRE A (DES)CRIMINALIZAÇÃO

O *insider trading*, como já visto, é um delito especial próprio, ou seja, o crime exige uma qualidade especial do sujeito, neste caso, o sujeito tem dever de guardar sigilo. Os autores do *insider trading* são os “acionistas controladores, diretores, membros do conselho de administração, do conselho fiscal e de quaisquer órgãos com funções técnicas ou consultivas, criados por disposição estatutária, e empregados da companhia” – todos incumbidos do dever de guardar sigilo – como aduz o Art. 8º da Instrução nº 358/2002 da Comissão de Valores Mobiliários. Portanto, o *insider trading* é tido como um crime de colarinho branco, pois seus autores fazem parte do mundo dos negócios e do governo. É característica destes crimes o não uso da violência, obtenção de grandes montantes e a utilização de um sistema penal diferente do que está na lei.

Fernando Acosta (2004) se refere a estes delitos como ilegalismos privilegiados. Termo que se refere às infrações passíveis de mais de um tipo de qualificação no direito positivo, isto é, delitos que importam às esferas cível e administrativa, além da esfera penal.

Em decorrência de importar em mais de um plano jurídico, por assim dizer, o delito enquanto situação conflito possui um amplo leque de resolução. Como estamos diante do delito *insider trading*, o espaço onde ocorre o crime é o mundo dos negócios e a resolução do conflito é pautada pelas penas privativas de liberdade simbólicas ou de curta duração, multas penais, multas administrativas, reparações cíveis e/ou acordos amigáveis.

A utilização efetiva de um modo de resolução e não de outro depende de diversos fatores que variam consideravelmente em função do tipo de situação em jogo e do contexto no qual elas se produzem, como, por exemplo: oportunidade da intervenção, natureza das relações entre o infrator e aqueles que são encarregados da aplicação de uma lei ou regulamento particular, conhecimentos e representações, por parte das eventuais vítimas, da natureza dos conflitos em que elas estão implicadas, recursos materiais e humanos dos organismos de controle, natureza das relações (colaboração mútua? concorrência? conflito aberto?) entre os organismos de controle relevantes das diferentes esferas da administração pública, e assim por diante. É essencialmente em razão dessa ampla disponibilidade de modos de resolução e, igualmente, da extrema complexidade que parece caracterizar a dinâmica de sua operação que qualifico de privilegiados os ilegalismos em questão. (ACOSTA, 2004, p. 71)

Ao se tratar do mundo dos negócios como o cenário do delito, inúmeras são as pesquisas e estudos que constatarem que a definição e o tratamento dos ilegalismos segue ritos próprios, concernentes à aplicação ou aplicação de normas com a finalidade repositiva (ACOSTA, 2004). Isto colocado pois, se partindo da legislação, o princípio da *ultima ratio* deveria imperar, ou seja, a resolução de conflitos é orientada pelos métodos menos coercitivos, se recorrendo à esfera penal quando os demais mecanismos – cíveis e administrativos – não forem suficientes para sanar o conflito.

Diante a isto, Acosta (2004) vislumbra duas possibilidades frente ao conflito: instauração efetiva de ações penais – mesmo que muitas acabem sendo trancadas no decorrer do processo – ou que vários modos de resolução de conflitos sejam acionados simultaneamente. Na segunda possibilidade, há dois panoramas possíveis. O primeiro é caracterizado pela atividade de todas as instâncias até que, uma após a outra, se retirem, para deixar a resolução nas mãos daquela que é reconhecida como mais adequada para sanar o litígio em voga. O segundo panorama é caracterizado por ativação de todas as instâncias para impor ao agente o perigo de que a sanção mais severa seja aplicada, o que determina ao indiciado ou acusado a adoção de determinada postura.

[...] no segundo, uma delas (o sistema penal, por exemplo) mantém-se ativa, ou em via de ser ativada, tanto tempo quanto for necessário para deixar claro que uma sanção mais severa poderá ser aplicada se, por acaso, a pessoa ou companhia implicada resistir em aceitar o acordo ou compromisso que a “instância adequada” lhe propõe (ex.: a receita federal que negocia, brandindo a ameaça do prosseguimento de uma ação penal já instaurada ou da entrega do caso ao Ministério Público, o pagamento de uma dívida decorrente de uma declaração de imposto fraudulenta). (ACOSTA, 2004, p. 75)

Ou seja, o segundo panorama é justamente para pressionar o autor do suposto delito a colaborar, seja com as investigações, seja no pagamento de determinado montante, seja em firmar determinado acordo. Apenas serve como pressão, pois a pena mais severa raramente será a medida que se impõe. Como bem diz Fernando Acosta (2004, p. 75), “é provável que se possa dizer que só se é punido severa e verdadeiramente – como acontece aos que só tem acesso aos ilegalismos populares – quando não se tem nada ou quase nada a dar em troca”.

Acosta (2004) vislumbrou que as ações penais contra os homens de negócios eram insignificantes, reduzindo ainda mais a significância no decorrer processual. Diz que são numerosas as medidas de contestação ou neutralização da ação penal (como por exemplo, os “lenitivos penais”). E, ainda, que os meios que o autor da conduta delituosa dispõe para neutralizar sua travessia pelo aparato penal são bastante eficazes, em contrapartida com a situação do infrator comum.

Resgatando Zaffaroni (2014), a classe dominante elege inimigos que serão alvos do *jus puniendi* estatal. Inimigos que mudam conforme o contexto social, político e econômico de cada nação e que estão sujeitos as políticas criminais de guerra. Acerca da América Latina, a punição mais utilizada e aclamada pela sociedade são as penas privativas de liberdade, mais especificamente as prisões preventivas. É possível afirmar que tais medidas cautelares já assumem o papel das penas, uma vez que os indivíduos são condenados materialmente por precaução até que se consiga aplicar uma pena formal. É justamente por este motivo que a população carcerária brasileira é uma das maiores do mundo.

Entretanto, o colarinho branco, os sujeitos pertencentes a alta posição social, seja no mundo corporativo ou no governo, não sofrem com o sistema penal, uma vez que não são selecionados e estigmatizados como inimigos do Estado. Sendo assim, se escusam, na maioria das vezes, das penas previstas em lei.

O crime de colarinho branco é objeto de estudo da criminologia. Criminologia é um ramo das Ciências Criminais que pretende conhecer a realidade criminal e explica-la, englobando os contextos, os sujeitos e as consequências da questão criminal. Possui diversos

ramos, desde a chamada Criminologia Positivista até o viés mais contemporâneo chamado de Criminologia Crítica, sendo errôneo dizer que existe apenas uma criminologia.

Edwin Sutherland, um importante nome para a criminologia, foi o responsável pela teoria da Associação Diferencial. Segundo a teoria, o comportamento criminal é um reflexo da aprendizagem, da interação com outros indivíduos, principalmente com aqueles mais próximos do agente, não sendo a conduta criminosa fruto da personalidade ou exclusivamente de condições sociais. Condições sociais estas que podem influenciar as estatísticas criminais, pois elas favorecem a associação do agente com pessoas que lhe apresentam as vantagens do cometimento do delito. A teoria de 1930 apresenta nove proposições quanto ao processo de cometimento do crime.

- 1) O comportamento criminoso é aprendido.
- 2) O comportamento criminoso é aprendido na interação com outras pessoas num processo de comunicação.
- 3) A parte principal do aprendizado do comportamento criminoso acontece na intimidade de grupos pessoais.
- 4) Quando um comportamento criminoso é aprendido, a aprendizagem inclui: a) técnicas de cometimento do crime, que são às vezes muito complicadas, às vezes muito simples; b) o sentido das motivações, interesses, racionalizações e atitudes.
- 5) A específica motivação ou interesse é aprendida a partir de definições dos códigos legais, como favoráveis ou desfavoráveis.
- 6) Uma pessoa se torna delinquente por causa de um excesso de definições favoráveis à violação da lei em comparação a definições desfavoráveis a violações da lei.
- 7) Associações diferenciais podem variar em frequência, duração, prioridade e intensidade.
- 8) O processo de aprendizagem do comportamento criminoso por associação com padrões criminosos e anticriminosos envolve todos os mecanismos empregados em qualquer tipo de aprendizagem.
- 9) Embora o comportamento criminoso seja uma expressão de necessidades e valores gerais, ele não é explicado por essas necessidades e valores, pois o comportamento não criminoso é uma expressão das mesmas necessidades e valores. (SUTHERLAND; CRESSEY, 1960 *apud* VERAS, 2014, p. 86)

Sutherland rompe com o estudo de características hereditárias que tornam um indivíduo criminoso e também com as condições geográficas, colocando qualquer ambiente onde os contatos de aprendizagem ocorrem como componente do ilícito. Sendo assim, para a teoria da Associação Diferencial, o comportamento criminoso é aprendido no interior de

grupos de referência – família, amigos, escola... – por meio de racionalizações, técnicas e atitudes.

É por meio desse viés que Sutherland consegue estudar a criminalidade do colarinho branco, termo de sua autoria. O crime de colarinho branco é aprendido a partir do contato do agente com indivíduos próximos que entendem o delito como favorável e recomendado, sendo, em geral, pessoas da mesma carreira e bem sucedidas. Esse contato faz com que o agente não vislumbre argumentos negativos para o cometimento do delito. Para comprovar sua elucidação, Edwin Sutherland promoveu entrevistas com diversos jovens profissionais e estudou várias biografias de gerentes de grandes companhias.

No que se refere à expansão da prática de ilícitos praticados no meio corporativo, Sutherland entendeu como um sintoma de um processo de Associação Diferencial, ou seja, quando uma empresa encontra um meio de maximização dos lucros, as outras tentam aprender e aplicar os mesmos métodos. A difusão de práticas ilegais que visam ganhos financeiros é facilitada pela tendência de centralização do controle de corporações por fundos de investimentos (que conhecem mecanismos de ganhos e os aplicam nas companhias em que investem). Os criminosos do colarinho branco buscam argumentos favoráveis ao cometimento de crimes e ignoram os argumentos desfavoráveis. Apesar de a maior parte desses indivíduos não ter antecedentes criminais ou problemas em sua infância, esses princípios criminosos podem ser facilmente incorporados no seu ambiente profissional. (VERAS, 2014, p. 87)

A teoria, embora consiga trazer uma ampla visão da criminalidade, não é precisa e carece de demonstrações e traduções em dados objetivos. Sutherland utilizou seus próprios métodos e admite a imprecisão de sua pesquisa. Porém, inegável é que o pontapé inicial para estudar a criminalidade do colarinho branco foi dado.

Robert Merton, em 1938, desenvolveu a teoria da Anomia, uma das mais conhecidas da sociologia criminal, que posteriormente alcançou os crimes do colarinho branco. Segundo tal teoria, o crime em certo nível é um fato normal em qualquer sociedade, mas a elevação abrupta desse nível é tida como uma patologia.

[...] A teoria da Anomia inicialmente analisou a criminalidade dos Estados Unidos do final nos anos 1930, que era considerada disfuncional: crimes patrimoniais, cometidos por indivíduos das classes mais baixas, concentrados em bairros desorganizados (*slums*). Posteriormente, nos anos 1980, a teoria foi expandida para explicar os crimes do colarinho branco e a criminalidade em outras sociedades capitalistas pela segunda geração de sociólogos da Anomia, como Messner, Rosenfeld e Passas. (VERAS, 2014, p. 89)

Merton entende que o crime é algo externo ao indivíduo, criado pela sociedade, refutando, assim, as teorias e estudos que enxergam a criminalidade como fator biológico.

Segundo ele, a criminalidade ocorre, pois, a estrutura social cria circunstâncias que levam um indivíduo a transgredir regras, isto é, o delito pode ser considerado uma resposta individual esperada e previsível sob certas circunstâncias sociais. Entre os diversos elementos que importam à criminalidade, a teoria dá ênfase para duas variáveis:

A primeira (estrutura) consiste em metas, propósitos e interesses culturalmente definidos. Ela compreende um conjunto de referências de aspiração. Essas metas são mais ou menos integradas e envolvem variados graus de prestígio e sentimento. Elas constituem o componente básico mas não exclusivo do que Linton apropriadamente chamou projetos para vida em grupo [...]. A segunda estrutura social define, regula e controla os meios aceitáveis para se alcançar essas metas. Todo grupo social invariavelmente liga essa escala de procedimentos às suas metas. [...] A escolha por expedientes é limitada pelas normas institucionais. (MERTON, 1957, p. 132-133 *apud* VERAS, 2014, p. 89).

A ênfase dada a certas metas culturais em contrapartida com uma menor atenção dada aos meios institucionalizados para atingi-las pode gerar uma pressão intensa para a conquista, sem observância dos meios legítimos e legais. Sendo assim, a criminalidade é um produto de uma sociedade que privilegia mais as metas culturais do que os meios institucionalizados para a conquista, favorecendo que os indivíduos busquem a qualquer custo a satisfação das metas, seja por meio legítimos ou ilegítimos. Tal processo acarreta em uma situação de anomia da sociedade.

No caso da sociedade norte-americana dos anos 1930, cujo os estudos de Merton foram traçados, o sucesso financeiro, o famoso sonho americano, é uma meta cultural muito privilegiada em todas as instituições sociais, que garante ao indivíduo status e benefícios sociais mesmo quando obtido por meios ilegítimos.

Com o estudo de Sutherland, Merton trouxe nas revisões de sua pesquisa os crimes do colarinho branco. Robert Merton entende que os crimes de colarinho branco são produtos da pressão para alcançar sucesso financeiro no mundo corporativo. O cenário das companhias é regado a intensa demanda por lucros e resultados positivos, sendo o ambiente marcado pela alta competitividade e individualismo, acarretando, conseqüentemente, na busca incessante pelo sucesso, pouco importando se os meios são legítimos ou não (VERAS, 2014). Para Niko Passas (1997 *apud* VERAS, 2014), as classes mais altas são afetadas pela teoria da Anomia, principalmente pelo fator midiático que colabora para um incessável desejo de possuir uma vida de luxo.

A teoria da Anomia, embora muito influente, sofre duras críticas de outras vertentes criminológicas, como a Criminologia Radical e Realismo de Esquerda. Entretanto, é

inegável suas contribuições para a análise da criminalidade como fruto da sociedade em que o indivíduo está inserido, seus valores e sua cultura.

Uma vertente mais recente se desafia a interpretar o comportamento criminoso no contexto da modernidade tardia: a Criminologia Cultural de Keith Hayward, Jock Young e Jeff Ferrel. Modernidade tardia possui como características:

a migração e o turismo em massa, a *flexibilidade* do trabalho, a quebra da comunidade, a instabilidade da família, o crescimento de realidades virtuais e da referência da mídia como parte de um processo de globalização cultural, o impacto do consumo de massa, e a idealização do individualismo, da escolha e da espontaneidade. (YOUNG, 2007, p. 01 *apud* VERAS, 2014, p. 92)

O foco da Criminologia Cultural são os elementos emocionais do crime e as questões acerca da identidade pessoal, assim como o poder nas sociedades complexas. Bebendo da fonte da teoria da Anomia, a Criminologia Cultural entende que o sucesso, em um mundo consumista e capitalista, deixa de ser apenas um desejo, passando a compor a identidade dos indivíduos. Isto pois, no contexto da modernidade tardia, vigora uma insegurança financeira constante em todas as classes sociais, uma vez que a história pessoal e o estilo de vida das pessoas dependem do sucesso financeiro. O crime, assim, seria um ato de transgressão, de revolta, contra as limitações impostas pela rotina moderna; significa assumir um risco voluntariamente em um mundo repleto de pressão e tédio.

O importante aqui é uma criminologia que insiste em que, num mundo de narrativas quebradas, onde a insegurança econômica é ontológica, [...] os atores estão longe de ser os pálidos seres que calculam as melhores manobras para minimizar riscos e maximizar contentamento [...] O crime tem sua emoção, seu drama, sua sedução, e a pena, de forma similar, tem sua vingança, sua hostilidade e traz satisfação. (YOUNG, 2007, p. 20 *apud* VERAS, 2014, p. 93)

Os crimes de colarinho branco são tidos como atos complexos e significativos, oriundos de intensa e constante pressão por uma carreira de sucesso que já está engendrada na identidade pessoal. O cometimento do delito é motivado pela sedução em obter sucesso financeiro e benefícios que por vias rotineiras não se daria, mas, sobretudo, é motivado pela emoção em tomar riscos, romper regras, ainda mais se falando no mundo corporativo, onde a recompensa e a excitação envolvidas são enormes (VERAS, 2014). Não obstante, a Criminologia Cultural interpreta o controle e a pena, dando maior atenção aos discursos punitivistas proferidos, com mais ênfase, pela classe média.

A classe média é a que mais se sujeita aos sacrifícios por um padrão de vida: ela se encontra insegura nos postos de trabalho recebendo salários baixos, as horas extras são comuns e bem vistas, há pouco convívio com a prole, os fins de semana são curtos... Diversos são os sofrimentos e o constante sentimento de frustração. Por isso, a classe média fica enfurecida quando indivíduos obtêm vantagens de forma ilícita (VERAS, 2014). A busca por penas mais severas é interpretada pela Criminologia Cultural como vingança – o sentimento de suportar sacrifícios rotineiros por recompensas se converte em ódio contra transgressores – , esse fenômeno é conhecido por sociologia da vingança. Assim, para este viés criminológico, o comportamento criminoso e a punição estão ligados por sentimentos e paixões.

Ainda sobre a sociologia da vingança, Zaffaroni (2013) assevera a importância da mídia para a compreensão da questão criminal, emergindo assim o que ele denomina de Criminologia Midiática. Criminologia Midiática seria, então, uma tentativa dos meios de comunicação de entender a realidade do sistema penal, importando em métodos e técnicas próprias.

A Criminologia Midiática sempre existiu e sempre apela a uma criação da realidade através de informação, subinformação e desinformação em convergência com preconceitos e crenças, baseada em uma etiologia criminal simplista, assentada na causalidade mágica. (ZAFFARONI, 2013, p. 194)

A causalidade mágica, a qual Eugenio Raúl Zaffaroni (2013) se refere, são respostas que a mídia traz para a criminalidade, elucubrações que resolveriam todos os problemas relativos ao delito “magicamente”. Em rápida análise empírica, a resposta mágica contida nos discursos punitivistas é a prisão. Discurso que encontra respaldo em indivíduos colocados como especialistas na matéria criminal. Trazer especialistas é fator legitimante para todas as notícias e comentários do programa midiático, que necessita, mesmo que superficialmente, encontrar embasamento científico. Discursos que também são de fácil acesso para toda a população – o que importa na massificação – e repletos de dados e informações prontas com certo nível de manipulação ideológica.

Esses discursos legitimam a expansão do Direito Penal pois possuem vieses positivo e negativo. O viés positivo é responsável por dotar a pena de uma função – seja ela punir o autor, prevenir novos delitos e/ou seja ressocializar o autor –, deduzindo dela (a função) um sistema de pautas decisórias com aparência de soluções. Em outras palavras, o discurso que dá a sanção penal uma função, reconhece o sistema penal como solução. O viés negativo, por sua vez, reconhece como racionais os limites impostos pelas agências penais,

fornecendo legitimidade ao exercício do poder – discursos que entendem que o Direito Penal age racionalmente e encontra limites, sejam no campo das leis ou nos Tribunais, e, assim, legitimam o poder punitivo (ZAFFARONI, 1989).

Graças a Criminologia Midiática, a persecução penal é tida como espetáculo. O acusado a todo momento é exposto de forma prejudicial, inclusive a própria investigação, enfraquecendo todas as garantias e direitos que deveriam ser respeitados no inquérito e no processo penal. E o ato de prender, quando a violência ou a morte não são queridas, é o ápice dos espetáculos e do clamor social pela vingança.

No cenário contemporâneo, podemos acompanhar, em rápida análise empírica, com enfoque na Operação Lava Jato, que os crimes de colarinho branco têm sido punidos com medidas cautelares e até mesmo penas formais privativas de liberdade, contrariando muito do que se esperava. A razão é a incidência da sociologia da vingança e da Criminologia Midiática, que ganharam cada vez mais enfoque e influência no contexto da globalização e dos avanços tecnológicos dos meios de comunicação.

Cabe salientar que a sanção penal, especificamente a prisão, é mera manifestação de poder de um sistema que é mero fator de poder dotado de capacidade decisória, mas não resolutive – não há racionalidade. A falta de racionalidade da pena deriva desta não ser um instrumento idôneo para sanar os conflitos sociais. A operacionalidade dos sistemas penais pouco mudou no passar dos anos, mas a diversificação discursiva para legitimar a pena reflete esta carência de racionalidade (ZAFFARONI, 1989).

Analisando as teorias criminológicas expostas, é possível avaliar a eficiência das penas privativas de liberdade de longa duração frente a diminuição da criminalidade do colarinho branco.

A partir da teoria da Associação Diferencial temos que a privação de liberdade de longa duração em conjunto com a realidade do sistema penal não será capaz de diminuir a incidência criminal, somando apenas como mais um argumento desfavorável a ser ignorado pelo processo de aprendizagem. Para a teoria da Anomia, a defesa de longas penas privativas para o colarinho branco é ineficiente, incapaz de evitar o cometimento dos delitos, pois as raízes da criminalidade estão nos valores trazidos pelas estruturas sociais – eles quem devem ser combatidos. Da mesma maneira é a Criminologia Cultural, que não enxerga nas penas privativas de liberdade de longa duração a solução para o comportamento criminoso que está irrigado de sentimentos e paixões (VERAS, 2014).

Fernando Acosta (2004) salienta que a criminalização das condutas que acontecem no mundo dos negócios – que reflete, isolada ou cumulativamente, em discursos

para clarear a tipificação existente, para criar novas normativas penais, para defender penas mais severas e discursos para reclamar aplicação definitiva do disposto em lei – possui caráter ilusório. Para sua afirmativa, dispõe de quatro argumentos: Direito Penal como último recurso; focos de resistência; difíceis transferências; e equidade perversa.

O primeiro diz respeito ao que já foi dito acima: o princípio da *ultima ratio* do Direito Penal, ou seja, a esfera penal como último recurso para a solução dos conflitos. A ilusão em defender a criminalização é ter a certeza que em todos os casos o que vai se impor é a sanção penal, mais especificamente, a prisão, quando na verdade há diversas medidas cíveis e administrativas que são mais adequadas. Bastando, em muitas das vezes, que a ação penal sirva de ameaça para que se adote outra vertente resolutiva. Quanto ao segundo, os agentes responsáveis pelo controle do setor dos negócios têm um bom relacionamento com o setor, justamente para que haja uma colaboração frente ao controle que devem realizar. Sendo assim, trazer a lei penal, um “estranho”, é visto como obstáculo, foco de resistência, para este bom relacionamento, importando até em paralização da atividade de controle antes exercida (ACOSTA, 2004).

O terceiro argumento é obtido logicamente do segundo. Admitindo a entrada dos agentes penais que agora cuidarão dos ilegalismo privilegiados, é natural que se passe por uma difícil transferência. Transferência no sentido de as medidas efetivas materiais assegurarem a implementação da lei penal, ou seja, garantir que os agentes penais tenham condições materiais de aplicar a lei. O que se tem atualmente, e com razão, é o aparato administrativo mantendo seu lugar e, eventualmente, instruindo a ação penal, justamente pela impossibilidade de transformar policiais em especialistas financeiros (ACOSTA, 2004).

O quarto argumento evidencia dois efeitos da criminalização. O primeiro é legitimar, ainda mais, a repressão desmedida frente aos ilegalismos populares, já que os privilegiados tiveram um aumento de pena, por exemplo. O segundo é uma chamada a vislumbrar o campo em que ocorre os delitos: no mundo dos negócios não atuam apenas os gigantes corporativos, mas também as pequenas empresas familiares por exemplo. Se valendo da criminalização, quem será efetivamente punido pelo sistema penal não serão os “peixes grandes” do mundo corporativo, mas sim o elo mais fraco, aqueles que mais se distanciam de pertencer à classe dominante (ACOSTA, 2004). Esta é a equidade perversa.

A defesa pelo excesso de penas privativas de liberdade e busca por penas cada vez mais severas, ou seja, pela criminalização, ainda mais no contexto de crimes cometidos pelo colarinho branco, só se justifica pelo clamor social causado pela espetacularização das perseguições penais que a mídia promove. As penas privativas frente aos crimes de colarinho

branco não garantem a reparação do dano, não garantem a sanção penal formal, não garantem prevenção de novos ilícitos, não garantem a segurança e a estabilidade do mercado.

4 ESTUDO DE CASO: JBS S/A

A Operação Lava Jato é a maior ação da Polícia Federal para apurar crimes de corrupção e lavagem de dinheiro da história do Brasil. O nome adveio da primeira fase de investigações, em 2014, cuja rede de postos de combustíveis e lava a jato de automobilísticos eram utilizadas para efetuar movimentações de recursos ilícitos. O mais que a Operação à medida que avançava ia tomando outros rumos, o nome se consagrou neste primeiro impacto.

As investigações foram tomando proporções estratosféricas e chegaram à JBS S/A, dos irmãos Joesley e Wesley Batista. Por meio de muita pressão investigativa e política também, os irmãos decidiram por negociar com a Procuradoria Geral da República (PGR) uma colaboração premiada. A efetiva homologação se deu em 11 de maio de 2017, sendo que o termo de confidencialidade fora assinado em 28 de março do mesmo ano.

As investigações continuaram, denominando-se Operação Tendão de Aquiles, até que, devido ao inquérito policial nº 0006243-26.2017.403.6181, a Autoridade Policial, mediante representação, pugnou pela prisão preventiva dos investigados – irmãos Batista –, não obstante, pedido de busca e apreensão nas residências dos aludidos investigados e de Francisco de Assis e Silva e Fernanda Lara Tórtima (advogados), bem como Marcelo Paranhos de Oliveira Miller (ex-Procurador Geral da República). No referido inquérito, obteve-se provas suficientes para a materialidade e indícios de autoria da prática do crime tipificado no artigo 27-D da Lei nº 6.385/76, crime conhecido por *insider trading* (uso indevido de informação privilegiada).

Em síntese, de acordo com o apurado, teriam sido realizadas operações com valores mobiliários, in casu venda de ações da JBS SI A. (JBSS3) na bolsa de valores pela empresa FB Participações SI A., sua controladora, no final de abril de 2017, em período concomitante à recompra de ações iniciada em fevereiro do mesmo ano pela JBS SI A., bem como a aquisição de contratos futuros de dólar na Bolsa e a termo de dólar no mercado de balcão organizado, entre abril e meados de maio de 2017. (TRF3. Autos nº 0012131-73.2017.403.6181, 6ª Vara Criminal Federal, Juiz João Batista Gonçalves, 12/09/2017. Fl. 02)

Em outras palavras, a controladora da JBS, empresa FB Participações, vendia ações da JBS e em seguida a própria empresa do ramo frigorífico as comprava. Não obstante, a JBS, havia comprado contratos futuros de dólar e a termo de dólar também.

Segundo as investigações, estas operações são atípicas dos padrões de investimentos das empresas, e ocorreram no período em que os irmãos negociavam os termos do acordo de colaboração premiada, que na época, era de sigilo absoluto. A Comissão de

Valores Mobiliários (CVM) atuou compartilhando informações com a Autoridade Policial, inclusive tornou público a informação de que cinco processos administrativos foram instaurados para a apuração dessa movimentação efetuada pela JBS e FB Participações.

Mediante as informações trazidas pela CVM, o laudo pericial nº 421/2017, oitivas realizadas em sede policial e análise de material oriundo da Operação Lama Asfáltica, chegou-se a fortes elementos que comprovam a autoria de Joesley Batista e Wesley Batista do crime de *insider trading* – diretor-presidente da J&F Investimento S/A e da FB Participações S/A e diretor-presidente da JBS S/A à época, respectivamente.

A informação privilegiada, aqui apurada, é aquela que deveria ser mantida em sigilo absoluto frente à posição que estavam, ou seja, a delação premiada é a informação privilegiada, pois ainda não havia sido divulgada ao mercado, mas quando divulgada seria relevante o bastante para gerar impacto no Sistema Financeiro Nacional, como se verificou nestas apurações.

Por sua vez, o uso da informação privilegiada teria se dado nos períodos de 24.04 a 17.05 (venda de ações pela FB PARTICIPAÇÕES) e 28.04 a 17.05 (compra de contratos futuros e a termo de dólar), o que evidenciaria que durante as negociações formalmente iniciadas em 02.03 -, ao tempo da assinatura do termo de confidencialidade (28.03) e mesmo após a homologação da delação (11.05), os dirigentes da JBS e FB PARTICIPAÇÕES teriam feito uso desses dados para obtenção de vantagens indevidas. (TRF3. Autos nº 0012131-73.2017.403.6181, 6º Vara Criminal Federal, Juiz João Batista Gonçalves, 12/09/2017. Fl. 03)

A Autoridade Policial também alegou possível prática de crimes contra a Administração Pública e o envolvimento de Marcelo Miller, ex-Procurador da República e dos advogados Francisco e Fernanda. Por estes motivos, pleiteia a busca e apreensão para colher provas das práticas delitivas apuradas, alegando periclitamentos destas.

O Tribunal Regional Federal da 3ª Região, na figura do Juiz João Batista Gonçalves, começou a explanar sobre o instituto da prisão preventiva, enquanto mais grave medida de privação cautelar da liberdade individual. Depois de inclusive citar as observações de Eugênio Pacelli de Oliveira, o MM. Juiz compreende que há robustos indícios de materialidade e autoria.

Diante ao arcabouço probatório levantado pelo Ministério Público Federal (MPF), o MM. Juiz compreende que se encontra suficientemente demonstrada a materialidade delitiva do crime de uso indevido de informação privilegiada.

Como bem aponta o MPF, estima-se que na atuação com derivativos de câmbio, somada à subsequente valorização da moeda estrangeira -

decorrente da revelação do acordo de colaboração premiada -, a JBS teria um potencial de ganho de aproximadamente cem milhões de reais, enquanto que a venda e recompra de ações da companhia teria evitado uma perda patrimonial da ordem de quase cento e quarenta milhões de reais, ante a acentuada desvalorização do ativo financeiro. (TRF3. Autos nº 0012131-73.2017.403.6181, 6ª Vara Criminal Federal, Juiz João Batista Gonçalves, 12/09/2017. Fl. 07)

Reitera que os elementos probatórios estão fundamentados no Laudo de Perícia Criminal Financeira, nos Relatórios de Análise da CVM (nºs. 9 e 10/2017-CVM/SMI/GMA-2), na análise do material apreendido pelo TRF3 e pela Operação Lama Asfáltica e, também, oitivas colhidas. Não só reconhece a materialidade delitativa, como reconhece indícios suficientes de autoria delitiva de Joesley e Wesley, uma vez que há lastro probatório de que as ordens de compra e venda dos ativos financeiros partiram deles, enquanto estavam em negociação da colaboração premiada.

Segundo o MPF, Wesley Batista seria o responsável pelas operações de recompra das ações da empresa JBS e pelas operações com derivativos cambiais realizados pela mesma companhia; enquanto que Joesley seria o responsável por dar ordem para a efetuação das operações de venda das ações da JBS detidas pela controladora FB Participações.

Na decisão, o MM. Juiz evidencia que se configura o *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*, por conveniência da instrução criminal, bem como para a garantia da ordem pública e aplicação da lei penal, uma vez que os irmãos continuam envolvidos em atividades ilícitas, as quais deveriam ser interrompidas devido ao compromisso firmado junto ao Supremo Tribunal Federal (STF) em sede de acordo de colaboração premiada.

Acerca da garantia da ordem pública, a fundamentação se assenta justamente nesta reiteração criminosa e suspeitas de que estas atividades delitivas estejam se perpetuando até aquele dado momento. Acerca da conveniência da instrução criminal, a fundamentação se centra no poder e a influência que os irmãos possuem frente a diversos setores da política e da economia a nível nacional, havendo elementos que indicam prévia utilização desta influência para assegurar seus interesses, inclusive a prática de chantagens junto a autoridades públicas que facilmente poderiam deixar de cumprir a atividade jurisdicional. Os autos citam a influência dos irmãos Batista frente ao Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES), ao Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE), à Receita Federal, ao Ministério da Agricultura e à própria Comissão de Valores Mobiliários.

Acerca da garantia da aplicação da lei penal, a fundamentação se concentra no risco concreto de fuga.

Ademais, incide igualmente a necessidade de **garantia de aplicação da lei penal**, considerando o risco concreto de fuga, ante a possível reversão dos benefícios deferidos em sede de colaboração premiada perante a PGR - em especial a ampla imunidade concedida-, somado ao elevado patrimônio dos investigados no país e no exterior, que facilitaria sobremaneira a sua evasão do território nacional, bem como a efetiva saída desses do país logo após a divulgação do pacto firmado com o Ministério Público Federal. (TRF3. Autos nº 0012131-73.2017.403.6181, 6ª Vara Criminal Federal, Juiz João Batista Gonçalves, 12/09/2017. Fl. 10)

Não obstante, ainda há fundamentação de não adequação de outra medida cautelar senão a prisão preventiva, visto que as práticas delitivas podem ser efetuadas a distância por uma simples ligação. Fato que o magistrado entende que inviabiliza qualquer medida cautelar diversa da prisão presente no art. 319 do Código de Processo Penal. Sendo assim, o MM. Juiz decreta prisão preventiva de Joesley Mendonça Batista e Wesley Mendonça Batista.

Superado a prisão preventiva, falta manifestação acerca do pedido de busca e apreensão. O magistrado reitera a suficiência de materialidade delitiva e indícios consistentes de autoria delitiva, ainda evidencia o *periculum in mora* de eventuais documentos comprobatórios de práticas ilícitas dos irmãos Batista. Entretanto, acerca dos advogados Francisco e Fernanda e de Marcelo Miller a busca e apreensão não se encontra respaldada.

O MPF manifestou-se favorável a delimitação clara do que está sendo investigado, isto é, a apuração apenas do delito de *insider trading*, e não outros como o de corrupção ativa; mesmo que se façam relevantes para apurar o presente delito, não é objeto da investigação. Diante deste posicionamento, o MM. Juiz deferiu apenas a busca e apreensão concernente aos endereços residenciais de Joesley e Wesley, medida esta amplamente caracterizada pelo magistrado de forma a amparar qualquer objeto físico ou dados, inclusive decretou a quebra de sigilo.

Importante salientar que Wesley Mendonça Batista já se encontrava preso frente a outra prisão preventiva por outros crimes à época. Não obstante, esta foi a primeira e única vez, até os dias de hoje, que o crime de *insider trading* resultou em prisão preventiva decretada no cenário brasileiro.

Decretada a prisão preventiva dos irmãos e a busca e apreensão em suas residências aos 12 de setembro de 2017, os advogados no dia seguinte já impetraram Habeas Corpus (HC), endereçando não somente a autoridade coatora, mas também ao Superior Tribunal de Justiça (STJ) e Supremo Tribunal Federal.

A critério de esclarecimento, o presente estudo de caso terá seu enfoque na empresa JBS S/A, portanto, analisar-se-á com mais evidência documentos jurídicos relativos à

pessoa de Wesley Mendonça Batista, já que este era, à época, diretor-presidente da referida empresa.

Frente o decreto de prisão preventiva emitido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, os patronos de Wesley Batista, a saber os advogados Pierpaolo Cruz Bottini, Antonio Carlos de Almeida Castro, Ana Fernanda Ayres Dellosso e Tiago Sousa Rocha, ingressaram com Habeas Corpus com pedido de liminar.

Em sede inicial, houve a preocupação de explicitar que o paciente é colaborador da Justiça, uma vez que já havia se entregado voluntariamente à Autoridade Policial tendo sua prisão temporária decretada por ação cautelar para apuração de omissões no processo de colaboração que tramitava no Supremo Tribunal Federal. Ainda, a defesa alega que, mesmo com acordo de colaboração premiada em fase de negociação, Wesley apresentou dezesseis relatos, juntamente com outros seis colaboradores, repletos de elementos de prova e corroboração. Relatos estes que embasam denúncias criminais contra o Presidente da República, à época Michel Temer, contra um Senador e um Procurador da República, além de embasar também diversas investigações contra agentes públicos e decreto de medidas cautelares, como as prisões do deputado federal Rodrigo Rocha Loures, Andrea Neves, Ângelo Goulart, Willer Thomaz e outras prisões.

A defesa, também, se demora em desconectar Marcelo Miller, ex-Procurador Geral da República, da investigação do crime de *insider trading*. A afirmativa se orienta pela desconexão, uma vez que não há provas que liguem Miller ao crime de uso indevido de informação privilegiada, como também pela prerrogativa de foro, uma vez que a investigação deste dependeria de autorização do Superior Tribunal de Justiça, visto que a advogada Fernanda Lara Tórtima ostenta o cargo de Desembargadora do Tribunal Regional Eleitoral do Rio de Janeiro, o que eiva de nulidade menções embasada nas mensagens de *whatsapp* obtidas pela Operação Lama Asfáltica. Ademais, esclarece que Miller já se apresentou aos irmãos Batista como ex-Procurador, atuando apenas na orientação técnica e jurídica da colaboração premiada, explicando o modo de fazer os anexos e relatos que foram produzidos.

Superado os aspectos iniciais, os advogados de defesa passam para a análise da decisão acerca dos requisitos essenciais para o decreto da prisão preventiva, a começar da garantia da ordem pública que foi levantada.

A respeito dos crimes praticados antes do acordo de colaboração, a exposição é que o motivo de pedir a prisão dos irmãos se encontra nas informações que eles próprios apresentaram, de boa fé e de forma espontânea, ao Estado, ou seja, trata-se, no mínimo, de uma deslealdade institucional por parte do poder público. Ainda levantam que não há sentido

algum em entender como perigoso alguém que praticou atos ilícitos e se apresentou ao Estado, trazendo informações e provas substanciais, que serviram para embasar persecuções penais, inclusive de Michel Temer.

Acerca dos crimes concomitantes e posteriores ao acordo de colaboração, a decisão fala em outros crimes que não são objetos da delação premiada, aparentando, assim, tratar da suposta corrupção ativa frente a Marcelo Miller e do *insider trading*, mesmo que em hora alguma houve indicação precisa dos delitos ou indícios que confirmem a presunção do juiz de que as atividades ilícitas se perpetuam até o dado momento. Retomando a suposta corrupção ativa, reitera-se que os elementos probatórios que evidenciam Miller são nulos, visto que um dos envolvidos possui prerrogativa de foro e a competência, no caso do STJ, não foi respeitada. Ainda evidenciam que nas instâncias onde há investigação deste suposto delito, havendo pertinência, conexão e competência do Juízo, não foi decretada qualquer medida de natureza similar. A respeito do suposto crime de *insider trading*, a defesa relata que não há qualquer fato novo que justifique tal medida cautelar, pois todos os elementos apontados são do conhecimento do Tribunal desde 8 de junho de 2017, sendo assim, elenca jurisprudências, do TRF3 e do STJ, comprovando a tese, além de citar entendimento doutrinário de Aury Lopes Junior e Odone Sanguiné.

Sobre o requisito levantado da conveniência da instrução criminal cujo fundamento se encontra na posição social de Wesley Batista, a defesa levanta novamente a utilização dos relatos prestados espontaneamente pelos irmãos em sede de delação premiada. Não obstante, evidencia que não há qualquer indicativo de utilização da posição social para influenciar o que quer que seja – tanto nos depoimentos policiais como da Comissão de Valores Mobiliários não consta relato de constrangimento ou pressão sofrido por qualquer servidor ou funcionário; ainda relata que todos os ofícios e requerimentos foram devidamente respondidos nos prazos fixados, demonstrando a prontidão do paciente. Ou seja, o decreto prisional, neste requisito, se pauta por presunção e para rebater tal afirmativa, a defesa elenca jurisprudência do STF e do TRF3, e entendimento doutrinário de Alexandre Amaral Gavronski e Andrey Borges de Mendonça. Ainda, elucida que o poder econômico do paciente era do conhecimento geral, e se este seria o fundamento, a medida deveria ter sido requerida e decretada desde o início das investigações. Enfim, elucida que medida cautelar de prisão fundamentada em poder econômico não ata, trazendo jurisprudências do STF e STJ, como também a doutrina de Eugênio Pacelli de Oliveira, comprovando a tese.

Do requisito da aplicação da lei penal, que diz respeito a fuga, o decreto, nas palavras da defesa, se embasa, novamente, em presunção. Não há indicação de evidências

nesta assertiva, nenhum documento ou relato que esboça intenção de fuga ou intenção de desfrutar do patrimônio no exterior foi apresentado, sequer houve trabalho de apresentar um bem, recurso ou conta bancária no exterior para sustentar tal elucubração. Sobre a mera suposição, jurisprudências do STF, STJ e TRF3 são indexadas para concordar com a tese de defesa. O MM. Juízo também traz outra afirmação, da agravação do risco de fuga pela possível revisão dos benefícios concedidos pela delação premiada. Diante desta elucubração, a defesa é até um pouco sarcástica ao dizer que o acordo sequer foi lido, pois na cláusula 26 admite revisão apenas no caso de reiteração delitativa de crimes dolosos da mesma natureza dos fatos em apuração, sendo o *insider trading* crime diverso destes, ou seja, a revisão não é possível, ainda que eventual condenação surja, o acordo celebrado não sofreria qualquer impacto. Os advogados ainda evidenciam que Wesley prestou depoimentos, juntou os documentos requeridos e participou de todos os atos processuais, sem omissão ou desídia, evidenciando que não pretendia se evadir; e se esta fosse a suspeita da autoridade policial, por que não requereu medida cautelar no início das investigações? Os irmãos no decorrer de toda a colaboração premiada e nas investigações permaneceram solícitos à Justiça e em suas respectivas residências, esta não é a postura de alguém que almeja se evadir ou impedir a aplicação penal.

Por último, o Habeas Corpus impetrado trabalha com hipóteses de pena no intuito de evidenciar a desproporcionalidade da medida e a admissibilidade de medidas alternativas. Na hipótese de Wesley Batista ser condenado pelo crime de *insider trading*, cuja pena varia de 1 a 5 anos de prisão, réu primário e com bons antecedentes, a pena seria de uns 3 anos de reclusão em regime aberto. Na outra hipótese de concurso material de crimes de *insider*, a pena média seria de 6 anos de reclusão em regime semiaberto. Com isso, a defesa demonstra que a prisão preventiva está sendo muito mais desproporcional do que uma eventual pena arbitrada em sentença condenatória.

Com toda a explanação concluída, os impetrantes requerem medida liminar de suspensão da prisão preventiva até o julgamento do mérito, ou, então, a substituição desta por medidas cautelares diversas da prisão.

Em 14 de setembro de 2017, o Desembargador Federal Maurício Kato decidiu acerca do HC impetrado. Depois de sintetizar as alegações da defesa, passa a explicar sua decisão. A priori, o MM. Juízo já aduz que por meio do inquérito policial e das informações compartilhadas pela Comissão de Valores Mobiliários, é possível compreender a estreita ligação entre os crimes imputados ao acusado e as consequências da delação premiada firmada entre o paciente e o Ministério Público Federal.

Conforme constou no Inquérito Policial n. 0006243-26.2017.403.6181, os efeitos da já mencionada colaboração premiada (tornada pública em 17.05.17) foram sentidos tanto em oscilações abruptas em preços de ativos e ações de empresas controladas pelo grupo JBS e JF como na variação cambial dólar/real. (TRF3. Habeas Corpus n° 0003772-53.2017.4.03.0000/SP, Rel. Maurício Kato, 14/09/2017. Fl. 04)

Ainda diz que os elementos de prova levantados pelo Ministério Público Federal são suficientes, sendo as informações obtidas da Operação Lama Asfáltica desnecessárias. Reitera-se a materialidade e fortes indícios de autoria delitiva. Não obstante, coloca a custódia cautelar como garantidora da ordem pública e de que o paciente não retorne à prática de ilícitos penais, o mais que os impetrantes queiram desvincular os termos da colaboração premiada com a prática do *insider trading* não obterão êxito, já que estes fatos estão imbricados.

Observe-se que esta análise não leva em consideração a eventual quebra da delação em questão por motivos outros, alheios aos presentes autos; o que se verifica é que o paciente, nessa análise perfunctória, demonstra pouco apreço pela autoridade e observância da lei, pelo que não são meras ilações a possibilidade de que, em liberdade, represente risco à ordem pública. (TRF3. Habeas Corpus n° 0003772-53.2017.4.03.0000/SP, Rel. Maurício Kato, 14/09/2017. Fl. 06)

O Juízo entende que não há nos autos um indicativo que seja de que o acusado em liberdade não volte à prática delituosa, evidenciando, mais uma vez, a grande poder econômico e influência capaz de movimentar indevidamente o mercado financeiro a seu favor. Ainda diz que o fato de Wesley Batista não mais exercer o cargo de diretor-presidente da JBS S/A não retira sua potencialidade lesiva.

Voltando-se a garantia da aplicação da lei penal, há o movimento de defesa deste requisito embasado no poder econômico do paciente, que por deter tal qualidade sua evasão se encontra bastante facilitada. Inobstante, relata que o gozo pelo acusado da condição de empresário, domicílio fixo e primariedade não enseja, por si só, em concessão de liberdade provisória, este é um entendimento jurisprudencial pacífico nos tribunais. Diz, ainda, que o caso em tela, devido a gravidade e as circunstâncias do ilícito, não comporta qualquer medida cautelar alternativa à prisão. O desembargador finaliza, então, evidenciando não haver requisitos necessários para a devida revogação, nesta fase preambular; dito isto, indefere o pedido liminar.

A defesa, tendo o indeferimento da autoridade coatora, impetra Habeas Corpus diretamente no Superior Tribunal de Justiça, cujo Relator é o Ministro Sebastião Reis Júnior, sustentando, para além do exposto, a superação da Súmula n° 691/STF.

Em uma explanação concisa, o Ministro Sebastião Reis Júnior retoma a decisão do Desembargador Maurício Kato para dizer que não concorda com a proporcionalidade da cautela imposta, fundamentado seus dizeres com o julgamento do RHC nº 84.932 da Ministra Thereza e no HC nº 127.186 do Ministro Teori Zavascki.

Aqui, pedindo vênias a quem pensa de forma contrária, não encontrei nenhum dado real a autorizar a custódia cautelar. Caso existisse algum, certamente teria que ser indicado. O Magistrado fala de cooptação de pessoas e agentes públicos de forma genérica e da presunção de fuga diante da possível reversão dos benefícios deferidos em sede de colaboração premiada com a Procuradoria-Geral da República, com menção ao elevado patrimônio dos investigados no país e no exterior e à efetiva saída desses do país logo após a divulgação do pacto firmado com o Ministério Público Federal. (STJ. HC nº 416.785/SP, Rel. Sebastião Reis Júnior, julgado em 21/09/2017. Fl. 12)

Continua sua explanação evidenciando que a investigação ainda em curso não encontra qualquer obstáculo imposto pelo paciente, não havendo uso da alegada influência, utiliza do HC nº 348.843 do Ministro Ribeiro Dantas para concordar com seu posicionamento. A respeito do risco de fuga, o Relator diz não haver indícios e nem menções de que a prática delituosa perdure, elencando, para evidenciar tal ponto, o HC nº 328.022 do Ministro Reynaldo Soares da Fonseca.

Acredito que a credibilidade das instituições estaria em risco se elas não estivessem agindo, atuando para apurar os ilícitos e punir os responsáveis. Não vejo a punição antes mesmo da sentença como único meio de se garantir a credibilidade das instituições públicas e, por isso, entendo devida a substituição, até o julgamento final deste writ, da prisão preventiva por outras cautelares: afastamento da empresa com a proibição de acesso às suas instalações; proibição de acesso, também por qualquer meio, às instituições as quais o Magistrado diz que o paciente teria influência; entrega de passaportes; e comparecimento em Juízo em dias e horários definidos pelo Magistrado a quo. Pode o Juiz do feito, desde que de forma fundamentada, impor outras cautelares que considerar pertinentes. (STJ. HC nº 416.785/SP, Rel. Sebastião Reis Júnior, julgado em 21/09/2017. Fl. 13)

Se manifestando contra a prisão preventiva, mas a favor de outras medidas cautelares diversas da prisão, o Ministro Relator diz que esta decisão não prejudica a competência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região ao analisar o mérito do Habeas Corpus acima já exposto. Passa, então, para que a Sexta Turma em colegiado resolva se a tutela de urgência deve ou não ser deferida.

Contudo, o voto vencedor do acórdão não fora o do Relator, mas sim do Ministro Rogerio Schietti Cruz.

Não se está a falar aqui de édito prisional manifestamente abusivo. O Juiz de primeiro grau, em análise superficial, indicou os requisitos formais para a prisão preventiva e declinou suficientes razões para embasar a medida cautelar extrema. Contextualizou, em dados concretos dos autos e em juízo de proporcionalidade, a necessidade da prisão como única providência idônea para impedir novas violações da ordem pública. (STJ. HC n° 416.785/SP, Rel. Sebastião Reis Júnior, julgado em 21/09/2017. Fl. 14)

Elucida, ainda, que não é possível superar a Súmula n° 691 do STF, com o enunciado de que não compete ao Supremo Tribunal Federal conhecer de HC impetrado contra decisão do relator que, em HC requerido a tribunal superior, indefere a liminar.

Para além disso, o voto também diz que o Desembargador, em sua decisão, evidencia a periculosidade do investigado e o risco de reiteração criminosa e, também, menção de interferência ilícita, fato este que não pode ser analisado com a amplitude requerida pela defesa.

A magnitude da infração supostamente cometida, relevante o bastante para impactar o mercado financeiro (a vantagem auferida pelos investigados foi de quase R\$ 140 milhões de reais), e a relatada nova investida criminosa, sob os holofotes da mídia, depois da prática de inúmeros crimes assumidos nas tratativas de colaboração premiada, sugerem audácia e certeza da impunidade, expressões que, no caso dos autos, não traduzem mera retórica. A prisão não é manifestamente injusta nem absolutamente desnecessária e, assim, não é possível conceder a liminar e intervir de forma prematura na controvérsia, em detrimento da competência do Tribunal Regional Federal da 3ª Região para processar e julgar o writ lá impetrado. (STJ. HC n° 416.785/SP, Rel. Sebastião Reis Júnior, julgado em 21/09/2017. Fl. 15)

Sendo assim, o voto vencedor emitido por Schietti Cruz é pela não mitigação da Súmula n° 691 do STJ e indeferimento liminar do presente Habeas Corpus, sendo julgado em 21 de setembro de 2017.

A defesa ainda impetra Habeas Corpus diretamente no Supremo Tribunal Federal, cujo Relator é o Ministro Gilmar Mendes, que emite sua decisão em 22 de setembro de 2017. Após relatar toda a tese da defesa exposta no referido HC, passa a decidir. A primeira colocação é a supressão de instância evidenciada.

Nos julgados que fizeram jurisprudência consolidada do Pretório Excelso – a saber HC 131.320-AgR/PR, Rel. Min. Teori Zavascki, Segunda Turma, DJe 10.2.2016; HC 140.825/PR, Rel. Min. Luiz Fux, decisão monocrática, DJe 3.3.2017 e HC 139.829/SP, Rel. Min. Dias Toffoli, decisão monocrática, DJe 8.3.2017 – não tendo sido a questão de mérito objeto de análise pelo STJ ou inexistindo manifestação anterior das demais instâncias inferiores, a apreciação do pedido da defesa acarreta em supressão de instância, o que não é

permitido. Gilmar Mendes defende que, na verdade, o caso se trata de uma dupla supressão de instância, uma vez que o STF estaria a decidir antes do STJ e antes do TRF3.

Superado isto, diz que não vislumbra constrangimento ilegal manifesto a justificar o excepcional conhecimento do HC pelo STF, visto que o Desembargador do Tribunal Regional Federal da 3ª Região fundamentou sua decisão devidamente.

A gravidade concreta do crime, representada pelas circunstâncias especialmente gravosas da infração penal, é um indicativo válido da periculosidade do agente e de seu potencial para reiterar ilícitos – nesse sentido, por exemplo: HC 136.298, Rel. Min. Ricardo Lewandowski, Segunda Turma, julgado em 6.12.2016. Maus antecedentes também são indicativos de potencial reiteração delitiva, ainda que “desconexos” do fato imputado. Ressalto que, baseada em juízo de probabilidade – não de certeza –, a medida cautelar pode ser aplicada ainda que inexista condenação definitiva pelo fato anterior. (STF. HC nº 148.240/SP, Segunda Turma, Rel. Gilmar Mendes, julgado em 22/09/2017. Fl. 06)

Para o relator não está evidente, também, a desproporcionalidade da medida. Não havendo manifestamente constrangimento ilegal, a apreciação das demais teses de defesa se encontra prejudicada. Sendo assim, o Ministro Gilmar Mendes nega o seguimento ao Habeas Corpus, por ser incabível.

Os irmãos Batista continuaram presos preventivamente diante às investigações policiais, alegada a garantia da ordem pública, que engloba a ordem econômica também, conveniência da instrução penal e garantia da aplicação da lei penal, sendo outra medida cautelar não cabível.

Aos 10 de outubro de 2017, o Ministério Público Federal de São Paulo oferece denúncia à 6ª Vara Criminal Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região em face de Joesley Mendonça Batista e Wesley Mendonça Batista, ambos recolhidos na Carceragem da Superintendência da Polícia Federal em São Paulo.

Os fatos e fundamentos se iniciam falando da qualidade dos irmãos: Joesley enquanto Diretor Presidente da J&F INVESTIMENTOS S/A e Presidente da FB PARTICIPAÇÕES – controladora da JBS; e Wesley enquanto Diretor Presidente da JBS S/A. No período entre 02 de março a 17 de maio do ano de 2017, o MPF acusa os irmãos de utilizarem informação relevante, oriunda do acordo de colaboração premiada, não divulgada ao mercado ainda, de que tinham conhecimento e sabiam do dever de sigilo, capaz de propiciar vantagem indevida, em nome próprio ou alheio (delito este chamado de *insider trading*, tipificado no art. 27-D da Lei nº 6.385/76). Ainda os acusa de realizarem operações simuladas com o fim de alterar o funcionamento regular do mercado de capitais de forma

artificial em bolsa de valores, de mercadorias e de futuros, e no mercado de balcão, na finalidade de obter vantagem indevida para si (crime chamado de manipulação de mercado tipificado no ar. 27-C da Lei nº 6.385/76).

O acordo com a PGR foi celebrado em 03 de maio de 2017, sendo homologado pelo Supremo Tribunal Federal em 11 de maio e o levantamento do sigilo ocorreu em 18 de maio. Como a colaboração premiada forneceu provas da suposta ação delituosa de diversas autoridades, inclusive o Presidente da República à época, era inevitável a oscilação significativa do mercado financeiro, por isso, essa é a própria informação privilegiada, conforme o laudo pericial também apontava.

Dessa forma, inteirados do funcionamento do mercado e como tais informações impactariam a economia nacional, os irmãos, de maneira dolosa, praticaram manipulação do mercado a partir do uso indevido de informação privilegiada.

6. Assim, sabedores dos impactos que tais informações causariam na economia do país – quais sejam: uma inevitável queda nos valores das ações da JBS e alta do dólar - os réus resolveram se beneficiar financeiramente da instabilidade econômica que seria ocasionada com a divulgação dos termos da Colaboração Premiada e das provas apresentadas, tais como: conteúdo de gravações ambientais; mensagens de WhatsApp; documentos e filmagens obtidas mediante a denominada Ação Controlada. Diante disso, antes que os termos da Colaboração fossem divulgados à sociedade, (1) os réus procederam à venda de ações da JBS por sua controladora - FB PARTICIPAÇÕES - e a respectiva recompra pela JBS (diante da assegurada baixa dos valores destas) (fato 1); bem como o denunciado WESLEY (2) adquiriu contratos de dólares no valor nominal de USD 2.814.000.000 (dois bilhões e oitocentos e catorze milhões de dólares americanos) – Contratos Futuros de Dólar e Contratos a Termo de Dólar – obtendo uma lucratividade no mercado financeiro de aproximadamente R\$ 100.000.000,00 (cem milhões de reais) (fato 2). Outrossim, além de (1) utilizarem da informação privilegiada sigilosa com potencial de obtenção de vantagem indevida (Art. 27-D, da Lei 6.538/78); os denunciados (2) manipularam o mercado (Art. 27-C, da lei 6.538/78), através das vendas e recompras concomitantes das ações da JBS (JBSS3), com intuito de obter vantagem [...]. (MPF/SP. Autos nº 0006243-26.2017.403.6181, Denúncia. 10/10/2017. Fl. 03)

O MPF ainda aponta que antes da delação premiada, os irmãos já eram alvo de investigações de seis Operações Policiais: SÉPSIS, GREENFIELD, CUI BONO?, CARNE FRACA, BULLILSH e LAMA ASFÁLTICA.

As investigações apontam que três dias após a assinatura do Termo de Confidencialidade, aos 31 de março de 2017, Joesley ordenou a venda de quase 200 milhões de ações da JBS, o que equivaleria a cerca de 2 bilhões de reais. Do dia 24 ao dia 27 de abril, Wesley determinou a recompra das ações; ainda, no dia 17 de maio, houve a última recompra.

Houve a apuração de que a JBS tinha interrompido as operações de recompra desde de agosto de 2016 por determinação da Comissão de Valores Mobiliários, tendo tal impedimento data determinada para se findar em 08 de fevereiro de 2017, mesma data em que a CVM autorizou a empresa, que havia solicitado, a reativação do Programa de Recompra. A CVM, por meio do Relatório 10/2017/CMV/SMI/GMA-2, ainda diz que as vendas de ações da JBS por sua controladora – FB PARTICIPAÇÕES – é atípica, exatamente por este fato. Atipicidade esta também constatada pelo Laudo Pericial Criminal Financeiro da Polícia Federal.

Também houve verificação proximidade temporal entre as aludidas operações e a divulgação do conteúdo da Colaboração Premiada, ficando mais evidente a conduta dolosa. Ainda, ressalta-se que o *insider trading* não exige obtenção de vantagem indevida para si ou para outrem para sua consumação, pois se trata de um delito de mera conduta. Uma planilha da CVM também foi indexada à Denúncia a fim de comprovar a coordenação da operação de compra e recompra pela FB PARTICIPAÇÕES e JBS, combinação de interesses com consequente manipulação de mercado.

Quanto a autoria, Joesley quem teria determinado as vendas das ações da JBS, já que ostenta a qualidade de presidente da FB PARTICIPAÇÕES, sendo confirmado pelo depoimento de Antonio da Silva Barreto, diretor financeiro da J&F Investimentos. Concomitantemente, Wesley teria ordenado a recompra das ações da JBS, corroborando com os depoimentos de Carlos Antonio Callegari, gerente de investimentos da JBS, e Rafael Kyi Harada, diretor de controle de risco da JBS. Importante destacar que os irmãos, ao ouvirem acerca destes depoimentos, não negaram que deles emanou ordens. Não obstante, Wesley Batista, entre os dias 28 de abril e 17 de maio, através da JBS, comprou em bolsa, contratos futuros de dólar e, em mercado de balcão, contrato a termo de dólar, mas sem entrega física; com a divulgação do conteúdo da delação premiada, essas operações totalizaram um valor de dois bilhões e oitocentos e catorze milhões de dólares. Para efetivar isto, ordenou a utilização de todos os limites de crédito que dispunha, pedindo até para seus funcionários que aumentassem os limites de crédito junto às instituições financeiras próximo do dia 17 de maio – os próprios funcionários relataram sobre o ocorrido, confirmando, mais uma vez, a atipicidade das operações. Outras fontes confirmando a autoria delitiva de Wesley foram postas em segredo de justiça, mas tudo leva a crer que sejam as mensagens de whatsapp oriunda de aparelho telefônico apreendido na Operação Lama Asfáltica.

Diante ao discorrido, o Ministério Público Federal de São Paulo, na conclusão da Denúncia, atribui a Joesley Mendonça Batista a prática do delito de *insider trading* por vender

ações da JBS pela corretora, e, ainda, o delito de manipulação de mercado. A Wesley Mendonça Batista foi atribuída a prática do delito de *insider trading*, tanto pela recompra das ações da JBS como pela compra dos contratos derivativos de dólares; não obstante, a manipulação de mercado também lhe foi atribuída, pela recompra das ações. Thaméa Danelon Valiengo, Procuradora da República, e Thiago Lacerda Nobre, Procurador Chefe da Procuradoria da República em São Paulo, quem assinam a Denúncia, elucidando que ambos os denunciados eram capazes à época dos fatos, possuindo consciência da ilicitude e exigibilidade de conduta diversa.

Aos 16 de outubro de 2017, a 6ª Vara Federal Criminal Especializada em Crimes Contra o Mercado Financeiro Nacional e Lavagem e Valores do Tribunal Regional Federal da 3ª Região decidiu acerca da Denúncia oferecida pelo Ministério Público Federal, nos Autos nº 0006243-26.2017.403.6181. Após um relatório de nove páginas, passa-se a decidir.

O MM. Juízo inicia a decisão afirmando a competência da Justiça Federal para a apreciação da matéria, elencando entendimento jurisprudencial nesse sentido – julgados do Superior Tribunal de Justiça e Tribunal Regional Federal da 3ª Região. Sendo assim, fixa a competência da 6ª Vara para a apreciação da denúncia oferecida, assim como os demais atos judiciais até se findar o primeiro grau de jurisdição. Superada a competência, discute-se sobre os requisitos para o recebimento da denúncia, utilizando explanação do Ministro Ayres Britto no HC nº 104.420, o qual discorre da obrigação de fazer do MP no artigo 41 e obrigação de não fazer no artigo 395, ambos do Código de Processo Penal.

Acerca da tipicidade aparente, a denúncia deverá conter a suficiente individualização das condutas e a exposição dos fatos previstos em regras penais incriminadoras. A cognição sumária do MPF, ao qual é parte inquisitorial pré-processual, então, é mais do que suficiente ao individualizar as condutas efetuadas, sendo ambas as condutas criminalizadas – manipulação de mercado e uso indevido de informação privilegiada – contra o mercado de valores mobiliários justamente para proteger o princípio do *full and fair disclosure*, que significa a ampla e completa informação ao público na negociação de títulos mobiliários. Muitos são os pontos em que o juízo se demora em elucidar a gravidade destes crimes, que comprometem a credibilidade e lisura das atividades do mercado de capitais e corroboram para ruína econômica estatal.

Elucidando novamente os fatos apontados pelo Ministério Público Federal, conclui que a denúncia, para além de individualizar a conduta delitiva, indica como a informação relevante foi obtida e utilizada, como o mercado desconhecia tal informação e as negociações efetuadas em cima desta. Não somente acerca do *insider trading*, a manipulação

de mercado também fica evidente. Sendo assim, o Juízo entende que todos os requisitos legais foram satisfeitos, a tipicidade aparente é satisfatória.

Passa-se a perquirir pela ausência de pressuposto processual ou condição para o exercício da ação penal – art. 395 do Código de Processo Penal.

No que diz respeito aos pressupostos processuais, à evidência, estão caracterizados. Este juízo federal é o competente para o processamento do feito, conforme já abordado em sede preliminar. Verifica-se que o juiz titular da 6ª Vara Criminal/SP, nos termos do artigo 83 c/c os artigos 69, VI e 75, parágrafo único do Código de Processo Penal está **prevenido** para o conhecimento e julgamento da ação penal. Isto porque, em primeiro lugar deferiu diligências consistentes em busca e apreensão, tendo decretado a prisão preventiva dos imputados e presidido audiências de custódia como o juiz competente nos termos do artigo 7.3 da Convenção Americana dos Direitos Humanos, promulgada pelo Decreto nº 678 de 6 de novembro de 1992. (TRF3. Autos nº 0006243-26.2017.403.6181, Recebimento da Denúncia, Juiz João Batista Gonçalves, 16/10/2017. Fl. 18)

Para fixar a competência, novamente, o Juízo elucida outras jurisprudências – Recurso em HC do Ministro Felix Fischer, HC do Ministro Arnaldo Esteves Lima e HC da Desembargadora Jane Silva. Não obstante, elucida que não há impedimentos ou suspeição, nem ocorre litispendência ou coisa julgada.

O pedido, assim, é juridicamente possível, já que requer condenação por crimes tipificados, tendo o interesse de agir sido demonstrado, e a ação penal é a medida necessária e adequada e útil.

A respeito da justa causa, que seria lastro probatório mínimo de materialidade e autoria, o MM. Juízo reitera as provas apontadas na Denúncia, quais sejam: acordos de colaboração premiada firmados entre os denunciados e a Procuradoria Geral da República, negociações e termos de confidencialidade destes, Laudo de Perícia Criminal Financeira nº 421/2017 do Núcleo de Criminalística, Relatórios de Análise da CVM nºs. 9 e 10/2017-CVM/SMI/GMA-2, material apreendido em sede de busca e apreensão deferido pelo TRF3, material apreendido pela Operação Lama Asfáltica e diversas oitivas colhidas. Sobre a autoria, há depoimento de Antonio da Silva Barreto Junior, Rafael Kyi Harada e Carlos Antonio Callegari, assim como mensagens oriundas do aparelho telefônico obtido pela Operação Lama Asfáltica. Diante de tal lastro probatório, decide-se pelo recebimento integral da denúncia efetuada pelo *Parquet* federal, uma vez que a justa causa é suficiente.

A resposta prévia à acusação, apresentada pelos pacientes, em síntese, alega a necessidade de suspensão dos atos processuais de análise da resposta à acusação e de instrução processual até que haja definitiva do conflito de jurisdição instaurado nestes autos.

Também alega a usurpação de competência do Superior Tribunal de Justiça, assim como a impossibilidade do Ministério Público Federal requerer a substituição de duas testemunhas por quatro, ocorrendo preclusão quanto ao número de testemunhas indicadas, de forma que o número total de testemunhas deve ser adstrito à quantidade arrolada na denúncia, ainda que ocorra substituição de testemunhas de acusação. Dessa maneira, a defesa requer suspensão do processo e realização de diligências a respeito da tese de usurpação de competência do STJ. Ocorrendo a instrução processual no TRF3, pede, então, a reconsideração da decisão que deferiu a substituição de testemunhas de acusação, para que haja adequação do número de testemunhas à quantidade arrolada na denúncia; também a intimação do MPF para esclarecer a substituição do Procurador da República oficiante nos autos e a intimação do órgão ministerial e da Polícia Federal para esclarecer acerca de eventual vazamento de informações sigilosas do acordo de delação premiada. Por último, a defesa requereu a participação dos corréus em todas as audiências, com requisição de escolta; apreciação da resposta à acusação sem abrir vistas ao MPF; a oitiva das testemunhas arroladas pela defesa; e a produção de prova pericial, para que sejam respondidos os requisitos que apresentam.

Aos 24 de outubro de 2017, novo despacho/decisão é emitido pelo TRF3 acerca de petições efetuadas pela defesa dos irmãos Batista.

A defesa apresentou proposta de Termo de Compromisso ao qual se prontifica a apresentar seguro-garantia no valor de R\$ 238.000.000,00 para a suspensão de medida cautelar de bloqueio de bens, assim como comparecimento a todos os atos processuais em que necessária para prestar esclarecimentos. Também solicitou desentranhamento de relatório policial e mensagens extraídas do celular de Wesley Batista, haja vista se tratarem de conversas entre acusados e advogados, violando, portanto, a intimidade e privacidade, bem como o sigilo profissional.

O Ministério Público se manifestou favorável ao termo de compromisso apresentado após a efetiva apresentação do seguro-garantia, uma vez que a utilização do BANCEJUD e RENAJUD não foi satisfatória. Acerca das mensagens, não se opôs ao desentranhamento, o que não quer dizer a declaração de nulidade das provas nem a utilização destas em outro procedimento. Não há o que se falar em desentranhamento de todas as provas, pois não foi indiciada a localização das mesmas. Ainda sustentou a manutenção a prisão preventiva, sendo esta extremamente necessária.

Diante a isto, o MM. Juízo defere o requerimento de suspensão temporária da decisão que determinou o bloqueio de bens, com a apresentação do seguro-garantia no referido valor milionário, sendo necessário ao adimplemento de eventual indenização,

prestação pecuniária, multa e custas processuais. Ainda defere o pedido de desentranhamento dos autos.

Em 22 de dezembro de 2017, houve decisão pela 6ª Vara do TRF3 de outro Habeas Corpus impetrado pelas advogadas Suzana de Camargo Gomes, Lia Telles de Camargo Pargendler e Silvana Sampaio Arguelho em favor de Wesley Mendonça Batista.

A defesa requereu a revogação da prisão preventiva, nos autos da Ação Penal nº 0013172-75.2017.4.03.6181, originada pelo inquérito policial de autos nº 0006243-26.2017.4.03.6181. Houve alegação de cabimento de substituição da prisão por medidas cautelares diversa da prisão previstas no art. 319 do Código de Processo Penal. Também alegam a relevância do paciente em liberdade para cumprir as tarefas estabelecidas do acordo de leniência J&F/JBS, acordo esse que sendo cumprido devidamente garante as atividades da JBS que possui forte impacto socioeconômico no estado de Mato Grosso do Sul. Sendo assim, pede a liminar.

O Juízo decide que não está configurado o alegado constrangimento ilegal de Wesley Batista, uma vez que as investigações policiais resultaram em diversos elementos de prova que aduzem a materialidade e indícios de autoria suficientes nesta fase preambular. O mais que seja levantada a nulidade da prova oriunda da Operação Lama Asfáltica, ainda se tem lastro probatório suficiente. A prisão preventiva, enquanto medida excepcional, deve ser decretada somente quando outra cautelar não couber, e no caso em tela, há entendimento do juízo de haver risco a garantia da ordem pública e ordem econômica e para assegurar a aplicação da lei penal. Sobre o acordo de leniência, não há nos autos a imprescindibilidade da participação efetiva de Wesley para tornar viável tal acordo firmado entre o Ministério Público Federal e as empresas J&F e JBS, e o fato de Wesley não ostentar mais o cargo de diretor presidente da JBS não torna seu potencial lesivo inexistente. Sendo assim, o Desembargador Federal Maurício Kato indeferiu o pedido de liminar.

Aos 12 de janeiro de 2018, outro despacho/decisão fora emitido pelo TRF3. Após relatar a tramitação processual até o momento, o MM. Juízo indefere o requerimento de suspensão da análise da resposta à acusação e, também, o requerimento de designação de atos da instrução processual, com a justificativa de que as medidas são urgentes em se tratando de réus presos. Acerca do conflito de competência levantado pela defesa, o juízo entende que até a data da primeira audiência, este conflito já será conhecido e as devidas medidas serão tomadas, sem o prejuízo de antecipação da audiência, caso o conflito venha a ser julgado em data anterior. Caso não seja julgado, o pedido da defesa será apreciado novamente, para não haver violação do juiz natural e da identidade física do magistrado.

Ainda, sobre a competência, o magistrado afasta a arguição de incompetência absoluta e de nulidade por violação do foro de prerrogativa de função, uma vez que a advogada Dra. Fernanda Lara Tórtima foi indicada como substituta da função de Desembargadora Eleitoral, ou seja, não há exercício da função pública até assumir a interinidade, elencando jurisprudência do STF nesse sentido – suplente não apresenta foro por prerrogativa de função. Ademais, há reiteração de que Fernanda Tórtima não seja mais suspeita pela prática de qualquer ilícito, apenas mensagens que ligam, também, ao ex-Procurador Geral da República Marcelo Miller, que já fora desligado da instituição pública no período inquisitorial. Sendo este o quadro, fica prejudicado o questionamento da análise das mídias referentes ao material compartilhado, como também os requerimentos de realização de diligências quanto a esta questão, e de declaração de nulidade do relatório de análise de material, logo, não há elemento algum que indique usurpação de competência alegada.

Acerca da substituição de testemunhas pelo Ministério Público Federal, o juízo compreende que a quantidade de testemunhas deve ser a mesma delimitada na denúncia, sendo sim possível ouvir testemunhas excedentes, conforme art. 209 do Código de Processo Penal. Porém, não há como estabelecer neste dado momento quais são testemunhas essenciais e quais não são, pois nenhuma foi ouvida. Dessa maneira, há reconsideração da decisão que deferiu a substituição de duas por quatro testemunhas de acusação, sendo oportunamente apreciada após a oitiva regular.

O juízo também entende a desnecessidade de intimar o MPF para apresentar fundamentação sobre a substituição de Procuradores da República, uma vez que não há manipulação casuística ou designação seletiva de membro do órgão ministerial, sem amparo legal, para atuar em determinada área. Todas as mudanças voluntárias tratam-se de informações públicas e notórias, ficando a critério do MPF esclarecer sobre a questão. A respeito da intimação do Ministério Público e da Polícia Federal para esclarecer sobre vazamento de informações sobre a delação premiada, o magistrado entende pertinente e defere a intimação, por motivo do objeto dos autos ser o suposto uso indevido de informação privilegiada.

Também foi deferida a requisição da defesa para produção de prova pericial, fundado no art. 159, §3º do CPP. Além disso, o juízo determina intimação da defesa para justificar a imprescindibilidade de expedição de cartas rogatórias, uma vez que as testemunhas arroladas se encontram fora do país, facultado a defesa informar como se dará a respectiva oitiva de testemunhas, seja por meio dos aplicativos de comunicação ou disposição de virem

ao Brasil. Por conseguinte, defere a participação dos corréus presos em todas as audiências designadas.

Aos 02 de fevereiro de 2018, mais um despacho/decisão fora expedido. O Ministério Público Federal se manifestou acerca do rol de testemunhas, indicando o rol definitivo de quatro pessoas, o qual foi homologado no presente momento; ademais, também optou por esclarecer sobre a troca voluntária de Procuradores da República. Acerca das testemunhas da defesa que se encontram nos Estados Unidos da América (EUA), a defesa insiste na oitiva destas testemunhas, uma vez que são consultores financeiros capazes de prestar esclarecimentos valiosos a respeito do mercado; assim, se faz necessária a intimação das testemunhas pelo aparato estatal, uma vez que não há como garantir comparecimento destas pessoas em juízo nem que elas se valerão de aplicativos ou empreenderão viagem ao Brasil. A defesa, também, diz que tal fato não traz risco à celeridade processual e que este ônus de intimação das testemunhas não pode ser imposto à defesa, pois não há instrumentos de coerção para tal fim.

O MM. Juízo, em consulta ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), órgão do Ministério da Justiça, que apontou o não cumprimento de pedidos de cooperação jurídica internacional elaborados exclusivamente pela defesa pelo governo norte-americano. Na insistência, caberá a defesa custear a colheita de provas, uma vez que o tribunal não é parte ativa processual nos EUA, cabendo às partes arcar integralmente. Sendo assim, não cabe cooperação jurídica internacional da forma requerida, a realização só é possível restando claro haver interesse específico por parte do juiz ou da acusação nesta diligência, que deverá ser expressa e motivadamente demonstrada – não sendo assim, a parte deverá adentrar com procedimento de obtenção de diligência solicitada diretamente nos Estados Unidos. O juízo ressalta que negativa em pedir cooperação é devido a absoluta impossibilidade prática de cumprimento, não decorrendo da pretensão de impedir o réu de produzir as provas que entende necessárias à sua defesa, elencando jurisprudência do TRF3 acerca deste empecilho falado. Por outro lado, não há como transformar testemunhas de defesa em testemunhas do Juízo, sendo discricionário do juiz optar por tal feito, o que não é o caso em tela.

O juízo, acerca das testemunhas de defesa, diz que como são consultores financeiros que não presenciaram os fatos são conhecidos por *expert witness* (expressão da *common law*), não sendo tecnicamente testemunha no processo penal brasileiro. Não há qualquer impedimento de que este especialista seja ouvido, como também não há obrigatoriedade, já que qualquer outro consultor financeiro poderá prestar esclarecimentos

equivalentes, pois ambos não têm ciência direta dos fatos. Sendo assim, indeferido foi a expedição de cartas rogatórias aos EUA, facultando a defesa substituir as testemunhas residentes fora do país por outros especialistas em território nacional, apresentar depoimentos escritos destes consultores no estrangeiro ou realizar diretamente a colheita de provas segundo os direito norte-americano. Ademais, o perito criminal, no intuito de responder à defesa, informa necessidade de diversas providências, que não vem ao caso citar ou aprofundar. As audiências de instrução também foram designadas para o mês de março.

Em 20 de fevereiro de 2018, o Superior Tribunal de Justiça decide acerca de Habeas Corpus impetrado pelos advogados Igor Sant’Ana Tamasauskas, Pierpaolo Cruz Bottini, Marcio Martagão Gesteira Palma, Ana Fernanda Ayres Dellosso, João Antônio Sucena Fonseca, Eugenio Pacielli de Oliveira e Otavio Ribeiro Lima Maziero a favor de Wesley Mendonça Batista.

No relatório consta que a defesa alega o constrangimento ilegal de Wesley Batista pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, cuja prisão preventiva fora decretada em medida cautelar anterior à instauração do processo. A defesa diz, de antemão, que o paciente é colaborador da Justiça e que o acordo de delação premiada não está sob análise de processo revisional; diz, também, que o delito de *insider trading* não pode fundar a medida cautelar, uma vez que é questão de mérito, e que não há fato novo que justifique a decretação da prisão. Alega descompromisso absoluto com o princípio do ônus da proba, já que a decisão sugere que o paciente demonstre indicativos de que não voltará a delinquir, e que o decreto prisional se funda em presunção hipotética, no qual os autos apontam o contrário desta elucubração fixada. Explana que é público e notório a destituição do cargo de Presidente da empresa JBS e que não há documentos ou relatos que concretizem o risco de fuga do paciente ou desfrute do patrimônio no exterior – mera suposição. No corpo do *decisium*, sustentou-se o possível uso da influência e poderio econômico para atender os próprios interesses, com base nos relatos do paciente em sede de colaboração. Também houve sustentação da antecipação de pena, já que nas hipóteses de condenação, o paciente não seria submetido a regime fechado. Sendo assim, pleiteia a soltura, de forma liminar, do paciente ou substituição por medidas cautelaras diversas da prisão. A liminar, como supracitada, fora indeferida e, mediante nova provocação, a 6ª Vara Criminal Federal prestou novas informações, como o andamento da ação penal que ali tramita.

O ministro Rogério Schietti Cruz, no papel de Relator, inicia pela contextualização, onde retoma os indícios de materialidade e autoria delitiva e exatamente pelo que estão sendo processados criminalmente. A defesa juntou aos autos dois estudos

técnicos realizados pela Fundação Instituto de Pesquisas Contábeis, Atuariais e Financeiras (FIPECAFI) órgão de apoio institucional da Faculdade de Economia, Administração e Contabilidade da Universidade de São Paulo, o qual favorece o paciente e seu irmão. Ambos estudos apresentam conclusões de que não há evidências de que as operações de recompra são anormais em comparação com outras operações em anos anteriores. Tais estudos não são questionados quanto a importância e idoneidade, mas o Tribunal entende que é impossível transferir a discussão do mérito ao STJ que conhece o processo de forma sumária e superficial, sabendo que houve investigação policial orientada pela Comissão de Valores Mobiliários, cuja denúncia foi recebida em decisão exemplar e devidamente motivada.

Acerca da motivação, o ministro entende que a decisão a fez de forma idônea, uma vez que a fundamentou em dados concretos extraídos dos autos, como tratado nos outros Habeas Corpus impetrados e indeferidos. Foram dois os fundamentos para a supressão da liberdade: os irmãos continuarem envolvidos com atividades ilícitas, uma vez que supostamente praticaram delitos após assinatura do termo de delação premiada, e os acusados buscarem furtar-se da aplicação penal.

Na análise da fundamentação na garantia da ordem pública e econômica para o decreto da prisão preventiva, o relator traz a historicidade à tona acerca de tal requisito para concordar com este para o decreto prisional.

Não se trata de um desautorizado clamor público nem de exacerbação midiática, mas sim de um generalizado e incontestável sentimento de indignação popular pela maneira como as coisas se sucederam, máxime em relação ao paciente, protagonista de uma **iniciativa audaz e sub-reptícia**, consistente em procurar o Presidente da República em sua residência oficial para gravar, em aparelho oculto, conversas sobre assuntos que lhe interessavam registrar. (STJ. HC nº 422.113/SP, Rel. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/02/2018. Fl. 21)

Estou a dizer tudo isso não para ter essas como fundamentas, ou para entender tais fatos como incontroversos. Não poderia fazê-lo, por uma razão muito simples: **eventuais crimes confessados ou admitidos pelo paciente e seu irmão ensejaram colaboração premiada, e são objeto de outra ação penal**, na qual, aliás, esse acordo penal está sob risco de ser desfeito se atendido, pelo Supremo Tribunal Federal, requerimento nesse sentido formulado pela PGR. **Não podem**, assim, essas eventuais ilicitudes – até porque **nem sequer há, em relação a elas, indiciamento ou denúncia** contra o paciente e seu irmão – **ser consideradas para fins de análise deste writ**, que tem como escopo exclusivo analisar a legalidade e a necessidade da prisão preventiva do paciente, como decorrência tão somente da imputação pelos crimes positivados no art. 27, alíneas C e D, da Lei n. 6.386/1976. (STJ. HC nº 422.113/SP, Rel. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/02/2018. Fls. 21 e 22)

Após elucidar este posicionamento, entende que se justificou a invocação da necessidade de preservar a ordem econômica, assim como não há impedimentos de utilizar as circunstâncias que singularizam esses acontecimentos para avaliação da danosidade social da conduta e a situação cautelar dos irmãos. Sendo assim, julga improcedente a tese da defesa do delito fundamentar a medida cautelar imposta, por se tratar de questão de mérito ou fundamentar reiteração delitiva.

A necessidade de preservar a instrução criminal alegada no corpo da decisão ganha explanação explicativa com citação de Rodrigo Capez, cuja alegação foi o poder e a influências dos irmãos nos diversos setores da política e economia. O ministro entende que é idônea tal fundamentação, que não se fez por pura abstração ou futurologia, mas que encontrou respaldo em meio à crise que abalou o país.

A aplicação da lei penal também foi levantada, sendo elencada ao risco concreto de fuga dos pacientes, ao qual Schietti Cruz entende que os fundamentos não o parecem fulcrados em dados concretos. Ainda mais não havendo notícia de negação em colaborar com as investigações e comparecer aos atos investigatórios, pelo contrário, colaborou sempre que solicitado. Sendo assim, defere a favor da defesa e afasta tal fundamento levantado.

Acerca do decreto de prisão preventiva, há o levantamento de diversos autores – Claus Roxin, Ela Wiecko de Castilho e Ingo Wolfgang Sarlet – e documentos/códigos – Constituição Federal de 1988, Pacto Internacional sobre Direito Cívico e Político, Regras de Tóquio, Código de Processo Penal Brasileiro, Código de Processo Penal de Portugal e novo Código de Processo Penal da Costa Rica – para fazer um debate sobre qual interesse estatal deva prevalecer diante a apreciação do jurisdição penal, de um lado o direito à liberdade dos indivíduos e, do outro lado, o poder punitivo.

Particularmente **no que diz respeito à prisão cautelar**, esse dilema se resolverá tendo em conta, por óbvio, o direito subjetivo do acusado à liberdade, sem descurar, todavia, do **dever fundamental de prestar segurança à vítima, a terceira pessoa ou à comunidade como um todo** – sobretudo no caso de decreto de prisão para a garantia da ordem pública ou econômica –, eventualmente ameaçadas pelo comportamento do acusado. Por conseguinte, será tanto **ilegítima a omissão estatal do dever de proteção da sociedade**, por atuação insuficiente dos seus órgãos repressivos, **quanto o excesso cometido em desfavor do imputado**, ao argumento de ser devida a proteção penal efetiva de toda a coletividade. (STJ. HC nº 422.113/SP, Rel. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/02/2018. Fl. 32)

Ao tratar das medidas cautelares diversas da prisão, o ministro, em síntese, entende que há época o decreto da prisão preventiva foi a medida adequada e necessária,

concordando com os fundamentos elencados, como demonstra os trechos supracitados, porém não concorda com a manutenção desta.

Porém, **passados já quase nove meses da conjecturada prática ilícita e caminhando-se para seis meses do cumprimento da ordem de prisão do paciente**, o risco da reiteração delitiva e de interferência na instrução criminal se enfraqueceu, não a ponto de desaparecer totalmente, mas **em grau bastante para justificar a substituição da prisão preventiva por medidas outras, restritivas à liberdade e a direitos do paciente**, as quais, em juízo de proporcionalidade e à luz do que dispõem os arts. 282 e 319 do Código de Processo Penal, se mostram **adequadas e suficientes para, com menor carga coativa, proteger o processo e a sociedade de possíveis e futuros danos que a plena liberdade do paciente poderia causar.** (STJ. HC nº 422.113/SP, Rel. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/02/2018. Fl. 37)

Esse enfraquecimento alegado ainda se encontra fundamentado no fato dos irmãos não mais ostentarem o cargo na diretoria das empresas, como também se encontrarem com quase todo seu patrimônio embargado judicialmente, além de estarem sobre o olhar atento do Judiciário. Antes de partir para a decisão, faz uma digressão oportuna a respeito do Judiciário e sociedade.

As expectativas da sociedade em relação às decisões do Poder Judiciário costumam valer para todo e qualquer crime, violento ou não, mas têm sido fomentadas, nos últimos tempos, por uma mudança do perfil dos que costumavam ser presos, em flagrante ou preventivamente, e assim mantidos ao longo do processo ou parte dele. É que, além dos crimes tradicionalmente mais incômodos ao convívio social, por envolverem violência ou grave ameaça, como roubos, homicídios e estupros – a par de outros que, conquanto não se realizem, necessariamente, por meios violentos, são de geral e forte repúdio, como é o caso do tráfico de entorpecentes – também passaram a ser alvo mais corriqueiro de ações policiais e de processos judiciais os assim chamados crimes de colarinho branco, tais como corrupção ativa e passiva, peculato, lavagem de capitais, fraudes em licitações e outros ilícitos correlatos.

É muito alvissareiro, a meu sentir, que o sistema de justiça criminal brasileiro esteja passando por esse momento de eliminação de guetos intocáveis e de estamentos imunes a ações concretas e a punições devidas – cicatrizes inescandíveis de um sistema punitivo tradicionalmente seletivo –, mas é preciso cuidar para não descartar, em meio à água suja de todo esse passado de privilégios, aquilo que as ciências penais e as sociedades pós-iluministas conquistaram de positivo. (STJ. HC nº 422.113/SP, Rel. Rogerio Schietti Cruz, julgado em 20/02/2018. Fl. 38)

O dispositivo, então, assenta na concessão parcial a ordem de Habeas Corpus, para substituir a prisão preventiva de Wesley Mendonça Batista por medidas cautelares, elucidadas no art. 319, incisos I, II, III, IV, V e IX do Código de Processo Penal.

Asseverando ao paciente que o descumprimento injustificado poderá importar no restabelecimento de imediato da prisão preventiva.

A saber, as medidas cautelares impostas foram o comparecimento periódico em juízo, no prazo e nas condições determinadas pelo juízo, para informar e justificar as atividades; proibição de acesso ou frequência a determinados lugares quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado permanecer distante desses locais para evitar o risco de novas infrações; proibição de manter contato com pessoas determinadas quando, por circunstâncias relacionadas ao fato, deva o indiciado delas permanecer distante; proibição de se ausentar da Comarca quando a permanência seja conveniente ou imprescindível para a investigação ou instrução criminal; suspensão do exercício de função pública ou de atividade de natureza econômica ou financeira quando houver justo receio de sua utilização para a prática de infrações penais; e, monitoração eletrônica.

Em termo de audiência datado de 21 de fevereiro de 2018, o Juiz Federal pontuou não haver empecilho do comparecimento periódico até a efetivação do monitoramento eletrônico, de forma que não agravaria a situação processual do réu; quanto ao requerimento de fixação da fiança no valor de cinquenta milhões de reais feita pelo Ministério Público, a manifestação foi de avaliar na inviabilidade do breve monitoramento eletrônico efetivado, expedindo, assim, carta precatória solicitando empréstimo de tornozeleira à subseção de Curitiba.

Aos 19 de março do mesmo ano, um termo de deliberação explicita que Wesley solicita adiamento da audiência, não estando preparado para fazer questionamentos técnicos e não ocorrendo assim, constituíra novo patrono, não criminalista, para que assim faça. O órgão ministerial foi contra tal pedido, esclarecendo que os crimes, o mais que sejam complexos e técnicos, estão sendo amplamente divulgados. O MM. Juízo deferiu a redesignação da audiência de instrução diante aos pedidos da defesa, dando mais tempo para que o processo seja estudado.

Em Petição 7.003/DF direcionada ao Supremo Tribunal Federal, houve manifestação de diversas pessoas acerca da oitiva de testemunhas; Wesley Batista requereu a oitiva pessoal dos colaboradores já elencados no processo e outros. O ministro Relator Edson Fachin deferiu a oitiva das testemunhas arroladas com residência em território nacional; quanto as testemunhas arroladas no exterior, entende que no atual momento não é possível ter a real compreensão da necessidade da cooperação internacional e se de fato essas testemunhas irão trazer informações que não podem ser compartilhadas por outras residentes no Brasil ou por outros meios de prova. Dessa maneira, o relator posterga a análise da admissão destes

depoimentos após a colheita de testemunhas residentes no Brasil e dos próprios colaboradores. Decisão esta proferida em 03 de setembro de 2018.

O MM. Juízo requereu que as partes manifestassem expressamente a pertinência das testemunhas sob pena de desistência tácita, já que houve desistência da oitiva do ex-Procurador Geral da República, concordância de todos os colaboradores e do MPF. Wesley Batista, na data de 20 de novembro de 2018, para além da oitiva já deferida, requereu a oitiva de testemunha que se encontra no exterior, comprometendo-se a trazê-la ao Brasil independentemente de intimação. Pedido este deferido, chamando a atenção para o art. 231 do CPP e art. 435 do CPC, pelo Relator Edson Fachin em 28 de fevereiro de 2019, na mesma Petição 7.003/DF.

Enquanto o processo nº 0006243-26.2017.403.6181 tramitava, já na fase de oitiva de testemunhas e ambos os irmãos sofrendo medida cautelar diversa da prisão, nova denúncia partiu do Ministério Público Federal de São Paulo.

A Denúncia acusa Wesley Mendonça Batista, apenas, na qualidade de responsável legal pela Seara Alimentos Ltda. e presidente do conselho de administração da Eldorado Brasil Celulose S.A., utilizou indevidamente informação relevante, não divulgada ao mercado, de que tinha conhecimento e da qual deveria manter sigilo, capaz de propiciar para ele ou outrem vantagem indevida (crime de *insider trading*, previsto no art. 27-D da Lei nº 6.385/1976). Informação privilegiada esta oriunda do acordo de colaboração premiada, que era negociada entre ele, seu irmão e a Procuradoria Geral da República. Sabendo que tal informação quando divulgada causaria impactos na economia nacional, dentre eles uma inevitável subida do dólar, adquiriu contratos de dólar futuros no valor nominal de 25 milhões de dólares americanos pela Seara Ltda. – obtendo vantagem, aproximadamente, de 4,716 milhões –, e, também, adquiriu contratos a termo de dólares no valor nominal de 280 milhões de dólares americanos pela Eldorado Celulose S/A – obtendo vantagem de 64,692 milhões, aproximadamente.

A CVM aponta que tais compras, cujo mandante era Wesley, são atípicas do padrão da empresa Seara, tendo o mesmo padrão observado na empresa JBS S/A. Atipicidade também observada pelo Parecer Técnico nº 1745/2018 da Secretaria de Perícia, Pesquisa e Análise (SPPEA). Na empresa Eldorado Celulose S/A, Wesley agira de modo equivalente: mandou que ocupante de cargo subalterno comprasse contratos de dólar; desta vez, a atipicidade não fora apontada, mas valores negociados extremamente elevados – cerca de três vezes o lucro líquido do ano anterior à operação –, como consta pareceres da Comissão de Valores Mobiliários e da SPPEA.

Os indícios de autoria tiveram como elemento de prova mensagens de *whatsapp* do celular apreendido na Operação Lama Asfáltica – mesmas provas levantadas na denúncia contra os irmãos acerca da empresa JBS. Denúncia assinada pelos Procuradores da República Thaméa Danelon Valiengo, Ana Cristina Bandeira Lins e Bruno Costa Magalhães e emitida aos 06 de maio de 2019.

No dia seguinte, Medida Cautelar no Habeas Corpus foi impetrada pelos advogados Eugenio Pacelli de Oliveira, Maria Leticia Nascimento Gontijo e Livia Vilela Bernardes em favor de Wesley Batista no Supremo Tribunal Federal, protocolado como Medida Cautelar no HC 172.119/DF. O pedido que se espera deferir feito pela defesa é no sentido de determinar ao eminente Presidente da Comissão Parlamentar de Inquérito (CPI) do BNDES, Deputado Federal Vanderlei Macris, a observância estrita às garantias do paciente na condição de investigado, sejam elas: presença facultativa na CPI; ser acompanhado e manter contato com advogado constituído, e caso comparecem na CPI, sejam tratados com respeito, caso contrário, poderão sair imediatamente do recinto; dispensa de assinar eventual termo de compromisso legal de dizer a verdade; direito de permanecer em silêncio; não ser submetido a medida privativa de liberdade ou restritiva de direitos.

Diante ao pleito, o Ministro Relator Celso de Mello deferiu o pedido liminar nos precisos termos impostos pela defesa, de forma a assegurar, cautelarmente, o paciente em face da CPI do BNDES. Se descumpridas e/ou desrespeitadas tais circunstâncias, fica assegurado ao paciente e seus patronos o direito de fazer cessar de imediato a participação no procedimento de inquirição, sem que possa pesar sobre eles medida restritiva de direitos ou privativa de liberdade, qualquer que seja. Mesmo direito fica assegurado em caso do não tratamento com a devida urbanidade, ficando impedido de sofrer qualquer medida restritiva ou privativa, seja por iniciativa da própria CPI ou por integrante do organismo policial, inclusive a Polícia Legislativa da Câmara dos Deputados.

Ambos processos tramitam na 6ª Vara Criminal Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, onde a competência do juízo é reiterada incansavelmente nos despachos e decisões.

Importante destacar que em 26 de maio de 2020, Superior Tribunal de Justiça decidiu acerca de Recurso Ordinário em Habeas Corpus impetrado a favor de Joesley Batista, cujo os efeitos se estendem a Wesley Batista. A defesa alega que o acordo de leniência firmado com o Ministério Público está sendo devidamente cumprido e há comprometimento do pagamento de 10,3 bilhões de reais à União; levanta, também, que o afastamento dos irmãos do grupo J&F pode afetar severamente seu desempenho, diante a crise pandêmica do

Covid-19 – o grupo J&F é responsável pelo abastecimento de 25% do mercado de alimentos do país e garante o emprego de 260 mil pessoas. Diante a tais alegações, o Relator Schiatti Cruz deferiu o afastamento da cautelar que proibia, direta ou indiretamente, os irmãos de operarem no mercado financeiro e ocupar cargo ou função no grupo J&F, porém as demais medidas cautelares perpetuam. O Relator observou que os irmãos cumprem devidamente as cautelares impostas e a nova realidade importa o provimento, passados 2 anos e 3 meses da revogação da prisão preventiva. Ainda, na decisão, Rogerio Schiatti Cruz elucida que mudanças nas empresas do grupo J&F, devido ao acordo de leniência, foram implementadas no intuito de coibir ainda mais a prática delitativa – estamos diante do compliance.

Finalizada a apreciação do estudo de caso, faz-se necessário trazer algumas observações do exposto. Fora decretada, em sede de investigação criminal, a primeira prisão preventiva do crime de *insider trading* da história brasileira, o que gerou muitos questionamentos acerca do cabimento ou não de tal medida cautelar, que, no entendimento dos Juízos, como visto, é possível quando demonstrado devidamente a *fumus comissi delicti* e o *periculum libertatis*. Superado tal ponto inicial, também houve intenso debate acerca do juízo competente para o processamento criminal, onde o Juiz Federal do Tribunal Regional Federal da 3ª Região vorazmente defendia sua competência, e a defesa, alegando até prerrogativa de foro de uma das investigadas, dizia ser da competência do Superior Tribunal de Justiça, porém, como exposto, teve-se determinado a competência do TRF3 para o devido processamento legal. Outro ponto marcante foram os diversos Habeas Corpus denegados com similaridade um tanto peculiar das decisões dos juízos – seja o TRF3, STJ ou STF –, defendendo a idoneidade da fundamentação apresentada aos requisitos da garantia da ordem pública e econômica, garantia da instrução criminal e garantia da aplicação da lei penal. Contudo, observa-se que no HC nº 422.113/SP do STJ, há entendimento diverso quanto a aplicação da lei penal, entendimento já levantado pela defesa acerca da ausência de lastro probatório para se confirmar essa presunção de fuga do paciente, mas que só fora arguida a partir do momento que o seguro-garantia milionário já estava pactuado e os irmãos se encontravam a meses restringidos da liberdade.

Destaca-se também que toda a trajetória do acordo de colaboração premiada, as investigações policiais, a prisão e o processo foram amplamente divulgados pela mídia, tudo era televisionado.

Um pouco em todos os tempos, mas no tempo moderno sempre mais, o processo penal interessa à opinião pública. Os jornais ocupam boa parte das suas páginas para a crônica dos delitos e dos processos. Quem as lê, aliás,

tem a impressão de que tenhamos muito mais delitos que não boas ações neste mundo. A eles é que os delitos assemelham-se às papoulas que, quando se tem uma em um campo, todos desta se apercebem; e as boas ações se escondem, como as violetas entre as ervas do prado. Se dos delitos e dos processos penais os jornais se ocupam com tanta assiduidade, é que as pessoas por estes se interessam muito; sobre os processos penais assim ditos célebres a curiosidade do público se projeta avidamente. E é também esta uma forma de diversão: foge-se da própria vida ocupando-se da dos outros; e a ocupação não é nunca tão intensa como quando a vida dos outros assume o aspecto do drama. O problema é que assistem ao processo do mesmo modo com que deliciam o espetáculo cinematográfico, que, de resto, simula com muita frequência, assim, o delito como o relativo processo. Assim como a atitude do público voltado aos protagonistas do drama penal é a mesma que tinha, uma vez, a multidão para com os gladiadores que combatiam no circo, e tem ainda, em alguns países do mundo, para a corrida de touros, o processo penal não é, infelizmente, mais que uma escola de incivilização. (CARNELUTTI, 1995, p. 06)

No próprio HC nº 422.113/SP, Rogério Schietti Cruz aduz a esta “indignação popular” com o caso em tela, esse clamor pela punição e persecução penal até os últimos limites. Aparenta-se, em diversos momentos, que as decisões e os despachos proferidos estão eivados dessa sede popular punitiva, se afastando da imparcialidade magistral para antecipar a pena e saciar o clamor.

Assim a descoberta do delito, de dolorosa necessidade social, se tomou uma espécie de esporte; as pessoas se apaixonam como na caça ao tesouro; jornalistas profissionais, jornalistas diletantes, jornalistas improvisados não tanto colaboram quanto fazem concorrência aos oficiais de polícia e aos juízes instrutores; e, o que é pior, ai fazem o trabalho deles. Cada delito desencadeia uma onda de procura, de conjunturas, de informações, de indiscrições. Policiais e magistrados de vigilantes se tomam vigiados pela equipe de voluntários prontos a apontar cada movimento, a interpretar cada gesto, a publicar cada palavra deles. As testemunhas são encurraladas como a lebre de cão de caça; depois, muitas vezes sondadas, sugestionadas, assalariadas. Os advogados são perseguidos pelos fotógrafos e pelos entrevistadores. E muitas vezes, infelizmente, nem os magistrados logram opor a este frenesi a resistência, que requereria o exercício de seu mister austero. (CARNELUTTI, 1995, p. 32)

A tendência punitiva é saciada com a prisão, não se discutindo o devido processo legal, o devido cumprimento dos princípios constitucionais, penais e processuais penais. Não se elucida ao princípio da presunção de inocência, pelo contrário, a sociedade presume a culpa. No caso JBS, Wesley Batista trouxe, como já dito, documentos que questionavam as provas arguidas pela Polícia Federal e pela Comissão de Valores Mobiliários, que a decisão proferida foi de não questionar a veracidade dos fatos, mas se escusar a apreciar o mérito para não haver supressão de instância do STF diante ao TRF3.

Nos documentos apresentados constam o histórico de ações compradas pela JBS, que no período de 20 de abril a 17 de maio de 2017 – dia em que o conteúdo da delação foi divulgado – a JBS vendeu 36 milhões de ações valorizadas; do dia 17 de maio ao fim de agosto, houve venda de 30 milhões de ações já desvalorizadas, aniquilando ganhos em cotação. Se era o intuito obter vantagem indevida para si ou para outrem, bastava que o holding J&F recomprasse as ações pelo preço mais baixo, mas nenhuma operação desta, seja pelos irmãos Batista ou familiares, ocorreu.

Ainda aponta que a JBS realizava a recompra de ações desde 2008 de forma regular, prosseguindo com a prática mesmo depois dos irmãos serem afastados da gestão da empresa. Não obstante, também refuta os lucros absurdos que seriam obtidos pela compra de contratos de dólar futuro, ao invés de ganho estimado de 100 milhões de reais, aludido pela Polícia Federal e Ministério Público Federal, ou ganho de 500 milhões de reais, presumido pela Comissão de Valores Mobiliários, o documento comprova fardo de 9 milhões de reais.

Wesley conta que a empresa estava com saldo zero de dólares em contratos de *hedge*, sendo assim, houve recomendação da compra pelo Comitê de Finanças devido ao aumento dos juros nos EUA e à baixa dos juros no Brasil. Quando a delação veio a público, a JBS S/A não fez nada, e manteve a mesma postura quando o dólar voltou ao preço que era. Com o vencimento dos contratos de *hedge*, a liquidação foi de 9 milhões de reais, que para uma companhia do porte que tem, é bem abaixo do que se espera.

Diante da análise do caso, não há evidências de respeito interino às garantias e princípios constitucionais, processuais penais e penais. Pelo contrário, no decorrer de toda persecução penal está presente a presunção de culpa, mesmo que no texto constitucional brasileiro esteja contido o *in dubio pro reo*.

Presunção de culpa que é conjecturada pela Criminologia Midiática e vendida à massa. Fator que gera clamor social e legitima a sociologia da vingança e discursos cada vez mais punitivistas, fator capaz de influenciar diretamente o ideário dos operadores do Direito e garantir a não observância do devido processo legal e das garantias e princípios intrínsecos a este.

Ainda, hora alguma, observou-se uma preocupação com o Mercado de Valores Mobiliários ou com o Sistema Financeiro Nacional, com o impacto da suposta prática do *insider trading* frente à segurança e à estabilidade da relação entre agentes deficitários e superavitários que tanto importa para o desenvolvimento socioeconômico do país.

A devolução da vantagem indevida foi efetuada, mas não há garantia alguma que o Estado irá injetar o montante no Mercado ou utilizá-lo de forma que restaure o *status quo*.

Sendo assim, é de se questionar a efetivação em reparar o dano causado pelo suposto ilícito. Reparação que sempre importou à esfera cível.

O bem jurídico tutelado, isto é, o funcionamento regular ou correto do Mercado de Capitais e a sua credibilidade, não é em nenhum momento assegurado. A única preocupação alarmante é a garantia da pena, garantia da prisão e a sua manutenção. Se as tutelas penal e processual penal não se fazem suficientes para garantia do bem jurídico, pelo contrário, motivam a instabilidade e a insegurança do Mercado, não há razões para legitimar a incidência do Direito Penal e Processual Penal frente ao *insider trading*.

Como possíveis soluções para se garantir o bom e correto funcionamento do Mercado de Capitais, assim como sua credibilidade, é necessário revisitar o passado para se conseguir vislumbrar o futuro.

[...] O delito é uma desordem e o processo serve para restaurar a ordem. Esta é a intuição. Mas como se faz a ordem em lugar de desordem?

A verdade intuída é que o remédio para o passado está no futuro. Não outra que esta verdade intuída guia os homens para reconstruir a história. [...] Certo é que, tendo perdido, para assim dizer, o contato entre o passado e o futuro, nós nos temos distanciado ao invés de estarmos avizinados do topo [...] Não há outro modo para resolver o problema do futuro do homem, que não seja o de voltar ao passado; somente a observação do passado pode permitir lhes entender, como em um espelho, o segredo do futuro. (CARNELUTTI, 1995, p. 40 e 41)

Se houve a criação de uma autarquia federal dotada de autonomia cuja função é se preocupar estritamente com o Mercado de Valores Mobiliários, por que mitigar a fiscalização e a disciplina administrativa frente à ação penal? Uma Comissão que possui agentes especializados na percepção e análise mercadológica, capazes de compreender a complexidade dos ilícitos e seus impactos. Qual seria, então, a razão?

Conjectura-se que seja para manter os interesses da classe dominante, a qual é servida pelo *jus puniendi* do Estado. Classe que se beneficia de discursos que distorcem a realidade, permeando ilusões sobre o próprio sistema vigente tomadas como verdade pela sociedade civil (GRAU, 2010). Poder Punitivo que assume diferentes tratativas quando o indiciado ou acusado é integrante da classe dominada – se tornando inimigo do Direito Penal e justificando o estado de guerra (ZAFFARONI, 2014) – e quando é parte da classe dominante – incidência de um Direito Penal brando, quando há processo penal.

A possível solução para a problemática em questão é fortalecer a atuação da CVM, que é dotada de autoridade independente e ausência de subordinação hierárquica, em detrimento da descriminalização da conduta de uso indevido de informação privilegiada, uma

vez que para a tutela do bem jurídico importa na reparação do montante e na disciplina dos agentes, asseguradas pela esfera administrativa. Fortalecer e credibilizar a Comissão de Valores Mobiliários, que aparenta possuir fragilidade na sua função disciplinadora em contrapartida com a intensa credibilidade e legitimação conferida ao Direito Penal.

[...] Com efeito, quando companhias (ou seus diretores) violam as leis, que tipos de intervenções seriam mais eficazes para corrigir o comportamento ilícito, penas corporais altas e pouco prováveis (e que hoje poderíamos chamar de inexistentes) ou penas pecuniárias igualmente altas mas certas? A pesquisa demonstrou que a CVM invariavelmente aplica penas, seja por meio dos termos de compromisso, seja por meio de julgamento pelo Colegiado. A maior facilidade de imposição de penas administrativas é um fato positivo, já que contribui para uma baixa taxa de impunidade [...]. (OLIVEIRA; BOTTINO, 2010, p. 934 e 935)

É necessário desvencilhar do ideário coletivo e até mesmo dos operadores e operadoras do Direito que a solução para condutas que acarretam em ameaça ou o efetivo dano é a prisão, ainda mais frente ao Colarinho Branco. Como já demonstrado, em nenhum viés criminológico a pena privativa de liberdade é efetiva para garantir a tutela e reparação do bem jurídico ou importar em prevenção de novos ilícitos econômicos. A prisão satisfaz apenas ao clamor social por vingança que foi alimentado pela Criminologia Midiática.

Fator tão verídico que todos os documentos processuais enquanto os irmãos Batista estavam presos são encontrados facilmente, sem nem precisar recorrer aos sistemas dos Tribunais. Entretanto, a partir do momento em que a pena privativa é substituída por medidas cautelares diversas da prisão, depara-se com uma ou outra notícia acerca do caso, e os documentos processuais só são encontrados com muita persistência. A persecução penal se tornou, de fato, um espetáculo que chega ao fim com a prisão. Os próximos capítulos, por assim dizer, não mais interessam à sociedade.

Uma pesquisa realizada no ano de 2008, envolvendo professores da Universidade Federal do Rio de Janeiro e da Universidade de Brasília, que tinha como objetivo estudar a aplicação da Lei de Drogas, constatou que, da análise das sentenças judiciais proferidas no Rio de Janeiro e em Brasília, somente os microtraficantes e sujeitos equiparados a estes são punidos, com penas demasiadamente desproporcionais – apenas os que representam o elo mais fraco da estrutura do comércio de drogas ilícitas são passíveis da intensidade repressiva do Direito Penal (OLIVEIRA; BOTTINO, 2010, p. 910). Trazendo esta constatação para a análise em questão, os sujeitos que sofrem a persecução penal são os “peixes pequenos”, pois a “rede” do Sistema Penal não serve e nunca servirá para capturar os “peixes grandes”.

Aparenta-se que todo o alarde em cima dos crimes de Colarinho Branco serve como cortina de fumaça para os “peixes grandes”. Em um primeiro momento, o colarinho branco assume o papel de inimigo do Direito Penal, sendo a Criminologia Midiática a responsável por desenvolver o clamor social pela prisão. A prisão efetuada, sem observância das garantias e princípios, é defendida enquanto o sentimento efervescente de vingança social perdura. Quando o sentimento se esvai, tem-se o alvará de soltura e a os demais atos processuais não são mais televisionados, em certo ponto, é possível dizer que são até obscuros.

Nessa análise, os que são punidos não sofrerão toda a extensão do poder punitivo do Estado – que é destinada aos verdadeiros inimigos do Direito Penal –, mas este espetáculo é suficiente para permear na sociedade a falácia de que o Sistema Penal é a estrutura ilibada capaz de sanar todos os conflitos sociais, uma vez que pune a todos igualmente. Inverdades que legitimam a incidência total do Direito Penal – reflexo de discursos extremamente punitivistas alimentados em todo seio social –, assim como legitimam o poderio da classe dominante frente ao modo de produção capitalista.

Em outras palavras, o espetáculo criado pela mídia e comprado pela sociedade conta a história de que até mesmo os detentores de grandes riquezas são punidos pelo Estado ao cometerem crimes. Porém, na realidade, os que integram a classe dominante, os “peixes grandes”, jamais estiveram e estarão no banco dos réus em decorrência de suas diversas práticas ilícitas e lesivas, uma vez que o Estado e seu poder punitivo existem para seu benefício e serventia.

CONCLUSÃO

Ao longo do presente trabalho, vislumbrou-se que a vocação do Estado, isto é a razão do seu surgimento, é a atuação, intervenção no campo econômico. Intervenção que hora alguma significa transformação ou aniquilação dos costumes burgueses, pelo contrário, importa em manutenção do modo de produção capitalista a qual essa classe se assenta com dominante (GRAU, 2010). Manutenção que importa em um duplo movimento pendular, que ora tende ao liberalismo econômico ora tende ao protecionismo sistemático social (POLANYI, 2011). Assim, compreende-se que o mercado, que antes significava feira ou local de comércio, passa a assumir um caráter ideológico e expressar um projeto político; dessa forma, mercado é uma instituição jurídica. Instituição que, para o funcionamento regular e para atração dos agentes, reclama racionalidade, conferida pelo direito positivo, assim como previsibilidade e calculabilidade (GRAU, 2010). Assim, instaura-se o dinamismo mercadológico.

Paralelo a instauração do mercado, vislumbrou-se as funções do Estado, que consistem em regulamentação, tanto do mercado como da sua própria vocação na atuação econômica, legitimação, da hegemonia capitalista, e repressão, que importa e muito para a legitimação do Estado enquanto ente que media os conflitos de classes. Repressão que é garantida pelo monopólio da violência: o sistema penal. Assim, perpassou-se pela história do poder punitivo, entendendo os inimigos do Direito: seu surgimento no Império Romano, suas particularidades na Idade Média, a realidade pós-Revolução Francesa tanto na Europa como nos países colonizados, o período ditatorial mediante a Guerra Fria, a aparição do novo autoritarismo e sua manifestação da América Latina (ZAFFARONI, 2014). Restou claro que o sistema penal é mero fato de poder, carente de racionalidade, que importa para a manutenção da burguesia e o capitalismo enquanto classe e modo de produção dominante.

A partir da revisão bibliográfica, identificou-se a importância das Constituições para a regulamentação das sociedades, que, com o neoconstitucionalismo (ROCHA, 2015), faz emergir o Estado Democrático de Direito, importando na Constituição Federal Brasileira de 1988. Texto constitucional que traz a Ordem Econômica, que pode ser definida como um conjunto de elementos harmônicos entre si, capazes de fornecer organicidade para a vida econômica do Estado. Ainda, à Ordem Econômica interessa um sistema que vise a promoção do desenvolvimento socioeconômico do país, que também está contido no texto constitucional: o Sistema Financeiro Nacional. Sistema que é garantido pelas relações entre

agentes superavitários ou poupadores e agentes deficitários ou tomadores, relações passíveis de intermediadores.

Vislumbrou-se, ainda, uma divisão para o Sistema Financeiro Nacional, que se fragmenta em quatro mercados financeiros (ASSAF NETO, 2014), sendo um deles o objeto central da pesquisa: o Mercado de Valores Mobiliários. Mercado que possui como característica ímpar a relação direta dos agentes e é tido como o mais importante para cumprir o objetivo do Sistema Financeiro Nacional, uma vez que a partir dos preços praticados no Mercado de Capitais se norteia os valores para as operações de crédito e operações de troca de todo o país. Perpassou-se, também, pela autarquia federal, criada em 1971, incumbida de regular o Mercado em voga: a Comissão de Valores Mobiliários. Órgão autônomo capaz de impor penas e multas administrativas, assim como emitir instruções que devem ser observadas pelos agentes econômicos.

Levantou-se os crimes contra o mercado de capitais, a manipulação de mercado e o exercício irregular de cargo, profissão, atividade ou função. Debruçamos, assim, no objeto da pesquisa, o *insider trading*. Diante ao delito contido na Lei nº 6.385/1976, verificou-se a tipificação penal em paralelo com as Instruções da CVM que versam sobre o tema. Em se tratando de um crime especial próprio (PRADO, 2019), fez-se necessário apresentar a criminalidade de colarinho branco (SUTHERLAND; CRESSEY, 1960 *apud* VERAS, 2014). Constatando, assim, que o uso indevido de informação privilegiada é um crime de colarinho branco e também um ilegalismo privilegiado (ACOSTA, 2004).

Delito que demanda grande complexidade probatória e não se vale do sistema penal contido na lei, muito menos das variações do sistema penal dedicadas aos inimigos do Direito Penal (ZAFFARONI, 2014). Viu-se que a punibilidade destes crimes é fruto da Criminologia Midiática que inflama um clamor social pela prisão, uma vez que a persecução penal é tida como espetáculo (ZAFFARONI, 2013), mas que, em decorrência da proximidade da classe dominante, os autores destes delitos não sofrem com toda a extensão do aparato penal. Contudo, tal fator tem se mostrado pertinente para garantir o que Fernando Acosta (2014) chamará de equidade perversa – o elo mais fraco sendo punido no lugar do elo mais forte que se mantém como intocável. Ainda, pautando-se na Criminologia, constatou-se que as penas privativas de liberdade de longa duração não possuem eficiência alguma no combate a estes crimes.

O estudo do caso JBS S/A prova que o procedimento e o processo penal estão distantes de observar os princípios e garantias contidos no texto constitucional, penal e processual penal. Antes de tudo, é um processo que evidencia a carência de racionalidade do

sistema, que se orienta tanto pelos interesses da classe dominante como pela sociologia da vingança (VERAS, 2014). Um processo eivado do caráter punitivo e da presunção da culpa. O juízo não procede ao desentranhamento de prova ilegal que este mesmo reconhece, pelo contrário, a utiliza para motivar atos processuais. Diversos foram os Habeas Corpus indeferidos, mesmo quando é nítido o enfraquecimento dos requisitos de manutenção da prisão preventiva – esta que foi decretada antes mesmo do oferecimento da efetiva denúncia pelo Ministério Público Federal. Não observância do princípio da preservação da empresa, pois o processo penal acarretou em perdas para a exploração da atividade empresarial frente ao afastamento dos irmãos Batista, ainda mais no cenário pandêmico. Não obstante, não arguição de provas produzidas pela defesa, estudos profissionais que constataam a ausência de prática delituosa.

Caso que, a todo momento, foi televisionado e amplamente noticiados pela mídia. Espetáculo massificado que até mesmo é levantado pelo termo “indignação popular” no Habeas Corpus que determina a substituição da prisão por outras medidas cautelares. Além disso, não é possível afirmar em verdadeira tutela do regular ou correto funcionamento do Mercado de Capitais, assim como sua credibilidade, uma vez que o sistema penal não possui capacidade resolutiva, apenas decisória, e suas decisões se pautam pela punição ou não dos indiciados ou acusados, garantindo a neutralização ou o adestramento (ZAFFARONI, 1989).

Infere-se, assim, que a prisão acerca da criminalidade de colarinho branco, como vimos à luz da criminologia, não é fator preventivo de novos ilícitos, nem garante a reparação do dano, muito menos assegura a tutela do bem jurídico em voga. Em verdade, nem a pena privativa de liberdade é aplicada como fator de poder neutralizante, sendo apenas mera resposta ao clamor social oriundo da Criminologia Midiática com tempo determinado para ruir. Aparenta-se que todo este alarde que se instaurou em torno dos ilegalismo privilegiados serve apenas para garantir que os “peixes grandes”, os que mais se aproximam ou compõem a classe dominante, prossigam intocáveis pelo poder punitivo, o que importa na manutenção do capitalismo.

Dessa maneira, a criminalização do *insider trading* não é o meio idôneo para solucionar o conflito, trazer o sistema penal para um campo que lhe é estranho é atestar sua irracionalidade e sua tentativa desmedida de buscar legitimação (ZAFFARONI, 1989). Ainda, é imprescindível desvincular da consciência coletiva a prisão, seja ela de qualquer natureza, como solução dos delitos, ainda mais se tratando de condutas motivadamente financeiras caracterizadas pela ausência de violência.

Na tentativa de conjecturar um caminho mais adequado, que garanta a reparação pelo ilícito cometido, como também a proteção do Mercado de Capitais – sua segurança, estabilidade e credibilidade –, apresentamos um olhar para o passado para conseguir dizer sobre o futuro. Sendo assim, a Comissão de Valores Mobiliários, enquanto autarquia federal independente, criada para regulamentar e fiscalizar o Mercado de Capitais, composta por agentes especializados nos assuntos econômicos e financeiros, e que hoje é a responsável por instruir as denúncias ofertadas pelo Ministério Público Federal, é a resposta plausível no que se diz respeito a solução dos conflitos.

Comissão que teve sua função disciplinadora mitigada, podemos falar até mesmo em descredibilizada, em face da estrutura sistêmica penal, que demanda intensa legitimação para se manter enquanto garantidor do modo de produção capitalista, assim como da classe dominante.

Assim, a criminalização do *insider trading* se constitui enquanto medida inidônea e inadequada para a resolução do conflito, assim como contribui para a insegurança, instabilidade e credibilidade do Mercado de Capitais. Ao citarmos a possibilidade da via administrativa como meio adequado, jamais se pretendeu exaurir os métodos. Ao contrário, é na verdade uma contribuição, um dos caminhos, para alcançarmos o pleno desenvolvimento socioeconômico brasileiro.

REFERÊNCIAS

ACOSTA, Fernando. Os Ilegalismo Privilegiados. **Antropolítica**: Revista Contemporânea de Antropologia e Ciência, Niterói, n° 16, p.65-98, 1. sem. 2004.

AÇÃO PENAL - PROCEDIMENTO ORDINÁRIO. TRF3 – Foro - São Paulo - Criminal, SP. Crimes Previstos na Legislação Extravagante / Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional. Autos Processo n° 0006243-26.2017.4.03.6181, Joesley Mendonca Batista. 2017. Disponível em: <<https://www.jusbrasil.com.br/processos/154299712/processo-n-0006243-2620174036181-do-trf-3>> Acesso em: 25 nov. 2020.

ASSAF NETO, Alexandre. **Mercado Financeiro**. 12° ed. São Paulo: Atlas, 2014.

AUTOS. 6ª Vara Federal Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores. Autos n° 0012131-73.2017.403.6181, Joesley Mendonça Batista e Wesley Mendonça Batista, 12 de set. 2017. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2017/09/tendao-de-aquiles.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

AUTOS. 6ª Vara Federal Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores. Autos n° 0006243-26.2017.403.6181, Joesley Mendonça Batista e Wesley Mendonça Batista, 16 de out. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/insider-trading-jbs.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

AUTOS. 6ª Vara Federal Criminal Especializada em Crimes contra o Sistema Financeiro Nacional e Lavagem de Valores. Autos n° 0006243-26.2017.403.6181, Joesley Mendonça Batista e Wesley Mendonça Batista, 24 de out. 2017. Disponível em: <<https://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2017-10-26-batista.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

BORGES, Laryssa; PEREIRA, Daniel. A guerra silenciosa entre PGR e os irmãos Batista. **Veja**, 28 abr. 2020. Disponível em: <<https://veja.abril.com.br/politica/a-guerra-silenciosa-entre-a-pgr-e-os-irmaos-batista/>> Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Comissão de Valores Mobiliários. **Instrução n° 358, de 3 de janeiro de 2002**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/legislacao/instrucoes/inst358.html>> Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil de 1988**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm> Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Lei n° 6.385, de 7 de dezembro de 1976. **Dispõe sobre o mercado de valores mobiliários e cria a Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6385compilada.htm> Acesso em: 25 nov. 2020.

BRASIL. Ministério da Fazenda. Portaria n° 327, de 11 de julho de 1977. **Regimento Interno da Comissão de Valores Mobiliários**. Disponível em: <<http://www.cvm.gov.br/export/sites/cvm/legislacao/leis-decretos/anexos/PortariaMF-327-77-regimento-da-cvm.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

BRITO, Fernando. Wesley Batista foi preso por vingança, diz Fernando Brito. **Economia**, 13 set. 2017. Disponível em: <<https://www.brasil247.com/economia/wesley-batista-foi-presopor-vinganca-diz-fernando-brito>> Acesso em: 25 nov. 2020.

BRITO, Ricardo. Wesley Batista vira réu por insider trading em operações de Seara e Eldorado. **UOL**, 16 mai. 2019. **Economia**. Disponível em: <<https://economia.uol.com.br/noticias/reuters/2019/05/16/wesley-batista-vira-reu-por-insider-trading-em-operacoes-de-seara-e-eldorado.htm>> Acesso em: 25 nov. 2020.

CARNELUTTI, Francesco. **As Misérias do Processo Penal**. Campinas: Conan, 1995. Tradução: José Antonio Cardinali.

CERQUEIRA, Caio Nascimento. Insider Trading, suas principais controvérsias e o caso “JBS”. **Jusbrasil**, 2018. Disponível em: <<https://caionasci.jusbrasil.com.br/artigos/625964151/insider-trading-suas-principais-controversias-e-o-caso-jbs>> Acesso em: 25 nov. 2020.

DANTAS, C. Capítulo I. In: **Gilberto Freyre e José Lins do Rego: diálogos do senhor da casa-grande com o menino de engenho** [online]. Campina Grande: EDUEPB, 2015. Substractum collection, pp. 27-51. Disponível em: <<http://books.scielo.org/id/y4x7f/pdf/dantas-9788578793296-03.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

DECISÃO. STF. Petição 7.003 Distrito Federal, Wesley Mendonça Batista, 03 de set. 2018. Disponível em: <<http://portal.stf.jus.br/processos/downloadPeca.asp?id=315200680&ext=.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

DECISÃO. STF. Petição 7.003 Distrito Federal, Joesley Mendonça Batista e Wesley Mendonça Batista, 28 de fev. 2019. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2019/03/Fachin-STF-jF.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

DENÚNCIA. 6ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo/SP. Autos nº 0006243-26.2017.403.6181, Joesley Mendonça Batista e Wesley Mendonça Batista, 10 de out. 2017. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/sp/sala-de-imprensa/docs/DENUNCIA_J_W_insider.pdf> Acesso em: 25 nov. 2020.

DENÚNCIA. 6ª Vara Criminal Federal as Subseção Judiciária de São Paulo/SP. PIC nº 1.34.001.009206/2017-16, Wesley Mendonça Batista, 06 de mai. 2019. Disponível em: <<https://politica.estadao.com.br/blogs/fausto-macedo/wp-content/uploads/sites/41/2019/05/nova-denuncia.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

EIZIRIK, Nelson; GAAL, Ariádna B.; PARENTE, Flávia; HENRIQUES, Marcus de Freitas. **Mercado de Capitais – Regime Jurídico**. 3º ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2011.

Estrutura Organizacional. **CVM**. 201-. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/menu/acesso_informacao/institucional/sobre/estrutura.html> Acesso em: 25 nov. 2020.

FERNANDES, Bernardo Gonçalves. **Curso de Direito Constitucional**. 9. ed. Salvador: JusPODIVM, 2017

GRAU, Eros. **A Ordem Econômica na Constituição de 1988 (interpretação e crítica)**. 14. ed., rev. e atual. São Paulo: Malheiros, 2010.

HABEAS CORPUS. 6ª Vara Criminal Federal da Subseção Judiciária de São Paulo/SP. HC nº 0004390-95.2017.4.03.0000/SP, Wesley Mendonça Batista, 22 de nov. 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/diario/Consulta/BaixarPdf/18970>> Acesso em: 25 nov. 2020.

HABEAS CORPUS. TRF3. Autos nº 0012131-73.2017.4.03.6181, Wesley Mendonça Batista, 13 de set. 2017. Disponível em: <<https://static.poder360.com.br/2017/09/habeas-corporis-Wesley-Joesley.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

HABEAS CORPUS. TRF3. HC nº 0003772-53.2017.4.03.0000/SP, Wesley Mendonça Batista, 14 de set. 2017. Disponível em: <<http://web.trf3.jus.br/noticias/Noticias/Imprensa/Visualizar/898>> Acesso em: 25 nov. 2020.

HABEAS CORPUS. STF. HC nº 148.240 São Paulo, Wesley Mendonça Batista, 22 de set. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/dl/hc-wesley.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

HABEAS CORPUS. STJ. HC nº 416.785-SP (2017/0238762-5), Wesley Mendonça Batista, 21 de set. 2017. Disponível em: <<https://ww2.stj.jus.br/websecstj/cgi/revista/REJ.cgi/ITA?seq=1637412&tipo=0&nreg=201702387625&SeqCgrmaSessao=&CodOrgaoJgdr=&dt=20171013&formato=PDF&salvar=false>> Acesso em: 25 nov. 2020.

HABEAS CORPUS. STJ. HC nº 422.113 – SP (2017/0277862-1), Wesley Mendonça Batista, 22 de dez. 2017. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/arquivos/2018/2/art20180221-05.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

JBS: Histórico de negócios desmonta versão de insider trading. **Consultor Jurídico**, 14 jan. 2019. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2019-jan-14/jbs-historico-negocios-desmonta-versao-insider-trading>> Acesso em: 25 nov. 2020.

MARX, Karl. **O capital**. Volume I. Trad. J. Teixeira Martins e Vital Moreira. Centelha: Coimbra, 1974.

LASSALE, Ferdinand. **Que é Uma Constituição?** São Paulo: Edições e Publicações Brasil, 1933.

MALACERNE, Emília; MALAFAIA, Juliana. A incômoda im(p)unidade dos irmãos Joesley e Wesley Batista. **Consultor Jurídico**, 17 jun. 2017. Disponível em: <<https://www.conjur.com.br/2017-jun-01/opiniao-incomoda-impunidade-irmaos-batista>> Acesso em: 25 nov. 2020.

MAZZA, Vivian Rosa; TIEPPO, Fabio Lunardi. A prática do insider trading sob a perspectiva da criminologia crítica. **Âmbito Jurídico**, 01 jan. 2018. Disponível em: <<https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-penal/a-pratica-do-insider-trading-sob-a-perspectiva-da-criminologia-critica/>> Acesso em: 25 nov. 2020.

MEDIDA CAUTELAR NO HABEAS CORPUS. STF. Medida Cautelar no HC nº 172.119 Distrito Federal, Wesley Mendonça Batista, 07 de jun. 2019. Disponível em:

<<https://www.conjur.com.br/dl/celso-mello-libera-wesley-batista.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

PAIVA, Leticia. Punição a insider trading secundário é utopia. **Machado Meyer**, 28 set. 2018. Disponível em: <<https://www.machadomeyer.com.br/pt/imprensa-ij/punicao-a-insider-trading-secundario-e-utopia>> Acesso em: 25 nov. 2020.

OLIVEIRA, Eduardo Ribeiro Faria de; BOTTINO, Thiago. Seletividade do Sistema Penal nos Crimes contra o Mercado de Capitais (Lei nº 6.385/76). *In*: Encontro Nacional do Conselho Nacional de Pesquisa e Pós-graduação em Direito, XIX, 2010, Fortaleza. **Anais**. Pag. 905-935.

ORENSTEIN, José; CORSALETTE, Conrado. O que é insider trading. E o caso de Wesley Batista da JBS. **Nexo**, 07 mai. 2019. Disponível em: <<https://www.nexojornal.com.br/podcast/2019/05/07/O-que-%C3%A9-insider-trading.-E-o-caso-de-Wesley-Batista-da-JBS>> Acesso em: 25 nov. 2020.

POLANYI, Karl. **A Grande Transformação: as origens de nossa época**. Rio de Janeiro: Elsevier Editora, 2011.

PRADO, Viviane Muller. **Insider trading: normas, instituições e mecanismo de combate no Brasil**. São Paulo: FGV Direito SP, 2016.

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

ROCHA, Rafael Sampaio. A Ordem Econômica Brasileira a partir do Paradigma do Estado Democrático de Direito. **Constituição, Economia e Desenvolvimento**: Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional, Curitiba, 2015, vol. 7, n. 12, Jan.-Jun, p. 114-141.

ROMANO, Rogério Tadeu. Joesley Batista. Prisão de um insider trader? **Jus**, set. 2017. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/60517/joesley-batista-prisao-de-um-insider-trader>> Acesso em: 25 nov. 2020.

Sobre a CVM. **CVM**. Disponível em: <http://www.cvm.gov.br/menu/aceso_informacao/institucional/sobre/cvm.html> Acesso em: 25 nov. 2020.

STJ autoriza retorno de Joesley e Wesley Batista para funções de comando do grupo J&F. **Rota Jurídica**, 27 mai. 2020. Disponível em: <<https://www.rotajuridica.com.br/stj-autoriza-retorno-de-joesley-e-wesley-batista-para-funcoes-de-comando-no-grupo-jf/>> Acesso em: 25 nov. 2020.

TAVARES, André Ramos. **Curso de Direito Constitucional**. 18. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2020.

TERMO DE AUDIÊNCIA. TRF3. Ação Penal nº 0006243-26.2017.403.6181, Wesley Mendonça Batista, 21 de fev. 2018. Disponível em: <<https://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisoes/2018/2018-02-21-wesleyaudiencia.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

TERMO DE DELIBERAÇÃO. TRF3. Ação Penal nº 0006243-26.2017.403.6181, Wesley Batista Mendonça, 19 de mar. 2018. Disponível em:

<<https://www.jfsp.jus.br/documentos/administrativo/NUCS/decisooes/2018/2018-03-19-termodeaudienciajbs.pdf>> Acesso em: 25 nov. 2020.

VERAS, Ryanna Pala. A pena privativa de liberdade e os crimes do colarinho branco: uma crítica. **Boletim Científico da Escola Superior do Ministério Público da União**, Brasília, 2014, a. 13, n. 42-43, jan/dez, p. 71-114.

YIN, Robert K. **Estudo de caso: planejamento e métodos**. 2ª ed. Porto Alegre: Bookman, 2001.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **A Questão Criminal**. Tradução de Sérgio Lamarão. 1. ed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. Em Busca das Penas Perdidas: A perda de legitimidade do sistema penal. In: ____. **Um modelo construtivo para o discurso jurídico-penal não legitimante: o direito penal humanitário atual da política**. 5º ed. Rio de Janeiro: Editora Revan, 1989. Tradução: Vania Romano Pedrosa e Almir Lopez da Conceição. Cap. 5, p. 181-243.

ZAFFARONI, Eugenio Raúl. **O Inimigo no Direito Penal**. Tradução: Sérgio Lamarão. 3. ed. 2ª reimpressão. Rio de Janeiro: Revan, 2014.